

CONTRATAÇÕES ILEGAIS DE SERVIÇOS JURÍDICOS POR ADMINISTRADORES PÚBLICOS MUNICIPAIS

CRISTIANO CASSIOLATO

Promotor de Justiça em Carmo do Rio Claro/MG

1 INTRODUÇÃO

Em tema de *realidades e desafios* para o Ministério Público, desponta diariamente a importância da fiscalização em torno dos gastos públicos mormente aqueles relacionados às administrações municipais, Prefeituras e Câmaras, contrastados com a Constituição da República, a Lei de Licitações e tantos outros diplomas legais.

Por força ou não de Planos Gerais de Atuação – PGA's – com os quais ainda estamos nos familiarizando, fato é que vez ou outra os Promotores de Justiça com atribuição na defesa do patrimônio público são provocados, dada a legitimidade ostentada nos artigos 127 e 129, III, da Constituição da República, pela Administração Superior do Ministério Público à instauração de investigações voltadas ao acompanhamento de aquisições de bens e serviços; muito embora a comunidade invariavelmente esteja presente às Promotorias de Justiça noticiando os mais variados fatos relacionados ao tema.

Nessas apurações passou a despertar interesse as constantes contratações de serviços jurídicos tanto por Prefeituras quanto por Câmaras Municipais com inexigibilidade de licitação, muito embora dispusessem de corpo jurídico próprio, ditas Procuradorias Jurídicas ou Assessorias Jurídicas. Chamou atenção os vultosos valores pagos por tais serviços, a natureza hodierna dos trabalhos, a continuidade no vínculo com as administrações e a incrível coincidência entre as pessoas físicas e jurídicas contratadas, a maioria relacionada a serviços particulares ou de campanha política aos detentores do Poder que os contratavam.

Invariavelmente, a conclusão que se obtém com o estudo dos contratos e dos fundamentos para a inexigibilidade de licitação é a de que as administrações estão constantemente contratando, e pagando caro, por assessorias e trabalhos jurídicos que são próprios de suas Procuradorias. São serviços rotineiros desprovidos de excepcional complexidade e prestados por profissionais que se distinguem pela ausência de notória especialização ou notória especialização para desenvolvimento de trabalhos que não a requerem.

Então, sob o pretexto do art. 25, II, da Lei n. 8.666/93¹ as Prefeituras e Câmaras Municipais contratam prescindindo de licitação empresas ou profissionais sem notória especia-

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

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

lização ou não sendo esta exigida para prestação de serviços jurídicos que não são singulares, o que conduz à frustração da regra geral de licitação, leva à prática de atos de improbidade administrativa, crimes contra a administração pública e muitas vezes dissimula verdadeiro crime de lavagem de dinheiro.

Propõe-se, com o presente trabalho acalorar as discussões acerca dessas ocorrências e despertar atenção para a importância do aprofundamento da análise pelo Ministério Público sobre os gastos que cercam referidas contratações.

2 SERVIÇOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS E LICITAÇÃO

O art. 13 da Lei n. 8.666/93 dispõe sobre os serviços técnicos profissionais. De interesse para o presente estudo, encontram-se os *pareceres* (inciso II); *assessorias ou consultorias técnicas* (inciso III) e o *patrocínio e a defesa de causas judiciais ou administrativas* (inciso V), atividades essas mais frequentemente desenvolvidas pelos advogados ou escritórios contratados pela administração pública.

O art. 37, XXI, da Constituição da República estabelece que, “*ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes*”. Assim, a contratação do gênero serviço, cuja espécie em análise é a jurídica, dito *técnico-profissional*, deve necessariamente ser precedida de licitação sempre que não se enquadre nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade tratadas como exceção nos artigos 24 e 25 da Lei n. 8.666/93.

No primeiro caso, impera o objetivismo, isto é, situações pré-determinadas que possibilitem ao administrador prescindir do certame, como no caso de contratações que não excedam determinado valor (inciso II), guerra ou grave perturbação da ordem (inciso III) ou mesmo nos casos de emergência ou calamidade pública (inciso IV), dentre outros.

As situações de dispensa não são objeto deste trabalho na medida em que se baseiam em situações de cunho bem delimitado e que são demonstradas por meios cabais ou que têm por base acontecimentos plenamente capazes de justificá-las. Evidentemente que de abusos e ilegalidades não estarão isentas e, se assim for, merecedoras de toda atenção necessária.

Quanto às hipóteses de inexigibilidade de que cuida o art. 25 a situação é bem diferente. Aqui, ressalvado o inciso I, impera o subjetivismo como de plano se constata da redação de seu inciso II, ponto crucial deste estudo, ao tornar inexigível a licitação “*para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização*”.

É exatamente neste dispositivo em que se fundamentam os administradores públicos para toda e qualquer contratação de serviços jurídicos em tema de inexigibilidade. De qualquer forma, as hipóteses permissivas da contratação direta previstas em lei são as exceções e como tais, por princípio básico de hermenêutica, devem receber tratamento restritivo. Nesse sentido, Adilson de Abreu Dallari:

“É um princípio fundamental de hermenêutica que as exceções devem ser tratadas de maneira restrita. Quando houver alguma dúvida quanto à exigibilidade ou dispensa de licitação, é preciso não esquecer que a regra geral é a exigibilidade, e que a exceção é a dispensa. A legislação vigente cuida, em artigos separados, da dispensa e da inexigibilidade. Os casos de inexigibilidade são aqueles onde, logicamente, não exis-

te possibilidade de licitação. Os casos de dispensa são aqueles onde, havendo possibilidade de licitação, uma circunstância relevante autoriza uma discriminação.”²

Mas, conforme se exporá, não é porque o serviço prestado pelo advogado é de natureza técnica que automaticamente estará franqueada a inexigibilidade de licitação. O que se tem, na prática, é verdadeira distorção do permissivo para encampar as hipóteses mais corriqueiras que não se confundem com a exceção, tornada regra, onde residem as irregularidades e as suspeitas acerca do favorecimento de profissionais e empresas próximas aos administradores.

2.1 Inexigibilidade de licitação: inciso II do art. 25 da Lei n. 8.666/93

A redação do supracitado artigo 25, inciso II da Lei de Licitações, assevera dois requisitos para que se prescindia do certame: natureza *singular* dos serviços contratados e *notória especialização* do prestador.

2.1.1 Singularidade do objeto contratado

Singular³ para os fins da exceção à licitação é o trabalho de excepcional complexidade e que pela própria natureza conte com exclusivo ou restrito número de profissionais capacitados, ou, como preferem Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves,⁴ “entende-se por serviço de natureza singular aquele que, em razão de sua complexidade, exija habilidade ou criatividade que ultrapasse aquela ordinariamente empregada. Enfim, singular é aquilo que pressuponha o emprego de técnicas outras que não aquelas utilizadas na generalidade dos casos.”

Então, para que a licitação se torne inexigível o objeto deve ser de natureza tão incomum que a competição reste infrutífera ou mesmo inviável. É a opinião de Adilson Abreu Dallari⁵

“Dada sua importância, cabe aqui uma palavra adicional sobre a contratação de serviços técnicos especializados, para esclarecer que, neste caso, a realização do certame licitatório deve ser a regra e sua dispensa a exceção. Isto é, não basta que um serviço seja técnico e especializado para que, automaticamente, ocorra a impossibilidade material de licitar.

2 MARQUES, Sílvio Antônio. Apud Ação civil pública contra José Roberto Medeiros da Rosa e outros. Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: www.mp.sp.gov.br/escolasuperior/Acao_Honorarios.htm). Acesso em: 10-3-2003.

3 [Do lat. *singulare*.]

Adj. 2 g.

1. Pertencente ou relativo a um; único, particular, individual.

2. Que não é vulgar; especial, raro, extraordinário: 2 &

3. Diferente, distinto, notável.

4. Excêntrico, extravagante, esquisito, bizarro.

5. E. Ling. Diz-se do número (11) que indica apenas um ser.

6. Lóg. Que se aplica a um só sujeito. [Cf., nesta acepç., particular (6).]

7. Lóg. Que convém a um só dos indivíduos da espécie.

Cf. dicionário Aurélio Século XXI, edição eletrônica.

4 *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro : *Lumen Juris*, 2006. p. 361.

5 *Ibidem*.

Nem todo serviço técnico especializado enseja a pura e simples dispensa de licitação. Existem serviços que, não obstante requeiram acentuada habilitação técnica, podem ser realizados por uma pluralidade de profissionais ou empresas especializadas, indistintamente. A dispensa de licitação somente pode ocorrer quando um serviço técnico se tornar singular, ou seja, quando o fator determinante da contratação for o seu executante, isto é, quando não for indiferente ou irrelevante a pessoa, o grupo de pessoas ou a empresa executante.”

Daí que a singularidade de que cuida a norma deve ser interpretada como restritiva à prestação do serviço pela grande maioria dos profissionais pertinentes ao ramo exatamente pela altíssima complexidade, o que inviabilizaria, assim, qualquer competição e enseja, por isso mesmo, sua inexigência.

2.1.2 Notória especialização do contratado frente à singularidade do serviço

A par do objeto *singular*, deve-se demonstrar de plano que o profissional estará altamente capacitado para prestá-lo, ao que se denominou de *notória especialização*.

Conforme José Cretella Júnior⁶

“notoriedade não se confunde com habilitação profissional. Esta é autorização legal obtida por pessoas físicas ou jurídicas para o exercício profissional; aquela é o reconhecimento público e generalizado da alta capacidade técnica no desempenho da profissão e, em particular, da especialidade. Todo profissional dispõe de habilitação de sua atividade, mas nem todos têm notoriedade na profissão.”

Trata-se da demonstração do sobressalto técnico-profissional que capacite o interessado à prestação de serviços *singulares* extraído da literalidade do art. 25, §1º, da Lei n. 8.666/93:

“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.”

Dessa forma, justificar-se-ia a inexigibilidade quando o serviço tido por *singular* só pudesse ser prestado por profissionais de *notória especialização*, ou seja, a concorrência seria despicienda porque somente seletíssimo grupo profissional reuniria condições de exercer o serviço incomum.

2.2 Indevida extensão do permissivo

Conforme ressaltado, as administrações municipais vêm se pautando por modelos ilegais na inexigibilidade de licitação para a contratação de advogados e escritórios. Isso se deve à

6 Das licitações públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 245.

banalização do conceito de *singularidade* e à ausência de parâmetros para aferição da *notória especialização*.

De outro lado, também ilegalmente vêm pagando a peso de ouro outros profissionais que são notoriamente especializados para a prestação de serviços corriqueiros, medíocres, que cabem na verdade a servidores que, conquanto técnicos, são de hierarquia inferior na estrutura administrativa contratante e, pois, poderiam ser prestados a custo bastante reduzidos. A título de ilustração, apurou-se na comarca de Carmo do Rio Claro contratação pelo período de 12 meses com prescindibilidade de licitação de determinado escritório de advocacia ao custo de R\$ 4.500,00 mensais, além de indenização por quilômetro rodado, diárias de viagem e outras despesas para prestação de serviços de assessoria hodierna, ao passo que nos quadros da Prefeitura a remuneração de assessor jurídico para o exercício das mesmas funções era de R\$ 1.295,79 mensais.⁷

Referidas contratações, como no exemplo acima, fazem às vezes de assessores jurídicos, procuradores municipais ou assemelhados, mas com pagamentos que extrapolam, e muito, aquilo que seria devido caso os contratados fossem chamados a integrar os quadros da administração. Isso resulta, inegavelmente, na frustração à licitação:

“No que concerne à inexigibilidade, a sua razão de ser é evitar a infrutífera e dispendiosa realização de um procedimento licitatório nos casos em que, a priori, seja divisada a inviabilidade de competição, tal ocorre no elenco exemplificativo do art. 25 da Lei de Licitações. A inexigibilidade será ilegal, dentre outras hipóteses, quando o administrador realizar a contratação direta de serviços que não sejam técnicos e especializados, ou mesmo que o sejam, que não tenham natureza singular, estando ausente a inconveniência da licitação e a necessidade técnica da administração em contratá-los, afrontando o art. 25, II, da Lei n. 8.666/93 (ex.: contratação de renomado advogado para ajuizamento de execuções fiscais; de consagrado engenheiro para construção de prédio básico da estrutura administrativa etc.).”⁸

Essa ocorrência pode ser observada na maioria das Prefeituras e Câmaras Municipais. Serviços afetos à assessoria jurídica ou à procuradoria jurídica do ente estão entregues a profissionais ou escritórios contratados com inexigibilidade de licitação, mas que quase sempre se relacionaram ou se relacionam política ou pessoalmente com o administrador. Referidos profissionais poderiam perfeitamente integrar os cargos existentes na estrutura dessas administrações, ainda mais em se considerando que a maioria deles é de provimento amplo, mas são brindados com contratos ensejando remuneração infinitamente maior para prestar serviços idênticos àqueles que prestariam se engajados na estrutura administrativa.

Da mesma forma, Waldo Fazzio Júnior⁹ reportando-se à Apelação de n. 147.807-1/0 e aos Embargos Infringentes de n. 121.513-1 apreciados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ao dispor acerca inexigibilidade de licitação que tem cabimento apenas quando da necessidade de serviços altamente especializados que só podem ser prestados por determinados profissionais, o que não se confunde com seu emprego em situações corriqueiras:

7 Ação Civil Pública por atos de improbidade administrativa. Auto do Processo n. 014403001745-9.

8 GARCIA, Emerson. PACHECO ALVES, Rogério. *Op. cit.*, p. 360-361.

9 Improbidade administrativa e crimes de prefeitos. São Paulo: Atlas, 2001. p. 150.

“Não basta a existência de profissional de notória especialização para afastar-se o processo licitatório. É preciso demonstrar, ainda, a presença da necessidade técnica da administração contratar os serviços, tendo em vista a natureza do objeto pretendido. Se, ao contrário, for demonstrada a desnecessidade, não se pode aceitar a contratação, com dispensa do processo licitatório, por mais especializado que seja o profissional.

Da mesma forma, não é suficiente que, subjetivamente, a empresa contratada seja apta, preparada tecnicamente e especializada nos serviços que presta. É absolutamente imprescindível para a satisfação da exigência legal de dispensa de licitação que a Administração Pública tenha necessidade daquela especialidade.”

Pior é que muitas vezes além da contratação divorciada dos requisitos legais, há ainda provimento de cargos na procuradoria ou assessoria jurídica pelos simpatizantes da administração persistindo o administrador, contudo, nas contratações que prescindiram de licitação. Primeiro distribui cargos aos correligionários, depois passa a privilegiar determinados profissionais ou empresas com os referidos contratos chegando ao paradoxo de que os ocupantes daqueles cargos de assessoria e procuradoria não seriam os mais preparados, tornando o serviço ineficiente em descumprimento ao disposto no art. 37, *caput*, da Constituição da República, tanto que realizadas ditas contratações para as mesmas funções.

Essa prática é de conhecimento do Tribunal de Contas de Minas Gerais e por ele condenada. Em consulta de n. 652069 formulada pelo Município de São Sebastião do Paraíso, na sessão do dia 12/12/01, tendo como Relator o Eminentíssimo Conselheiro Elmo Braz, respondeu-se às indagações do consulente quanto à aplicação do disposto nos artigos 13 e 25, II, da Lei de Licitações para a hipótese em tela:

“1a. Questão: Os serviços técnicos profissionais especializados, relacionados no art. 13 da Lei n. 8.666/93 justificam, automaticamente, a inexigibilidade da licitação? Não, porque inexigibilidade da licitação fundamenta-se na premissa de inviabilidade da competição, seja porque só um agente é capaz de realizar os serviços pretendidos, seja porque só existe um objeto que satisfaça a administração. Além do que, para ocorrer a inexigibilidade prevista no mencionado art. 25, na contratação de serviços técnicos, relacionados no art. 13, além da inviabilidade da competição, premissa fundamental, impõe-se, ainda, que o serviço apresente singularidade, que seja realizado por empresa ou profissional de notória especialização e que não se trate de serviços de publicidade e divulgação. Desta feita, se houver possibilidade de competição, ou seja, se existir mais de uma pessoa ou empresa que possa realizar os serviços deverá haver o procedimento licitatório.

.....
3a. Questão: A confiança da Administração pode ser admitida como critério de inexigibilidade?

Não. O art. 25 da Lei n. 8.666/93 dispõe que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição. Assim, a confiança do administrador em relação ao contratado para realização de um serviço não pode ser usada como critério para fundamentar a inexigibilidade da licitação. Cabe ao administrador definir os aspectos da contratação exclusivamente à luz do interesse público justificado sob os princípios da impessoalidade, legalidade, moralidade e publicidade. Deve-se lembrar que o interesse público não admite preferências pessoais.”

Note-se, ademais, que o parecer do Tribunal de Contas à consulta formulada (art. 13, X, da Lei Complementar Estadual n. 33/94) tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese levantada (parágrafo único) consubstanciando, pois, o pensamento da Corte notadamente acerca do item que integrará a prestação de contas afeta a esta Administração.

Constata-se ainda que os critérios pessoais do administrador não devem ser levado em conta para fins de aplicação do disposto no art. 25, II, da Lei n. 8.666/93, nos exatos termos da resposta dada à consulta acima, uma vez que não deve ficar a seu alvedrio único e exclusivo a manutenção de contratos com prestadores de ditos serviços.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já indeferiu a pretensão de prestação de serviços por escritório de advocacia ante a inexistência de demonstração que a procuradoria do órgão público interessado não seria capaz de desempenhar o mesmo serviço:

“RECURSO ORDINÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – SUPERINTENDÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DE PARANAGUÁ E ANTONINA (APPA) – CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO – PRÉVIA AUTORIZAÇÃO GOVERNAMENTAL – INEXISTÊNCIA – 1. Direito líquido e certo é o que se manifesta de plano, através de prova pré-constituída repelindo a dilação probatória. 2. Ato governamental posterior não constitui prévia autorização à contratação de advogado sem a necessária licitação. 3. Por outro lado, não convencem os argumentos expendidos pelo recorrente quanto à singularidade dos serviços profissionais a serem executados, nem que não pudessem ser atendidos pelos integrantes do serviço jurídico da APPA. 4. Recurso ordinário improvido” (STJ – ROMS 5532 – PR – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 23.04.2001 – p. 00123).

3 TIPICIDADE

Visto que os serviços técnicos descritos pelo art. 13 da Lei n. 8.666/93 comportam inexigibilidade de licitação apenas e tão-somente nas hipóteses de *singularidade* e *notória especialização*, resta contemporizar acerca da tipicidade da conduta que culmina com a contratação em desacordo com esses requisitos.

3.1 Crime

Tipifica como crime o art. 89 da Lei n. 8.666/93 a conduta de “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.”

Trata-se da situação descrita nos itens anteriores, ou seja, quando o administrador deixa de observar os critérios de singularidade e notória especialização que devem ser cabalmente apurados em procedimento próprio de inexigibilidade. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial n. 513747/MG, publicado no Diário de Justiça em 01/12/2003, p. 395, reformando decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que não atentou para o requisito da inviabilidade da competição a legitimar contratação direta decidiu:

“CRIMINAL. RESP. CRIME COMETIDO POR PREFEITO. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PELO MUNICÍPIO. INEXI-

GIBILIDADE DE LICITAÇÃO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO. OMISSÃO NO JULGADO CONFIGURADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - Ofende o art. 619 do Código de Processo Penal, o acórdão que, no julgamento dos embargos de declaração, se limita a transcrever a decisão embargada, deixando de analisar as teses lançadas pelo Ministério Público, para manter a rejeição da denúncia, com base na ausência de dolo na conduta do Prefeito acusado, porque o mesmo teria se valido de prévio processo de inexigibilidade de licitação.

II - A inviabilidade de competição, da qual decorre a inexigibilidade de licitação, deve ficar adequadamente demonstrada, o que não ocorreu in casu.

III - Nulidade do acórdão recorrido, por apresentar relevante omissão, devendo ser devolvido ao Tribunal a quo, para que se proceda à apreciação das questões levantadas nos embargos de declaração.

IV - Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator”

Ainda, especificamente quanto à ausência de demonstração acerca da inviabilidade da competição, o Superior Tribunal de Justiça, no último mês de dezembro/2006 igualmente reformando Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (REsp 848549/MG RECURSO ESPECIAL 2006/0068990-2. Relator (a) Ministro Gilson Dipp. Órgão Julgador: T5 – QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 07/12/2006. Data da Publicação/Fonte: DJ 05.02.2007 p. 363.) decidiu:

“CRIMINAL. RESP. CRIME COMETIDO POR PREFEITO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PELO MUNICÍPIO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE SERVIÇO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DOLO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

I. A inviabilidade de competição, da qual decorre a inexigibilidade de licitação, deve ficar adequadamente demonstrada.

II. Os casos de inexigibilidade de licitação ocorrem quando não há qualquer possibilidade de competição, diante da existência de apenas um objeto ou pessoa capazes de atender às necessidades da Administração Pública.

III. Hipótese em que a Administração Pública, a pretexto de utilização do seu poder discricionário, contratou advogado sem procedimento licitatório, com base em sua “experiência profissional”, através da simples menção de que o causídico teve seu currículo aprovado pela comissão de licitação e pelo fato de que já prestara serviços a outras municipalidades.

IV. Não demonstrada a inviabilidade de competição, da qual decorre a inexigibilidade de licitação, e nem a licitude na utilização de serviço público.

V. Não obstante a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido da necessidade de verificação do dolo para o recebimento da inicial acusatória nos crimes de responsabilidade de prefeito municipal, no presente caso tal entendimento não se mostra aplicável, se a apontada ausência de dolo na conduta do Prefeito não veio acompanhada de fundamentação suficiente a respaldar tal conclusão.

VI. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.”

Nesse caso, a conduta do prefeito foi enquadrada no disposto pelo mencionado art. 89 da Lei n. 8.666/93 diante da imperfeição da redação contida no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei n. 201/67: “são crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei.”

Note-se que em relação à *realização de serviços* – como os jurídicos abordados neste estudo – as elementares encerradas no tipo penal são “*sem concorrência ou coleta de preços*”, de modo que, por exemplo, em relação à exigibilidade de convite, mas sua não realização, os fatos seriam atípicos sob o prisma da citada norma especial pela simples ausência dessa elementar. Nesse sentido, Tito Costa:¹⁰

“Na análise do inc. XI do art. 1º. Do Dec.-lei 201/67, convém assinalar desde logo que o mesmo refere-se tão-somente a duas modalidades de licitação: a concorrência e a coleta de preços (deveria dizer tomada de preços, para usar a terminologia correta). É curioso observar-se o desajuste de linguagem usada por dois diplomas legais, da mesma época. O primeiro deles – o Dec.-lei 200/67 – alterando e modernizando os nomes das várias espécies de licitação; o segundo – o Dec. 201/67 – posterior, mantendo ainda uma denominação ultrapassada. Mas o Dec. –Lei 201/67, como lei penal especial, há de ser lido e interpretado rigorosamente de acordo com o que nele vem expressamente fixado, sob pena de ferir-se o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege*. Assim, se o preceito legal não se refere ao convite, é evidente a conclusão segundo a qual o legislador não quis erigir à categoria de crime de responsabilidade a aquisição de bens, ou a realização de serviços e obras sem convite. Esta é a mais simples das três modalidades principais de licitação e se destinam às aquisições ou contratações de pequeno valor. Daí, por certo, a sua não inclusão no texto do inc. XI do art. 1º. Do Dec.-lei 201/67.”

Por óbvio, todavia, que o tipo genérico do art. 89 da Lei n. 8.666/93 subsidiariamente deve ser eleito em situações como essa a exemplo do caso concreto supra.

Haverá que se cogitar ainda de possível prática de crime de lavagem de dinheiro na forma do art. 1º, §2º, inciso I da Lei n. 9.613/98 em relação ao beneficiado com a prática, sem prejuízo de possível participação da autoridade responsável pela contratação, na medida em que as condutas acima descritas são voltadas contra o patrimônio público bastando, para a esta última tipificação, a utilização na atividade econômica ou financeira, dos bens, direitos ou valores que o autor sabe serem provenientes daquele crime anterior.

3.2 Improbidade administrativa

“A licitação justifica-se. Seu objeto é sua própria razão de existir, uma vez que consiste num conjunto de atos administrativos em seqüência dirigidos à eleição de contratante que ofereça as condições mais vantajosas em negócio que a administração deseja celebrar, como fase necessária do processamento da despesa pública. Por

10 Responsabilidade de prefeitos e vereadores. São Paulo : RT, 1998. p. 83-84.

isso, revela-se fundamentalmente, como um certame competitivo afetado por uma finalidade pública.”¹¹

Na seara cível pacífica é a ocorrência da improbidade administrativa pela expressa disposição do art. 10, inciso VIII, da Lei n. 8.429/92 que tipifica a conduta de *“frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”*, conforme vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, em dezembro de 2005 referida Corte apreciou questão envolvendo a contratação de advogado sem o necessário certame enfocando a improbidade administrativa, reafirmando o pensamento da corte acerca do tema seja quando os serviços técnicos se destinam a tarefas não singulares; seja quando a exigência não aponta para a inviabilidade da competição:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS, MAS NÃO SINGULARES. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. DISPENSA.

1. Os serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/93, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa.
2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos a ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados – em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade – que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação.
3. Recurso especial não-provido” (REsp 436869/SP; RECURSO ESPECIAL 2002/0054493-7. Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 06/12/2005. Data da Publicação/Fonte DJ 01.02.2006 p. 477).

3.3 Rejeição da petição inicial nas ações de improbidade administrativa: descabimento frente à necessidade de aquilatação dos termos da contratação

Dispõem os §§ 7º e 8º do art. 17 da Lei n. 429/92:

“§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.”

As alterações legislativas instituíram no processo civil fase de prelibação acerca dos termos e requisitos da petição inicial. Nesse momento, somente o convencimento acerca da

11 FÁZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.* p. 132.

inexistência do ato, da manifesta *improcedência da ação* ou da *inadequação da via* permitiriam a rejeição, de plano, da petição inicial.

Nessa esteira, questões de fundo, que se confundem em verdade com o mérito, devem ser resguardadas ao momento oportuno, isto é, para após a instauração da lide, verificação do contraditório realização da instrução.

Mas, lamentavelmente, em alguns juízos¹² tornou-se regra o indeferimento da petição inicial nas ações de improbidade administrativa promovidas pelo Ministério Público pelos mesmos fundamentos que as administrações municipais contratam advogados e escritórios com inexigibilidade de licitação: seriam serviços técnicos na esteira do art. 13 e o permissivo adviria do art. 25, II, da Lei de Licitações.

Entretanto, na esteira do princípio da *inafastabilidade da jurisdição* insculpido no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República,¹³ não é dado ao Poder Judiciário a superficial atenção ao tema, mormente em se considerando que, da mesma forma em que a inexigibilidade têm previsão legal, a ausência dos requisitos da *singularidade* do serviço e a *notória especialização* do profissional contratado leva à regra do certame e à tipicidade criminal e cível dos envolvidos.

De qualquer forma, o convencimento quanto ao acerto ou não da contratação não se afigura possível na estreita via do art. 18, §8º, da Lei n. 8.429/92. Primordial que se perquirir, investigue e instrua o processo com profunda análise acerca do tipo de serviço requisitado e das próprias qualidades de quem o presta.

Aliás, diariamente os integrantes do Poder Judiciário exercem essa mesma análise quando aplicam quanto ao labor do advogado nas mais variadas lides o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil,¹⁴ apontando o grau de complexidade do serviço desempenhado, o tempo dedicado, etc. Destarte, se exercem jurisdição para aquilatar todo o trabalho desenvolvido pelos causídicos quando da aplicação dos ônus da sucumbência, com maior razão e zelo deveriam fazê-lo na apreciação das ações de improbidade administrativa acerca deste tema, ainda mais em se considerando que, ao contrário das lides particulares, aqui impera o interesse público manifestado pela lesão ao patrimônio público que é bem de natureza difusa.

Por conta disso, inconcebível que se negue a instauração da lide mediante invocação dos simplórios argumentos do serviço especializado e da previsão de inexigibilidade sem ao menos inteirar-se acerca do que realmente se contratou, se prestou e se o requeria este o aquele profissional quando, na realidade, somente a instrução seria capaz de fornecer juízo de valor

12 Exemplos são as reiteradas decisões da 3ª. Vara Cível da Comarca de Passos, como no caso da Ação Civil Pública autuado sob nº 479 06 118952-4.

13 A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

14 Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

...

§ 3º. Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar de prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

...

§ 4º. Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo anterior.

quanto ao acerto ou não na aplicação da regra de prescindibilidade do certame. É o entendimento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁵

“Ao aludir o §8º. à “rejeição da ação” pelo juiz quando convencido da “inexistência do ato de improbidade”, institui-se hipótese de julgamento antecipado da lide (julgamento de mérito), o que, a nosso juízo, até pelas razões acima expostas, só deve ocorrer quando ‘cabalmente demonstrada’, pela resposta do noticiado, a inexistência do fato ou a sua não-concorrência para o dano ao patrimônio público. Do contrário, se terá por ferido o direito à prova do alegado no curso do processo (art. 5º., LV), esvaziando-se, no plano fático, o direito constitucional de ação (art. 5º., XXXV) e impondo-se absolvição liminar sem processo. Relembre-se, mais uma vez, que o momento preambular, antecedente ao recebimento da inicial, não se volta a um exame aprofundado da ‘causa petendi’ exposta pelo autor em sua vestibular, servindo precipuamente, como já dito, como instrumento de defesa da própria jurisdição, evitando lides temerárias. Poderíamos afirmar, sem medo, que, tal como se verifica na seara processual penal, deve o Magistrado, neste momento, servir-se do princípio ‘in dubio pro societate’, não coartando, de forma perigosa, a possibilidade de êxito do autor em comprovar, durante o processo, o alegado na inicial.”

4 CONCLUSÃO

4.1 É dever do Ministério Público investigar as circunstâncias e todos os termos em que ocorrem as contratações de serviços jurídicos pelas administrações municipais, Prefeituras e Câmaras, o que poderia ser incluído constantemente nos Planos Gerais de Atuação.

4.2 Nessa análise, deve perquirir, dentre outros pontos, se a contratação foi precedida ou não de licitação.

4.3 Em caso de inexigibilidade, devem ser contrastados o objeto e a qualificação do profissional ou empresa frente aos primados da *singularidade* e da *notoriedade*.

4.4 Não se tratando ser serviço singular ou se as credenciais do contratado não acudirem ao objeto ou mesmo se a contratação for desnecessária face à hodiernidade, presentes atos de improbidade administrativa e crimes contra a administração pública, além da prática de lavagem de dinheiro, como decorrência da indevida inexigibilidade de licitação.

4.5 Em tema de ação de improbidade administrativa é descabido o indeferimento da inicial pela só alegação de que os fatos se encerram no permissivo do art. 25, II combinado com o art. 13 da Lei n. 8.666/93 diante da imperiosa necessidade de se perquirir a fundo o tipo de serviço, sua necessidade e as credenciais de quem o prestará.

15 Op. cit., p. 724-725.