

Objeto: Manifestação sobre incidente suscitado pela OAB/MG à Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais para edição de orientação a seus respectivos membros referente à promoção de ações penais e ações civis públicas por ato de improbidade administrativa em face de advogados e agentes públicos, em razão de contratação direta de serviços advocatícios, nos termos dos Arts. 25, inciso II c/c 13, incisos II e V.

ÍNCLITO SENHOR CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO:

1 RELATÓRIO:

Trata-se de procedimento de estudos e pesquisas periódicos instaurado pela Douta Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais, com esteio em seu Regimento Interno, art. 60, em decorrência de incidente suscitado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Seccional de Minas Gerais, para edição de orientação referente à promoção de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa e criminais em face de advogados e agentes públicos, em razão de contratação direta de escritórios e advocacia (no art. 25, inc. II c/c o art. 13 da Lei 8.666/93).

Sustenta o Conselho, por meio de sua presidência e da respectiva Comissão Especial, que tanto os Tribunais Superiores quanto o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP perfilham-se ao entendimento de que *“a contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou ímprobo”*.

Em ofício, compilou excertos de precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF, bem como da Recomendação nº 36/2016 CNMP, arrematando, ao final, sua disponibilidade para o estabelecimento de diálogo e consenso em torno da temática, a fim de que ambas instituições prestigiem valores de assento constitucional, tal como segurança jurídica.

O despacho instaurativo deste procedimento registrou a metódica dos trabalhos, que incluiu consulta pública aos respectivos membros, estudos doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria e, ainda, análise dos problemas e desafios acerca da contratação direta. Foram juntadas cópias do Ofício 09/2017 OAB/MG (fls. 05-08), bem como Portaria 19/2017, também expedida pela Seccional (fls. 09) e cópias de manifestações anteriores deste Centro Operacional (fls. 10-44).

Adiante, para além dos registros de comunicações via correio eletrônico, consta nos autos vasto material acadêmico, destacando-se fragmentos doutrinários e artigos científicos (fls. 93-204), bem como acórdãos emanados dos órgãos

máximos do Poder Judiciário brasileiro e do Tribunal de Contas Mineiro (fls. 205-252).

O segundo volume é inaugurado pelo Ofício nº 081/2017 da Associação Nacional dos Procuradores Municipais, que manifestou interesse em compor esforços para equacionar a presente questão. Anexou cópia de petição destinada ao Ministro Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 45, em curso no Supremo Tribunal Federal, na qual intenta ingressar no feito na condição de *Amicus Curiae* (fls. 254-328).

Ademais, ao autos foram acostadas manifestações de diversos órgãos, tais como: Ministério Público do Estado do Maranhão (fls. 65-70), Ministério Público do Estado de Santa Catarina (fls. 344-409v), Ministério Público do Estado do Paraná (fls. 462), Promotorias de Justiça mineiras (fls. 435-440 e 443-452v) e Comissão Especial da OAB/MG (fls. 414-419v).

Em derradeiro, consta o Termo de Reunião realizada em 08 de junho de 2017 (fls. 455 e 455v) e Ofício 103/2017 OAB/MG, por meio do qual a entidade afirma não deter condições de apresentar relatório quantitativo e qualitativo dos processos judiciais promovidos, cujo pedido fora formulado pelo Ministério Público com o fim de propiciar análise dos casos em que houve, para a Seccional, manejo indevido das ações. Todo modo, concluiu a Assessoria da Corregedoria Geral pela inexistência de prejudicialidade na carência do dado.

Apenso a este o Procedimento de Orientação Funcional – ProF 303/2016-CGMP (ID2721076), instaurado em 29/07/2016, totalizando 127 páginas.

Restaram-me, doravante, conclusos os autos para manifestação final do CAOPP – Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público.

Em síntese, é o breve relatório.

2 Fundamentação:

Inicialmente, vislumbro que consta dos autos espaçoso estudo referente à inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços de advocacia, em âmbito judicial e extrajudicial. O material colacionado investiga o teor teleológico da Lei de Licitação (Lei 8.666, de 21 de junho de 1993), em especial os artigos 25, inciso II, e 13, inciso V:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...) II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: (...) V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

Nesse ínterim, resta a este Centro de Apoio Operacional acrescentar diminutas ponderações quanto à viabilidade da contratação direta de advogados e escritórios de advocacia,

sem que isso configure ato de improbidade administrativa ou ilícito penal.

2.1 DA (IN)EXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: do Serviço de Advocacia Judicial e Extrajudicial

O Regime Jurídico Administrativo é o nome dado à plêiade de normas e princípios que fornecem conotação especial ao Direito Administrativo. É caracterizado por dois superprincípios que pontuam estado de ambivalência peculiar desse ramo deontológico: a Supremacia do Interesse Público e a Indisponibilidade do Interesse Público.

É desses supraprincípios que decorre toda a lógica do sistema e que derivam todos os demais enunciados normativos do Direito Administrativo. O atuar do administrador público é pautado em prerrogativas e sujeições que ora lhe são conferidas e ora lhe são impostas, respectivamente.

Nesse sentido, um exemplo de limitação imposta aos agentes públicos em decorrência do Princípio da Indisponibilidade é a promoção de Licitação Pública nas contratações realizadas pelo Poder Público. Sabe-se que o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, nem com o interesse do aparato administrativo e muito menos com a vontade do agente público, mas se restringe aos anseios da coletividade, o que se convencionou chamar de “interesse público primário”.

Assim, em prestígio ao Interesse Público Primário, que é indisponível, as negociações públicas, como regra, devem se submeter a critérios objetivos, possibilitando condições para que todos que desejem contratar com o Poder Público o possam fazer, em igualdade de condições.

Destarte, é esse o teor do Art. 37, inciso XXI, da Constituição da República e da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que o regulamenta em âmbito infraconstitucional.

Adverte Maria Sylvia Zanella de Pietro, de maneira sucinta, que a “*Licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública, pois decorre do princípio da Indisponibilidade do Interesse Público e que constitui uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante*”⁹⁷.

A obrigatoriedade de licitar estende-se a todos os órgãos da administração pública direta e indireta no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Art. 1º da Lei 8.666/93) e abrange contratos de obras, serviços, compras e alienações, bem como concessão e permissão de serviços públicos (Art.s 37, inc. XXI c/c 175 da CR/88). A Licitação, portanto, é regra geral, apenas excetuada em situações especiais previstas na legislação, que retratam a falta de algum – ou alguns – pressuposto necessário a exequibilidade do procedimento.

Conforme o magistério de Alexandre Mazza, os pressupostos da Licitação são: lógico, jurídico e fático. O pressuposto lógico consiste na pluralidade de objetos e ofertantes; o pressuposto jurídico, existência de conveniência e oportunidade na realização do procedimento; por fim, o pres-

97 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pág. 640.

suposto fático é o comparecimento de interessados para participar da licitação⁹⁸. Na falta de um deles, a Licitação nasce fadada ao insucesso, contrariando seu fim último, que é o Interesse Público Primário.

Nessa esteira, a Lei 8.666/93 previu hipóteses de Inexigibilidade de Licitação (Art. 25), Dispensa de Licitação (Art. 24) e Licitação Dispensada (Art. 17), sendo que a primeira ocorre sempre quando há **inviabilidade de competição**.

A licitação inexigível é aquela na qual o procedimento é impossível, seja porque lhe falta pressuposto lógico ou jurídico. O art. 25 da Lei 8.666/93, de forma exemplificativa, elenca as hipóteses em que não se pode exigir que a Administração licite, entre as quais se destaca: “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” (inciso II).

O mesmo artigo, em seu parágrafo primeiro, registra que “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” (Art. 25, § 1º, Lei 8.666/93).

Desse modo, a legislação é categórica quanto aos critérios para o enquadramento na referida hipótese de inexigibilidade. Inicialmente, o serviço deve ser **técnico**, dentre aqueles assim considerados pelo próprio diploma (Art. 13). Todavia, é necessário ainda que a essa característica se some à **natureza ímpar, única e excepcional do objeto**, a ponto de torná-lo singular. Por fim, é indispensável que o executor dos serviços detenha **notória especialização** em seu campo de especialidade, aferida principalmente em razão da essencialidade e adequabilidade a plena satisfação do contrato.

Nessa esteira, a súmula 252 do Tribunal de Contas da União dá nota de que “a inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da **presença simultânea de três requisitos**: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.”

Não é outro senão esse, igualmente, o posicionamento da doutrina e da jurisprudência:

Quanto à menção, no dispositivo, à natureza singular do serviço, é evidente que a lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que não basta trata-se de um dos serviços previstos no art. 13; é necessário que a complexidade, relevância, os interesses públicos em jogo torne o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer que torna inexigível a licitação. (...). Com relação à notória especialização, o § 1º do artigo 25 quis reduzir a discricionariedade administrativa em sua apreciação,

ao exigir os critérios de **essencialidade e indiscutibilidade** do trabalho, como sendo o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Tem-se que estar em zona de certeza, quanto a esses aspectos, para ser válida a inexigibilidade.⁹⁹ (Grifos da autora).

PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. ESPECIALIDADE E SINGULARIDADE. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. VÍNCULO DE CONFIANÇA ENTRE CONSTITUINTE E CONSTITUÍDO. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Omissis.

2. **A contratação sem licitação por inexigibilidade deve estar vinculada à notória especialização do prestador de serviço, de forma a evidenciar que o seu trabalho é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado e, sendo assim, inviável a competição entre outros profissionais.**

(...).

(AgInt no REsp 1581626/GO. Ministro Relator Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 08/11/2016. DJe 14/11/2016). (Grifo nosso).

Quanto à inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios, âmbito do presente estudo, é necessário pontuar que consta claramente no inciso V do Art. 13 da Lei de Licitações, podendo também ser classificado no inciso II do mesmo dispositivo:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - omissis;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral; (...);

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

§ 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. (Grifamos).

Da simples dicção legal é possível inferir, desde logo, que a contratação de serviços técnicos pode ser ou não contratado por meio de Licitação Pública. **Aliás, a regra permanece sendo o procedimento licitatório, a ressalva é para os casos de inexigibilidade.**

Com efeito, o que determinará a exigibilidade de Licitação será o caráter único e singular do serviço objeto da contratação. Ora, se o serviço é singular, requererá alguém extremamente habilitado para executá-lo. Se o serviço for comum, não haverá essa necessidade. Nesse sentido, a título exemplificativo, descreve Alexandre Mazza que “a contratação direta de escritório de advocacia para o patrocínio de **causas de massa**, como o contencioso trabalhista ou cível, não pode ser enquadrada como serviço técnico de natureza singular”¹⁰⁰.

99 DI PIETRO, 2011. Págs. 384-385.

100 MAZZA, Alexandre. 2017, Pág. 572.

98 MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 532.

O jurídico massificado é caracterizado pelo grande volume ações e tarefas semelhantes. As atividades são comuns ao dia a dia de um escritório de advocacia e, por isso, de modo geral, podem ser conduzidas por qualquer profissional habilitado para seu exercício. Não há razão para ser contratado por meio de Inexigibilidade de Licitação, portanto.

Outro exemplo, fornecido por Diógenes Gasparini¹⁰¹, seria a ilegalidade da contratação de Celso Antônio Bandeira de Mello (ou qualquer outro advogado de notória especialização), para promover ações de execução fiscal de certo Município, já que este tipo de serviço é ordinatório à rotina dos entes da Administração Direta (e até mesmo algumas pessoas da Administração Indireta).

Em ambas situações, malgrado o serviço possa ser classificado, nos termos da Lei de Licitações, como serviço técnico (Art. 13, inciso V), não há nenhuma singularidade ou complexidade capaz de o individualizar, e, por essa razão, não exige profissional de gabarito renomado.

Nessa esteira, o Ministro Luís Roberto Barroso cirurgicamente assim dispôs, por ocasião do Inquérito 3074, de Santa Catarina, julgado em 26/08/2014:

A natureza singular refere-se ao objeto do contrato, ao serviço a ser prestado, que deve escapar à rotina do órgão contratante e da própria estrutura de advocacia pública que o atende. Não basta, portanto, que o profissional seja dotado de notória especialização, exigindo-se, igualmente, que a atividade envolva complexidades que tornem necessária a peculiar expertise. É essa nota de diferenciação que torna inviável a competição, mesmo entre prestadores qualificados, dada a necessidade de um elo de especial confiança na atuação do profissional selecionado.¹⁰² (Grifamos)

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho elucidam, com a maestria que lhes são peculiares:

Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isso, irrelevante que seja prestado por “A” ou por “B”, não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessário, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido. Veja-se: o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples executivos fiscais a Administração não terá necessidade alguma de contratar – e diretamente – um profissional de notória especialização. Seria um absurdo se o fizesse. Assim, também, haverá perícias, avaliações ou projetos de tal modo singelos e às vezes até mesmo padronizados que, ou não haveria espaço para o ingresso de componente pessoal do autor, ou manifestar-se-ia em aspectos irrelevantes e por isso incapazes de interferir com o resultado do serviço. Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório entendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são

precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa. Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público. **Bem por isso não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito “A” ou pelos sujeitos “B” e “C”, ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.**¹⁰³ (Grifos nossos).

Assim, a inviabilidade de competição, no caso do inciso II, decorre não da ausência de pluralidade de alternativas, mas da ausência de critério objetivo para selecionar a proposta mais vantajosa de contratação. **Como o serviço técnico profissional especializado envolve uma atuação humana de cunho criativo, exteriorizando habilidades em face a cada caso concreto, é impossível estabelecer um critério de comparação objetiva entre as diversas alternativas.** Sendo as atividades personalíssimas, cada qual é diversa da outra, o que significa a ausência de um critério de seleção objetivo. Por outro lado, a qualificação individual dos profissionais nesse setor conduz à impossibilidade de a Administração Pública obter os préstimos do sujeito adequado por via da licitação. O profissional dotado de grande qualificação não se disporia a participar de uma licitação, especialmente em vista do risco de não se sagrar vencedor.¹⁰⁴ (Grifo nosso).

E, ainda, o Tribunal de Constas da União:

Não basta que o objeto seja complexo e que o sujeito tenha notória especialização. **É necessário mais do que isso: tem que existir uma superioridade de adequação, assegurada por uma singularidade na natureza do serviço, existente na relação de trabalho em que o serviço nasce entre o sujeito prestador e o objeto contratado. Daí porque a licitação ser inviável, pois, evidentemente, somente um sujeito estaria em condições de prestá-lo.** Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, pois só existe um objeto ou uma pessoa que atenda as necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.”¹⁰⁵ (Grifamos).

Nesse íterim, uma vez delimitada a natureza singular do serviço técnico, é possível que a Administração Pública selecione o respectivo executor, mesmo que não pertencente ao seu quadro de servidores. A seleção será, portanto, de mérito administrativo, pois o Gestor Público deverá determinar quem, dentre os profissionais mais capacitados, será a melhor opção para executar o serviço, pautando-se em critérios de confiança, sem deixar de observar os contornos de legalidade impostos pelo ordenamento¹⁰⁶.

Assim, conclui-se que a Inexigibilidade de Licitação para contratação de serviços advocatícios caberá quando o serviço detenha essência singular. Ocorre que a celeuma

103 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Pág. 492- 493.

104 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Pág. 505.

105 Acórdão 7840/2013 – Primeira Câmara – TCU.

106 Obviamente, o Processo de Inexigibilidade exige uma série de formalidades para que a contratação direta detenha eficácia, como a instauração de autos que contenham todos os elementos necessários a sua justificação, como a justificativa do preço, bem como necessidade de comunicação à autoridade superior e posterior ratificação e publicação na imprensa oficial (Art. 26 da Lei de Licitações).

101 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16 ed (atualizado por Fabrício Motta). São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 612.

102 Inquérito 3074/SC, Relatoria Ministro Luís Roberto Barroso.

em torno da temática perpassa essa simples conclusão. Exatamente por isso é que o tema é alvo de intensas discussões judiciais, inclusive perante os Tribunais Superiores.

Os argumentos são vários, destacando-se aqueles que, de um lado, entendem que a contratação de serviços advocatícios (inclusive por meio de procedimento licitatório) é ilegítima, pois no âmbito da Administração Pública as atividades devem ser prestadas por servidores de carreira, e, de modo diametralmente oposto, há quem afirme que os procedimentos previstos na Lei de Licitações são compatíveis para contratar serviços de advocacia, inclusive lançando mão da inexigibilidade, quando se tratar de serviços singulares.

Inúmeros processos seguem em curso perante o Superior Tribunal de Justiça (a exemplo dos seguintes: REsp 1571078, AgRg no REsp 1425230, REsp 1444874, HC 206559, REsp 1444874 e REsp 1377703) e também perante o Supremo Tribunal Federal. Nesta corte, inclusive, tramita a Ação Direta de Constitucionalidade nº 45, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), cujo intento é a declaração de compatibilidade entre os Art. 13, inciso V c/c e Art. 25, inciso II, ambos da Lei de Licitações, com a Constituição da República.

O Pretório Excelso já se manifestou, em algumas vezes, sobre a contratação direta de serviços de advocacia, tecendo considerações importantes e estabelecendo parâmetros sobre o assunto. Vejamos, então.

2.1.2 Do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal afeto à temática

O Supremo Tribunal Federal iniciou a apreciação dos Recursos Extraordinários 656558 SP e 610523 SP, os quais versam sobre a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços jurídicos por entes públicos. O julgamento foi suspenso e provavelmente será retomado em conjunto com a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 45.

Por ora, o relator dos recursos, Ministro Dias Toffoli, entendeu que a contratação é possível, desde que adotadas as precauções necessárias pela Administração Pública. A propósito, registrou o eminente ministro:

Pois bem. Exige-se a licitação pública para se tratar com igualdade os possíveis interessados nos contratos da Administração Pública, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Para tratá-los com igualdade e para que seja possível a licitação pública, é essencial que se estabeleçam previamente critérios objetivos para comparar uns e outros. Se o critério for subjetivo, então, os interessados não serão tratados com igualdade, uma vez que a disputa se resolverá pela discricionariedade do julgador. Nesses casos, eventual interessado que venha a ser preterido não terá em que se amparar para exigir tratamento igualitário, principalmente porque o critério determinante será a livre vontade do julgador, sem que se possa cogitar de igualdade, ao menos num plano objetivo. Se os serviços elencados no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 são prestados com características subjetivas, consequentemente são julgados de modo subjetivo, afastando a objetividade e, com ela, a competitividade, não se justificando a necessidade de instauração da licitação pública. A inexigibilidade pode, como já referi, se manifestar mesmo que existam vários especialistas aptos a prestar o serviço

pretendido pela Administração, já que todos eles se distinguem por características marcadas pela subjetividade, por suas experiências de cunho particular. Exatamente por isso a Administração deverá escolher um dos especialistas em detrimento de todos os demais eventualmente existentes. Nesse processo discricionário, o gestor público encontra certa liberdade na escolha do especialista que reputar o mais adequado à satisfação da utilidade pretendida com a contratação, pressupondo-se, pois, a avaliação de conceitos de valor, variáveis em grau maior ou menor, de acordo com a estimativa subjetiva. A liberdade de escolha, reconhecida, não é absoluta, mas limitada. A confiabilidade conquanto determinada subjetivamente, depende de certos requisitos objetivos, entre os quais sobressaem as experiências do especialista, sua boa reputação, o grau de satisfação obtido em outros contratos, entre outros. Dentro os especialistas que preenchem esses requisitos objetivos, o agente administrativo escolherá aquele em que deposita maior confiança, na medida em que o considere mais apto para satisfazer o interesse público que outros, valendo aí seus traços pessoais, que devem identificar-se com o que pretende a Administração. Nesse particular, adverte Eros Roberto Grau: “Por certo, pode a Administração depositar ‘confiança’ em mais de um profissional ou empresa dotado de notória especialização relativamente à prestação de serviço técnico-profissional especializado, singular, mesmo porque, detendo notória especialização, todos eles são virtualmente merecedores da ‘confiança’[.] contudo, não pode ser objetivamente apurada, de modo que se possa identificar, entre os profissionais ou empresas nos quais o agente público incumbido de tomar a decisão referentemente a qual deles ou delas deve ser contratado, qual o que, sendo contratado, executará o trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. A decisão quanto à escolha desse profissional ou daquela empresa para a prestação do serviço não pode, repito, ser demonstrada, ainda que se a possa justificar. Repito: é escolha discricionária do agente público ou dos agentes públicos competentes para contratá-lo” (Licitação e Contrato Administrativo – estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 74-75) (...). Portanto, na apreciação desses conceitos, afigura-se um juízo de certeza positiva e outro de certeza negativa. Há profissionais que são conhecidos em todo país, cujos estudos são tomados como referência pelos demais que militam na área. Não há dúvida alguma de que esses agregam notória especialização. Ocorre que, em sentido diametralmente oposto, existem profissionais que não são nem remotamente conhecidos: recém-formados, sem experiência alguma, sendo igualmente estreme de dúvida que esses não detêm notória especialização. Ocorre que, entre um grupo e outro, haverá um terceiro, composto por profissionais nem tão conhecidos quanto os primeiros nem tão desconhecidos quanto os segundos. Trata-se, é certo, da maioria, aqueles que ocupam posição mediana: estão no mercado; possuem alguma experiência, já realizaram alguns estudos, de certa forma são até mesmo conhecidos, mas, igualmente, não podem ser reputados detentores de notória especialização. Note-se que a expressão exige experiência e estudos que vão acima da média, tocante a profissionais realmente destacados. Nesse ponto, reside a chamada zona de incerteza, em que já não é possível distinguir com exatidão quem detém e quem não detém notória especialização. Aí vive a competência discricionária atribuída ao agente administrativo, que avalia a experiência dos profissionais com margem de liberdade, pelo que é essencial a confiança depositada no contratado. (...) Ademais, na minha concepção, respeitando aquela dos que têm entendimento distinto, no caso especial da advocacia, dada a série de empecilhos impostos pela essência da profissão,

norteada pela ética profissional, torna-se latente a dificuldade de se proceder ao procedimento licitatório para a contratação desses serviços. (Excertos extraídos do RE 656.558/SP).

Sugeri, ao final de seu voto, a aprovação das seguintes teses, com repercussão geral:

a) É constitucional a regra inserta no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que estabelece ser inexigível a licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 dessa lei, desde que i) preenchidos os requisitos nela estabelecidos, ii) não haja norma impeditiva à contratação nesses termos e iii) eles tenham natureza singular e sejam prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, inclusive no que tange à execução de serviços de consultoria, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

b) Para a configuração da improbidade administrativa, prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, faz-se necessária a presença de dolo ou culpa, caracterizados por ação ou omissão do agente, razão pela qual, não havendo prova do elemento subjetivo, não se configura o ato de improbidade administrativa, em qualquer uma das modalidades previstas na Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa.

Desse modo, malgrado ainda não seja possível afirmar qual será o posicionamento do Pretório Excelso (uma vez que não foi levado a plenário o *case* até a data de expedição deste parecer¹⁰⁷), é provável que os ministros encampem a constitucionalidade dos artigos, legitimando a contratação direta para serviços de advocacia, desde que observados os limites legais.

2.1.3 Do cerne da controvérsia

A par dessas considerações, não resta dúvida que a questão tormentosa gira em torno não apenas na identificação dos critérios necessários à Inexigibilidade, mas compreende, principalmente, as seguintes proposições:

(i) colisão de teses que admitem a licitação (e contratação direta) e que não admitem, em razão da imprescindibilidade de concurso público; e

(ii) identificação, no contexto fático, dos critérios necessários à contratação direta, notadamente a singularidade do objeto.

Passemos, então, a abordá-las de modo mais incisivo.

2.2 DA CONTRATAÇÃO DIRETA DOS SERVIÇOS DE ADVOCACIA E CONCURSOS PÚBLICOS: do mundo sensível e do mundo das ideais

Tal como a Licitação, o Concurso Público é uma expressão do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, porque se trata de procedimento administrativo hábil a oportunizar a todos os interessados meios para alcançar a investidura em cargo ou emprego público, nos termos do Art. 37, inciso II, da Constituição Federal. José dos Santos Carvalho Filho explica que o concurso público:

É o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto

seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.¹⁰⁸

Para o mesmo doutrinador, o Concurso Público fundamenta-se em três postulados essenciais, quais sejam: Princípio da Isonomia, Princípio da Moralidade e Princípio da Competição, que garantem a lisura no processo de seleção de pessoal para a ambiência pública.

Com efeito, a exigência de concurso prestigia vários princípios constitucionais, mas em especial a igualdade e impessoalidade. Também representa, conforme Rogério Ponzi Seligman, “a busca pela qualidade no serviço público, uma vez que se presume sejam os aprovados no certame os candidatos melhor qualificados para o exercício das funções correspondentes aos cargos em disputa”.¹⁰⁹

O instituto é previsto desde a Constituição de 1934, embora de modo rudimentar. Foi a partir de então que se tornou indispensável, para a investidura nos postos de carreira das repartições administrativas e nos demais que a lei determinasse, a realização de “exame de sanidade e concurso de provas ou títulos” (Art. 170, § 2º), além da obrigatoriedade do certame para o provimento de cargos de juiz (na primeira instância da Justiça dos Estados – art. 104, a), de membros do Ministério Público Federal (que servisse perante o juízo comum – art. 95, § 3º) e para o provimento dos cargos de magistério oficial (art. 158).

Em 1988 o tema ganhou novos contornos em razão da reabertura democrática. Aprimoraram-se os mecanismos de ingresso de servidores públicos, por meio da necessidade de realização de concurso de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego. Ademais, de forma inovadora, estendeu-se aos estrangeiros a acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas, observada a lei (Art. 37, incisos I e II da Constituição Federal).

Com a Carta Cidadã, o Concurso Público ganhou *status* de princípio constitucional, conforme doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, esposada em precedentes do Supremo Tribunal Federal¹¹⁰.

A aprovação prévia em concurso público é, como regra, requisito para admissão na carreira pública. Sem dúvidas,

108 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 11 ed. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2004. Pág. 511.

109 SELIGMAN, Rogério Ponzi. **A Contratação de Serviços Jurídicos pelo Poder Público**. Disponível em https://www.mpro.mp.br/documents/29174/119287/Artigo_A_Contratacao_de_Servicos_Juridicos_pelo_Poder_Publico.pdf. Acesso em 19 de outubro de 2017.

110 RE 598099 / MS, julgado em 10/08/2011: “É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. (...) O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público”. (Grifamos).

107 A última movimentação é do dia 19/10/2017 (autos conclusos ao Ministro Relator).

há exceções especiais que dispensam o procedimento (tais como cargos de livre nomeação e exoneração e recrutamento de servidores temporários), mas o alcance da exigência deve ser o maior possível.

O mandamento constitucional abrange, portanto, o ingresso em cargos destinados ao exercício da Advocacia Pública, função que integra o rol daquelas descritas como “Essenciais à Justiça”. Incumbe à Advocacia Pública, de modo geral, representar os entes políticos (União, Estados e Distrito)¹¹¹, judicial e extrajudicialmente, bem como desempenhar as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, conforme teor dos Arts. 131 e 132:

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

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

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

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

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, **na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases**, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Conquanto a previsão de aprovação em concurso público para ingresso na carreira constasse desde o texto original da Carta, significativas adaptações foram promovidas no Art. 132 pela Emenda Constitucional 19/98, que determinou, entre outros aspectos, a participação da OAB em todas as fases e a estabilidade dos procuradores estaduais e distritais.

Não se objeta o intento do Constituinte (tanto originário como derivado) em organizar a carreira no Poder Público. Deveras, o assessoramento jurídico dos entes políticos e da máquina administrativa é imprescindível no contexto do Estado Democrático de Direito, cuja tônica é a efetiva materialização de direitos e garantias individuais e sociais, por meio de poderes instituídos independentes e harmônicos entre si (o Legislativo inova o Ordenamento Jurídico de forma criativa, genérica e abstrata em prol da coletividade que representa; o Executivo, de modo concreto, direto e imediato, age para concretizar os fins desejados pelo povo, manifestos através das leis; o Judiciário, sem inovar e de maneira indireta, tem por fim principal zelar pelo cumpri-

mento da Constituição e das demais normas, novamente em proveito da sociedade).

Por isso, o Estado deve contar com aparelhamento e pessoal capacitado para a execução de atividades jurídicas, tanto na seara consultiva, a fim de propiciar segurança jurídica, bem como na atividade contenciosa, para representá-lo judicial e extrajudicial, já que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos podem ser responsabilizadas pelos atos que praticarem (Art. 37, § 6º, da CR/88).

Conquanto o objetivo operacional e as competências legais da Advocacia Pública abranjam quaisquer aspectos de consultoria e representação judicial e extrajudicial, é verossímil o surgimento de demandas que, pela excentricidade de seu objeto, requeira a atuação de profissional extremamente qualificado, que poderá ou não fazer parte do quadro de servidores.

Assim, embora ideal que o assessoramento seja promovido apenas por titulares de cargos públicos, é impossível ignorar que a complexidade dos dias hodiernos pode exigir, em ocasiões específicas, prestação de **serviços singulares por executores de notória especialização**.

Nesse sentido, não há como desprezar a situação relatada. É mister assentar que não se visa adentrar aqui sobre aspectos de constitucionalidade ou legalidade da existência de cargos em comissão ou função de confiança em detrimento à carreira organizada ou, ainda, da terceirização serviços comuns a terceiros não concursados. Delimitam-se as ponderações deste parecer, exclusivamente, a super-veniência de serviços técnicos singulares que demandam para sua apropriada execução alta e incontestável especialização, seja por profissional de carreira ou por pessoa não pertencente aos quadros de servidores da pessoa jurídica interessada.

Destarte, não há porque vislumbrar óbice quanto à possibilidade abstrata de contratação de serviços de advocacia nos termos da Lei 8.666/1993, ainda que a Constituição da República tenha determinado a obrigatoriedade de realização de Concurso Público.

A lógica, aqui, é a mesma do tópico antecedente. O Concurso Público é a regra, mas o mandamento não pode engessar a realidade a ponto de contrariar o Interesse Público que norteia o agir da Administração, a qual, pautada em critérios previamente definidos em Lei, poderá contratar serviços advocatícios, por meio de procedimento licitatório ou por Inexigibilidade de Licitação.

A título de arremate, elucido o raciocínio construído tomando por exemplo uma das mais relevantes alegorias filosóficas já elaboradas: o Mito da Caverna.

O Mito da Caverna é uma parábola escrita pelo filósofo grego Platão no livro VII de “A República”, no qual ilustra a coexistência de dois mundos: o mundo dos sentidos e o mundo inteligível. O primeiro é aquele no qual, conquanto os fenômenos sejam acessíveis aos sentidos, não é possível conhecer senão de modo imperfeito. O segundo, a

¹¹¹ Atendo-se, exclusivamente, a redação textual da Constituição da República de 1988.

seu turno, é o universo das ideias gerais e das essências imutáveis, acessíveis somente por meio da razão.

Suponhamos uns homens numa habitação subterrânea em forma de caverna, com uma entrada aberta para a luz, que se estende a todo o comprimento dessa gruta. Estão lá dentro desde a infância, algemados de pernas e pescoços, de tal maneira que só lhes é dado permanecer no mesmo lugar e olhar em frente; são incapazes de voltar a cabeça, por causa dos grilhões; serve-lhes de iluminação um fogo que se queima ao longe, numa eminência, por detrás deles; entre a fogueira e os prisioneiros há um caminho ascendente, ao longo do qual se construiu um pequeno muro, no gênero dos tapumes que os homens dos “robertos” colocam diante do público, para mostrarem as suas habilidades por cima deles. Visiona também ao longo deste muro, homens que transportam toda a espécie de objetos, que o ultrapassam: estatueta de homens e de animais, de pedra e de madeira, de toda a espécie de labor; como é natural, dos que os transportam, uns falam, outros seguem calados. Em primeiro lugar, pensas que, nestas condições, eles tenham visto, de si mesmo e dos outros, algo mais que as sombras projetadas pelo fogo na parede oposta da caverna? Como não – respondeu ele –, se são forçados a manter a cabeça imóvel toda a vida? De qualquer modo – afirmei – pessoas nessas condições não pensavam que a realidade fosse senão a sombra dos objetos. Considera pois – continuei – o que aconteceria se eles fossem soltos das cadeias e curados da sua ignorância, a ver se, regressados à sua natureza, as coisas se passavam deste modo. Logo que alguém soltasse um deles, e o forçasse a endireitar-se de repente, a voltar o pescoço, a andar e a olhar para a luz, ao fazer tudo isso, sentiria dor, e o deslumbramento impedi-lo-ia de fixar os objetos cujas sombras via outrora. Que julgas tu que ele diria, se alguém lhe afirmasse que até então ele só vira coisas vãs, ao passo que agora estava mais perto da realidade e via de verdade, voltado para objetos mais reais? E se ainda, mostrando-lhe cada um desses objetos que passavam, o forçassem com perguntas a dizer o que era? Não te parece que ele se veria em dificuldades e suporia que os objetos vistos outrora eram mais reais do que os que agora lhe mostravam? – Muito mais, afirmou. Meu caro Gláucon, este quadro – prossegui eu – deve agora aplicar-se a tudo quanto dissemos anteriormente, comparando o mundo visível através dos olhos à caverna da prisão, e a luz da fogueira que lá existia à força do Sol. Quanto à subida ao mundo superior e à visão do que lá se encontra, se a tomares como a ascensão da alma ao mundo inteligível, não iludirás a minha expectativa, já que é teu desejo conhecê-la. O Deus sabe se ela é verdadeira. Pois, segundo entendo, no limite do cognoscível é que se avista, a custo, a ideia do Bem; e, uma vez avistada, compreende-se que ela é para todos a causa de quanto há de justo e belo; que, no mundo visível, foi ela que criou a luz, da qual é senhora; e que, no mundo inteligível, é ela a senhora da verdade e da inteligência, e que é preciso vê-la para se ser sensato na vida particular e pública.¹¹²

Por meio da alegoria Platão buscou retratar a diferença entre os elementos no mundo dos fatos e no mundo das ideias. Tal como a construção filosófica, é assim a conjuntura entre os elementos no “Universo do Direito” e o “Universo dos Fatos”, parafraseando o filósofo. Explico.

No Universo do Direito, onde coexistem normas de diferentes estirpes, há uma pretensão de regulação de todos os fatores sociais, com a intenção de promover segurança jurídica e

justiça no seio social. Todavia, nos Universo dos Fatos, é importante conciliar todos os instrumentos normativos com proporcionalidade para não gerar situações absurdas e de contrassenso.

Assim, ao intérprete cabe ponderar entre o ideal e o real, visando “encaixar” apropriadamente os fatos as várias normas em vigor no Ordenamento Jurídico (vetusto modelo “chave-fechadura”).

Particularmente, no que pertine à contratação direta de serviços advocatícios, é bem verdade que estamos diante de normas inspiradas por princípios diferentes, que desembocam assim regulamentação distinta. Vejamos. Se observarmos unicamente sob a ótica do Concurso Público, enquanto princípio, todos os serviços jurídicos devem ser prestados por servidores de carreira, o que corresponde ao “ideal”. Todavia, se considerarmos a Eficiência, é possível permitir situações pontuais em que tais serviços, por sua excentricidade, sejam executados por terceiros extremamente qualificados, embora não titulares de cargos públicos. Essa última hipótese, embora imperfeita, corresponde à realidade encarada por vários setores da Administração Pública (Mundo dos Fatos).

Nesse sentido, é imprescindível razoabilidade para equacionar o ideal e as realidades fáticas. Essa ponderação, aliás, torna a análise ainda mais densa, pois passa a ser perceptível que se está diante de normas principiológicas aparentemente colidentes.

2.2.1 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: Método de Ponderação de Princípios e do conceito de Boa Administração

Pontuou-se, anteriormente, que assessoria e a defesa judicial e extrajudicial da Administração Pública são atividades de execução permanente e, portanto, devem ser realizadas por ocupantes de cargos públicos, selecionados mediante concurso público de provas ou provas e títulos.

Igualmente, registrou-se sobre a legitimidade de contratação de serviços jurídicos singulares, por Inexigibilidade de Licitação, a serem executado por profissional de notória especialização, com esteio na Lei nº 8.666/1993.

Sem dúvidas, como alhures registrado, as proposições se fundamentam em princípios constitucionais que inspiraram o legislador em seus respectivos misteres.

A obrigatoriedade de Concurso Público decorre do Princípio da Legalidade, da Moralidade e da Igualdade, passando a ser compreendido na atualidade como princípio autônomo, ao passo que a contratação direta por Inexigibilidade advém do Princípio da Eficiência. Assim, é preciso que a análise esquadrinhe não só os aspectos legais, mas também principiológicos que existem em torno da temática.

A Administração Pública se submete, por força do Art. 37, caput, da Constituição Federal, aos princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Também outros princípios, embora implícitos, norteiam a atuação administrativa, tais como Proporcionalidade e Razoabilidade. Ainda que, porventura, alguns entrem em

112 Excertos extraídos da obra “A República”, de Platão, também disponível em <http://www.pucsp.br/pos/cesima/schenberg/alunos/marinapietri/caverna.htm>.

rota de colisão, permanecerão no Ordenamento Jurídico, graças à técnica da Ponderação.

Como se sabe, a partir da teorização formulada por Ronald Dworkin e Robert Alexy, o conflito entre princípios se diferencia da colisão entre as regras. Entre essas, a validade de uma implicará na invalidade da outra e sua remoção do Ordenamento (regra do *“tudo ou nada”*), ao passo que, entre aqueles, que não possuem natureza absoluta e possuem *a priori* o mesmo valor, **serão as circunstâncias do caso concreto que estabelecerão uma relação de precedência condicionada entre os princípios em colisão.**

Com maior propriedade, explica Luís Roberto Barroso:

Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior - a norma - incide sobre a premissa menor - os fatos -, produzindo um resultado, fruto da aplicação no caso concreto. Como já assinalado, esse tipo de raciocínio jurídico continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais. De fato, nessas hipóteses, mais de uma norma postula aplicação sobre os mesmos fatos. Vale dizer: há várias premissas maiores e apenas uma premissa menor. Como intuitivo, a subsunção, na sua lógica unidirecional (premissa maior - premissa menor - conclusão), somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na eleição de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada, em razão do princípio da unidade da Constituição, que nega a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais. Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão. **O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética.** Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna. O relato acima expressa, de maneira figurativa, o que se convencionou denominar ponderação. Em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas. Nos últimos tempos, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos. De forma simplificação é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, descritas a seguir. Na primeira, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. (...). Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. (...). É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. (...). **Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.** ¹¹³ (Grifamos).

Nessa toada, não há como afirmar categoricamente qual dos princípios em rota de colisão deve prevalecer. **Parece-nos incoerente com o método da ponderação asseverar, prévia e genericamente, qual princípio deve sobressair, se o Concurso Público ou Eficiência.**

Com efeito, somente as circunstâncias do caso concreto é que poderão determinar qual princípio constitucional prevalecerá, sem que isso implique na exclusão dos demais. Ao que tudo indica, porém, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 45, prestigiará o Princípio da Eficiência, haja vista a particularidade do “serviço técnico singular”, que demanda profissional de notória especialização para executá-lo.

É que, pelo Princípio da Eficiência, o Gestor Público deve buscar o melhor desempenho possível dentro das atribuições que lhes são imputadas, sem afrontar a Legalidade. Deve garantir o Interesse Público Primário, cumprindo seu encargo com presteza e obediência à Lei e ao Ordenamento, promovendo a melhor organização e estruturação no âmago da máquina administrativa, produzindo resultados positivos e satisfatórios às necessidades da coletividade, implementando a “boa administração”.

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais suma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. **Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração”** ¹¹⁴ (Grifamos).

Por derradeiro e em outro juízo, um relevante aspecto é digno de nota. Trata-se da peculiar situação das Municipalidades Brasileiras, cuja maior parte possui orçamento deficitário e enfrenta grandes dificuldades para solucionar problemas estruturais básicos, malgrado devam, tal como as demais pessoas políticas, atentar ao Princípio da Legalidade, do Concurso Público e da Eficiência.

De fato, é possível que ambas normas principiológicas (Concurso Público e Eficiência) entrem em rota de colisão, sendo necessário observar as nuances fáticas para determinar qual deve prevalecer, sem que isso implique em possibilidade de afronta constitucional e legal. Entrementes, que se coloca em pauta é a notória precariedade e crise financeira enfrentada por muito Municípios, sobretudo aqueles que não constituem capitais dos Estados Membros.

A Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (Firjan) apontou, em pesquisa realizada no ano de 2016, que 86% dos 4.544 Municípios analisados possuem situação fiscal consi-

113 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo**

modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. Págs. 333-335

114 MELLO, 2001. Pág. 92.

derada crítica ou difícil¹¹⁵. Em que pese o delicado cenário, ao Administrador não é lícito evadir às responsabilidades que seu cargo lhe confere e ao mesmo tempo exige. Obviamente, diante da escassez de recursos públicos, deverá eleger as prioridades em sua gestão, sem desconsiderar as normas preceituais e principiológicas afetas à função e ao exercício da administração pública.

O Ministro Dias Toffoli, bem como Rogério Ponzi Seligman, Promotor de Justiça e Coordenador-Adjunto do Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, abordaram, sob diferentes ângulos, essa tormentosa questão. Vide:

No âmbito municipal, em respeito ao objeto do presente recurso extraordinário, não vislumbro na Constituição Federal, primo ictu oculi, a obrigatoriedade de que, em todo município, seja criada uma procuradoria municipal para a representação judicial, extrajudicial, ou para a atividade de consultoria jurídica, embora tal desiderato fosse o ideal. Da mesma forma, não vejo impedimento para que determinada municipalidade, vislumbrando a existência de procuradores municipais aptos para o pleno exercício da representação do município, de seus órgãos ou dos entes da administração direta, ou até mesmo indireta, e para o cumprimento, com eficiência, das atividades de consultoria, possa editar norma a impedir a contratação de advogados privados para o exercício dessas atividades. Por outro lado, ausente impedimento específico, a simples existência de procuradores municipais concursados não me parece impedimento, por si só, para a contratação de advogados qualificados sob o manto da inexigibilidade de licitação, quando houver real necessidade e preenchidos os requisitos sobre as quais já me referi. A singularidade da situação pode exigir da municipalidade a contratação de determinado profissional. Isso porque, realizando-se uma interpretação sistemática do regime jurídico, podemos concluir que existem duas condições cumulativas para se aferir a legalidade de uma contratação de serviços advocatícios – para fins de representação processual ou de consultoria – sem prévia licitação, quais sejam: a) a necessidade e a natureza do serviço, sua singularidade ou complexidade, a evidenciar que esses não podem ser normalmente executados pelos profissionais do próprio quadro e, b) o caráter não continuado do serviço específico e singular. Portanto, para que haja uma melhor definição da tese de repercussão geral, me parece prudente anotar que a contratação, com inexigibilidade de prévia licitação, só terá validade se não houver norma impeditiva – no caso, municipal. Não há como se decidir sobre esse tema da inexigibilidade da licitação no âmbito da União, Estados e Distrito Federal, ainda que se trate de recurso sob a sistemática da repercussão geral, porque não houve o devido aprofundamento das discussões. (Grifo nosso).

Cabe ressaltar, todavia, que no Brasil há municípios de portes muito distintos. **Entre os pequenos, vários conferem a representação judicial e extrajudicial a apenas um advogado, não raro ocupante de cargo de provimento em comissão. Isto se justifica, bem como a livre escolha dos procuradores-gerais dos Estados e dos municípios de porte maior, ou dos chefes de departamentos jurídicos dos demais entes da Administração Pública, pela relação de confiança e sintonia política que deve existir entre o governante eleito e as assessorias de especial valor estratégico.** Tem razão, neste aspecto, Adilson Abreu

Dallari, ao afirmar que há assuntos de repercussão política relativos a programas estabelecidos pela supra-estrutura política eleita democraticamente que requerem a presença de assistentes jurídicos nomeados para cargos de provimento em comissão.¹¹⁶ (Grifamos).

Nesse particular, o Administrador Municipal (assim como os demais) deve atentar tanto para o Princípio do Concurso Público como da Eficiência, implementando-os, na medida do possível, com os recursos que possui. Todavia, excepcionalmente, se não for exequível a promoção de Concurso Público, deverá atuar com transparência, justificando suas decisões e tornando-as públicas, atendo ao ordenamento jurídico brasileiro, viabilizando gestão eficiente sem que, com isso, incorra em crime ou em ato de improbidade administrativa.

2.2.2 DO DEVER DE TRANSPARÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: da lisura do procedimento de contratação por inexigibilidade de licitação

Após todas essas considerações, **não se vislumbra óbices na contratação**, via Inexigibilidade de Licitação, de serviços jurídicos nos termos do Art. 25, inciso II, combinado com o Art. 13, inciso V, ambos da Lei 8.666/1993, seja em razão da dicção legal, do posicionamento da doutrina e da jurisprudência (desde os Tribunais de Contas até o Supremo Tribunal Federal) ou mesmo pela possibilidade de prevalência do Princípio da Eficiência no caso concreto.

No entanto, é imperioso que o Administrador Público aja com responsabilidade para não desvirtuar o permissivo legal. **É necessária transparência e lisura para que a contratação seja legítima, haja vista que se trata de exceção e, como tal, deve ser interpretada (e, porque não, concretizada) restritivamente.**

Nesse sentido, retomo as considerações exaradas pelo Ministro Dias Toffoli (RE 656.558):

Embora seja constitucional a regra inserta no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que estabelece a possibilidade de inexigibilidade de licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 dessa lei – de natureza singular e prestados por profissionais ou empresas de notória especialização –, **a contratação somente será possível se preenchidos os requisitos da lei e desde que não haja impedimento específico para a contratação desses serviços.** (Grifamos)

Destarte, o que determinará a integridade do procedimento de inexigibilidade é, portanto, a correta e apropriada identificação no contexto fático dos critérios legitimadores da contratação direta. **A constatação de constitucionalidade dos dispositivos não permite sejam utilizados como estratégias ardis para fins de obtenção de vantagens ilícitas**, devendo o Gestor Público atuar com cautela, honestidade e lealdade para não incorrer em crimes e/ou prática de ato de improbidade administrativa.

116 SELIGMAN, Rogério Ponzi. **A Contratação de Serviços Jurídicos pelo Poder Público**. Disponível em https://www.mpro.mp.br/documents/29174/119287/Artigo_A_Contratacao_de_Servicos_Juridicos_pelo_Poder_Publico.pdf. Acesso em 19 de outubro de 2017.

115 Vide maiores informações no Boletim Online disponível em <http://www.firjan.com.br/ifgf/>.

2.3 QUANDO A CONTRATAÇÃO DIRETA É ILEGAL: do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação indevida e a caracterização do ato de improbidade

A Inexigibilidade de Licitação somente poderá ser implementada quando corretamente identificados os critérios definidos na Legislação, sendo que não há óbices para contratação de serviços jurídicos por meio do reportado procedimento, conforme já abordado.

Todavia, dispensar ou inexigir licitação **fora** das hipóteses previstas em lei, ou **deixar de observar** as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade constitui **crime**, cuja pena é de detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, além da multa (Art. 89, caput, da Lei 8.666/1993). Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Sobre essa figura típica, é a lição de Marçal Justen Filho:

A punição penal incide não apenas quando o agente ignorar as hipóteses previstas para a contratação direta, mas também quando, de modo fraudulento, simular a presença de tais requisitos. A ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação somente é punível quando acarretar contratação indevida e retratar o intento reprovável do agente (visando a produzir o resultado danoso).¹¹⁷

Embora haja posicionamento em sentido contrário, mostra-se mais adequado aos valores constitucionais afirmar que se trata de tipo **formal**, dispensando-se a demonstração de dano patrimonial suportado pelo Erário. Explico.

Sabidamente, além do patrimônio público, também são tutelados bens jurídicos extrapatrimoniais, como a moralidade administrativa, a legalidade e a impessoalidade, daí porque se mostra absolutamente despropositado pretender restringir a configuração de crime de tamanha gravidade apenas quando comprovado um dano material imposto ao erário.

Nesse sentido, há vários precedentes, como este:

EMBARGOS INFRINGENTES - ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93 - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DECRETADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - LICITAÇÃO INEXIGÍVEL - INOCORRÊNCIA - NATUREZA SINGULAR DO OBJETO E NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO NÃO COMPROVADAS DE PLANO - AUSÊNCIA DE DOLO - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - **PREJUÍZO AO ERÁRIO - IRRELEVÂNCIA - CRIME FORMAL** - EMBARGOS INFRINGENTES NÃO PROVIDOS. 1. Por ser exceção à regra constitucional da obrigatoriedade de licitação para a contratação com órgãos da Administração Pública, as hipóteses de dispensa e inexigibilidade da licitação devem estar satisfatoriamente comprovadas. 2. O art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 determina que o certame somente será inexigível caso a contratação seja direcionada à prestação de serviços técnicos, enumerados no art. 13 do mesmo diploma legal, que tenham natureza singular e sejam executados por profissionais ou empresas de notória especialização. 3. Ausentes quaisquer um dos

requisitos acima elencados, torna-se possível a existência de competição e, por conseguinte, a realização do procedimento licitatório. 4. Não sendo comprovadas, de plano, a singularidade do serviço prestado e a notória especialização do apelante, inviável sejam os réus absolvidos sumariamente. 5. A discussão acerca da ausência ou não de dolo é inapropriada na fase processual em que se encontrava o processo, sendo necessária maior dilação probatória para a colheita de novos elementos de convicção do magistrado acerca da configuração da tipicidade subjetiva da conduta dos agentes. 6. **Torna-se desnecessária a verificação de efetivo prejuízo ao erário, para fins de tipicidade objetiva da conduta, por se tratar de crime formal, que não exige a produção de resultado naturalístico. Precedentes do STJ.** V.V. Correta se mostra a absolvição sumária, por ausência de justa causa para a ação penal, se demonstrado o descabimento da denúncia pela prática do delito previsto no art. 89 da Lei nº 8666/93, em razão da comprovada qualificação técnica do profissional contratado e da singularidade do serviço por ele prestado, o que torna inexigível a licitação, nos termos do art. 25 do referido diploma legal. Embargos acolhidos. (Grifos nossos).

(TJMG - Emb Infring e de Nulidade 1.0056.09.213210-1/002. Relator(a) Des.(a) Doorgal Andrada. Relator(a) Des.(a) Edison Feital Leite. 4ª Câmara Criminal. Julgamento em 30/10/2013. Publicação 05/11/2013).

Com efeito, a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou mesmo a inobservância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, **quando advindas de uma conduta dolosa, mesmo que não venha a impor um dano material ao patrimônio público, violenta outros bens jurídicos também tutelados pelo dispositivo penal em apreço.**

Nessa esteira, essencial trazer à baila as importantes considerações exaradas na Ação Penal 971, do Rio de Janeiro, julgada em 28/06/2016 pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal:

PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. APELAÇÃO. EX- PREFEITO MUNICIPAL. ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. CONFORMIDADE COM O ART. 41 DO CPP. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. IMPROCEDÊNCIA. MATÉRIA DE MÉRITO. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI 8.666/93. DELITO FORMAL QUE DISPENSA PROVA DE DANO AO ERÁRIO PARA CONFIGURAÇÃO. DOLO. NECESSIDADE DE INTENÇÃO ESPECÍFICA DE LESAR O ERÁRIO. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. INSERÇÃO DE TEXTO NÃO APROVADO PELO PODER LEGISLATIVO LOCAL EM LEI MUNICIPAL. DOLO CONFIGURADO. MATERIALIDADE, AUTORIA, TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA PROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA REDUZIDA. BIS IN IDEM. (...)

4. O crime do art. 89 da Lei 8.666/90 é formal, consumando-se tão somente com a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Não se exige, para sua configuração, prova de prejuízo financeiro ao erário, uma vez que o bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público, mas coincide com os fins buscados pela Constituição da República, ao exigir em seu art. 37, XXI, "licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes". Tutela-se, igualmente, a

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010. Pág. 903.

moralidade administrativa, a probidade, a impessoalidade e a isonomia.

5. Para a configuração da tipicidade subjetiva do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, o Supremo Tribunal Federal exige o especial fim de agir, consistente na intenção específica de lesar o erário. Assim, distinguem-se as meras irregularidades administrativas do ato criminoso e deliberado de dispensar licitação quando à toda evidência era ela obrigatória. Destarte, não se confunde o administrador inapto com o administrador ímprobo. Sendo flagrante a ilegalidade da dispensa, mostra-se configurada a intenção específica de lesar o erário, mormente quando outros elementos probatórios apontam nessa direção. (...). (Grifamos).

O Relator da ação, Ministro Edson Fachin, elucidou brilhantemente em seu voto que não se permite, numa República, que o Administrador Público escolha por motivos pessoais a quem contratar, ainda que se demonstre que a contratação é a mais adequada aos interesses da Administração.

Peço vênia para colacionar, pela relevância e pela resplandecência do juízo esposado, extenso trecho do voto proferido, cuja leitura é indispensável neste momento:

O artigo 89 da Lei 8.666/93 é tipo penal cujo bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público. Com essa regra, protegem-se todos os bens jurídicos tutelados pelo art. 37, XXI, da CR/88, ao exigir como regra que “... as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei”.

O objeto jurídico do crime em questão, portanto, coincide com as razões pelas quais constitucionalmente se exige que obras, serviços, compras e alienações devam ser precedidas de processo licitatório.

Nesse sentido, colho as palavras de Cezar Roberto Bitencourt: “Enfim, bem jurídico tutelado, especificamente, no art. 89 é assegurar a estrita excepcionalidade das hipóteses de dispensa e inexigibilidade licitação pública, garantindo a respeitabilidade, probidade, integridade e moralidade das contratações públicas que são ofendidas com as condutas descritas no art. 89. O dispositivo ora examinado visa, acima de tudo, proteger a lisura e transparência na contratação pública, exigindo retidão no processo licitatório para permitir ampla competição observando a regra da isonomia concorrencial”. (Direito penal das licitações, Saraiva : São Paulo, 2012, p. 132).

Nessa linha, indispensável estar atento para o fato de que a exigência do procedimento licitatório feita pela lei e pela Constituição não busca apenas a proposta economicamente mais vantajosa para a Administração Pública. A economicidade da proposta, por certo, é elemento importante, pois resguarda o patrimônio público. Entretanto, a razão da exigência de licitação, porque expressamente declarado pela Constituição da República, é oportunizar a todos igualdade de condições para contratar com o Poder Público. Não é por outra razão que o precitado art. 37, XXI, da CR/88 ressalta que obras, serviços, compras e alienações em geral serão contratados, enfático, mediante “licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes ...”.

Não se permite, numa República, que o administrador escolha por motivos pessoais a quem contratar, ainda que se demonstre que a contratação é a mais adequada aos interesses da Administração.

A todos deve ser dado, em igualdade de condições, concorrer para fornecer bens e serviços à Administração Pública.

Insustentáveis, portanto, afirmações no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666/93 não se configura se não restar demonstrada a ocorrência de prejuízo ao patrimônio público.

Uma tal concepção reduz as razões, constitucionalmente assentadas, dos motivos pelos quais se exige licitação pública.

Sendo o resguardo à economicidade da proposta, apenas um dentre os vários objetivos tutelados pelo legislador ao tipificar a dispensa e inexigibilidade irregulares à categoria de crime no art. 89 da Lei 8.666/93, mesmo quando reste provado que não teria o Poder Público obtido proposta mais favorável do que a contratada de forma irregularmente direta, ainda assim os fins constitucionais buscados pela exigência de licitação (art. 37, XXI, da CF) estariam vulnerados.

Portanto, não se acolhe a tese segundo a qual, para se configurar o crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 é necessário comprovar prejuízo econômico ao erário.

Não há essa exigência na redação do art. 89 da Lei 8.666/93 e os entendimentos nesse sentido, com a devida vênia, desconsideram que a Constituição elegeu a licitação como instrumento prévio à contratação pelo Poder Público visando a proteção de interesses que vão além da proteção ao patrimônio público.

Nesse sentido, Paulo José da Costa Júnior esclarece: “O crime é de perigo abstrato. Para aperfeiçoar-se, não se faz necessário que a Administração Pública venha a padecer algum prejuízo concreto. Se este advier, sobrevirá a sanção civil prevista no art. 25, § 2º” (Comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 20).

Mesmo os doutrinadores que criticam a tese segundo a qual o delito do art. 89 da Lei 8.666/93 seria um crime de perigo abstrato, rechaçando a consumação do delito com a pura dispensa ou inexigibilidade, exigem para a configuração do crime tão-somente a contratação direta, mas não a constatação de prejuízo econômico ao erário.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt: “Com efeito, a dispensa ou não exigência de licitação fora das hipóteses previstas em lei, em si mesma, não diz nada, não significa nada, nem no mundo jurídico nem no mundo fático. É um nada enquanto valor ético-jurídico, como também enquanto norma proibitiva ou imperativa de conduta penal, não passando de mera abstração, enquanto não houver contratação pública de algo (de obra, serviço ou aquisição de material)” (Direito penal das licitações. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 174).

Esta Suprema Corte, ao analisar o disposto no art. 90, da Lei 8.666/93 (“Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa), pelas mesmas motivos que ora invoco quanto ao delito do art. 89 da Lei 8.666/93 afirmou tratar-se aquele crime de delito formal, que não demanda, portanto, ocorrência de prejuízo concreto ao erário.

A eminente Ministra Cármen Lúcia, no voto da Ação Penal 565, assim se pronunciou, com grifos não coincidentes com o original: “56. Outro ponto a ser destacado é que, ao contrário do que sustenta a defesa, a existência, ou não, de dano patrimonial é irrelevante para a caracterização do tipo

penal do art. 90 da Lei 8.666/93. Não se desconhece existir entendimento contrário, no sentido de que tratar-se-ia de crime material, a exigir um resultado naturalístico para a consumação do tipo penal previsto na legislação e aqui discutido, consistente em efetivo prejuízo para a Administração com a consequente obtenção de vantagem ao agente. Nesse sentido, COSTA JUNIOR, Paulo José da. Direito penal das licitações: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei 8.666, de 21.6.1993. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 27. Essa não é, contudo, a posição prevalecente na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.” (grifos acrescentados).

Nessa linha, compreendo que o art. 89 da Lei 8.666/93, para sua consumação, não exige demonstração de efetivo prejuízo ao erário.

É certo que esta Suprema Corte, quanto ao elemento subjetivo do tipo, tem compreensão estável no sentido de que, para a configuração da tipicidade subjetiva, exige-se demonstração da intenção do agente de causar prejuízo ao erário.

Ocorre que, tomo de empréstimo as palavras de Cezar Roberto Bitencourt: “O objetivo ou finalidade da Lei de Licitações, convém frisar, é punir o mau administrador público, aquele mal intencionado e desleal, e não o apenas despreparado ou incompetente para o exercício da função; objetiva punir a conduta infiel do servidor público e não a simples irregularidade administrativa decorrente de erro ou equívoco deste. Ademais não se pode ignorar que infração penal, em hipótese alguma, pode prescindir do elemento subjetivo orientador da conduta lesiva, no caso, o dolo (que não se presume, prova-se), sem o qual a conduta carecerá de tipicidade subjetiva, e, sem esta, não se pode falar em crime.” (Direito penal das licitações, Saraiva : São Paulo, 2012, p. 177).

Como é próprio de diversos crimes formais, exigir-se especial fim de agir por parte do agente, voltado a causar prejuízo, é diferente de exigir que a consumação deste crime esteja atrelada à efetiva ocorrência do prejuízo. Exemplificativamente, o crime de extorsão, previsto no art. 158 do Código Penal, é formal porque não exige a efetiva obtenção da indevida vantagem econômica, mas a intenção do agente voltada a obtê-la é indispensável no âmbito da tipicidade subjetiva. (Negritamos).

Em arremate, compete apenas consignar que para incursão no tipo penal não basta o dolo genérico. É imprescindível dolo específico, ou seja, uma intenção especial por parte do agente.

Passo, pois, ao exame do elemento subjetivo do tipo. **Como mencionado, o objetivo da Lei 8.666/93 não é punir o administrador desavisado, despreparado ou mal assessorado e sim o administrador improbo e mal intencionado. Por essa razão, esta Suprema Corte tem entendido que não basta o dolo genérico, consistente na vontade consciente de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais. Exige-se a demonstração de uma específica intenção de lesar o erário.**

Nessa linha: Ação penal. Dispensa de licitação (art. 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). Tomada de preço. Contratos de locação de veículos. Termos aditivos. Prorrogação do prazo de vigência. Alegada violação do art. 57 da Lei nº 8.666/93. Ausência de dolo. Fato atípico. Ordenação de despesas não autorizadas (art. 359-D do Código Penal). Acusado que, à época dos fatos, não mais detinha qualquer poder para ordenar as despesas em questão. Ação penal improcedente. 1. **O tipo penal do art. 89 da Lei nº 8.666/93 pressupõe, além do necessário dolo simples (vontade**

consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 2. Não se vislumbra, na conduta dos acusados de firmar termos aditivos, prorrogando a vigência de contratos de locação de veículos precedidos de licitação na modalidade de tomada de preços, o dolo de causar prejuízo ao erário. Atipicidade do fato reconhecida. 3. Uma vez que o acusado, à época dos fatos, não detinha mais poderes para ordenar despesas não autorizadas por lei, está provado que não concorreu de qualquer forma para o crime descrito no art. 359-D do Código Penal. 4. Ação penal julgada improcedente. (AP 700, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 23.02.2016).

No mesmo sentido: Inquérito 2.646/RN, Rel. Min. Dias Toffoli; Inquérito 3.077, Relator Min. Dias Toffoli; Ação Penal 409, Relator Min. Carlos Britto; Inquérito 2.588, Redator para acórdão Min. Luiz Fux; e Ação Penal 527, Rel. Min. Dias Toffoli.

Esse posicionamento visa a estabelecer uma necessária distinção entre o administrador probo que, sem má-fé, aplica de forma errônea ou equivocada as intrincadas normas de dispensa e inexigibilidade de licitação previstas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93, daquele que dispensa o certame que sabe ser necessário na busca de fins espúrios.

(Trechos do voto do Ministro Relator Edson Fachin proferido na AP 971/RJ – 1ª Turma do STF). (Grifamos).

Superados os apontamentos, é relevante ainda destacar que a conduta poderá configurar, também, Ato de Improbidade Administrativa, nos termos do Art. 10, inciso VIII, ou Art. 11, inciso I, ambos da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, em razão da independência das instâncias.

A frustração de processo licitatório também pode decorrer da decisão do agente público que indevidamente considerar inexigível o certame para a aquisição de bens ou prestação de serviços por particular de interesse do Poder Público. O Estatuto das Licitações e Contratos, depois de proclamar que o princípio da obrigatoriedade da licitação é a regra, elencou hipóteses taxativas de sua dispensa no artigo 24 e, no dispositivo subsequente, prevê a inexigibilidade do procedimento licitatório quando for inviável o certame entre eventuais proponentes ou contratantes e, de forma exemplificativa, descreve três situações de impossibilidade de sua realização. (...). Cumpre advertir, no entanto, que sob a alegação mentirosa (dolo) ou inadvertida (culpa) de inexigibilidade da realização da licitação, ocorre, comumente, contratação direta de serviços ou fornecimentos de bens em situações em que, na realidade, era factível a convocação de proponentes interessados em prestá-los ou fornecê-los. E, em casos que tais, agindo o agente público com o intuito de favorecer determinado particular (dolo) ou com omissão da diligência indispensável, em razão da função pública, na análise do caso concreto, que o impediu de prever, quando, na realidade, se fosse cauteloso poderia ter previsto a viabilidade da competição (culpa), comete ato de improbidade administrativa, que causa lesão ao Erário, descrito na norma em comento.¹¹⁸

Aliás, a incursão na Lei de Improbidade Administrativa compreende condutas comissivas e omissivas, eivadas de **dolo** (Ato de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito – Art. 9º, Ato de Improbidade

118 PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada:** aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. Legislação e Jurisprudência atualizadas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pág. 85.

Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário – Art. 10-A e Atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os Princípios da Administração Pública – Art. 11) ou **dolo e culpa** (Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário – Art. 10º). A jurisprudência dominante é no sentido que basta apenas o **dolo genérico**, consistente na vontade de praticar a conduta (entre muitos, vide REsp 1553370, DJe 29/06/2017 e AgInt no REsp 1624885, DJe 24/03/2017).

Assim, configurados os respectivos elementos subjetivos necessários à caracterização dos ilícitos, a subsunção às respectivas normas e as penalidades delas decorrentes é à medida que se impõe, independentemente de ser, em tese, possível à inexistência para contratação de serviços advocatícios.

3 CONCLUSÃO

O Regime Jurídico Administrativo é o conjunto de regras e princípios que conferem congruência e harmonia em toda estrutura normativa do Direito Administrativo, caracterizando-o por um infundável estado de ambivalência entre a Supremacia e a Indisponibilidade do Interesse Público. O Administrador, em razão da Indisponibilidade desse interesse, tem sua atuação condicionada aos ditames das leis, as quais, em última análise, representam a vontade popular.

Nesse sentido, um exemplo de sujeição imposta aos agentes públicos em decorrência do Princípio da Indisponibilidade é a promoção de Licitação nas contratações públicas, bem como a realização de Concurso Público para investidura em cargos ou empregos públicos.

No que pertine a Licitação, trata-se de procedimento administrativo destinado à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, assegurando-se a quaisquer interessados a possibilidade de concorrer, em igualdade de condições, a contratação pelo Poder Público. Encontra esteio no Art. 37, inciso XXI, da Constituição da República e regulamentação legal por meio da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Sua promoção é a regra, mas pode ser afastada desde que lhe falte um ou alguns de seus pressupostos. Assim, a Lei 8.666/93 previu hipóteses de Inexistência de Licitação (Art. 25), Dispensa de Licitação (Art. 24) e Licitação Dispensada (Art. 17). **A Inexistência ocorre sempre quando há inviabilidade de competição, quando carece, então, dos pressupostos lógico e jurídico.**

Dentre as circunstâncias previstas para a impossibilidade de exigência do procedimento, está a contratação de serviços técnicos, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. O próprio diploma arrola quais são os serviços técnicos admissíveis (Art. 13), bem como conceitua a expressão “notória especialização” (Art. 25, § 1º), vedando, ainda, a inexistência para serviços de publicidade e divulgação. Dos serviços previstos, consta “*patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas*” e “*pareceres, perícias e avaliações em geral*”.

Tal como a Licitação, o Concurso Público também é uma expressão do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, porque se trata de procedimento administrativo hábil a oportunizar a todos os interessados meios para alcançar a investidura em cargos ou empregos públicos, nos termos do Art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Além de prestigiar valores constitucionais como a Isonomia e Moralidade, o procedimento busca a qualidade no serviço público, uma vez que objetiva recrutar os candidatos melhor qualificados para o desempenho das funções correspondentes aos cargos em disputa.

Não obstante pareça ser ideal o assessoramento jurídico (contencioso ou consultivo) prestado por titulares de cargos públicos, é impossível ignorar que a complexidade da rotina diária atual possa exigir, em ocasiões específicas, prestação de serviços singulares por executores de notória especialização, que façam parte ou não dos quadros de servidores da Administração Pública.

Assim, se o serviço de patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas ou de realização de pareceres for de natureza ímpar, única e excepcional, havendo de ser prestado por executor de notória especialização em seu campo de especialidade (aferida principalmente em razão da essencialidade e adequabilidade a plena satisfação do contrato), **a Inexistência de Licitação para contratação de tais atividades é legal e não há impedimento para sua concretização.**

Conquanto ainda não seja possível afirmar que é este o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o relator dos recursos que discutem a temática (Recursos Extraordinários 656558 SP e 610523 SP), Ministro Dias Toffoli, entendeu que a contratação é **possível**, desde que adotadas as precauções necessárias pela Administração Pública.

Com efeito, depois de detida análise, é possível perceber que princípios constitucionais diversos pairam sobre a temática. Tanto o Concurso Público (enquanto princípio constitucional) como o Princípio da Eficiência incidem sobre a contratação de serviços técnicos especializados na ambiência pública. É por meio do Método da Ponderação, teorizado por Ronald Dworkin e Robert Alexy, que se verificará a precedência condicionada entre tais princípios, sem que isso implique em exclusão recíproca.

Após todas essas considerações, não se vislumbra óbice absoluto na contratação, via Inexistência de Licitação, de serviços jurídicos nos termos do Art. 25, inciso II, combinado com o Art. 13, inciso V, ambos da Lei 8.666/1993, seja em razão da dicção legal, do posicionamento da doutrina e da jurisprudência (desde os Tribunais de Contas até o Supremo Tribunal Federal) ou mesmo pela possibilidade de prevalência do Princípio da Eficiência no caso concreto.

No entanto, é imperioso que o Administrador Público aja com responsabilidade para não desvirtuar o permissivo legal. Todo o procedimento legal deve ser justificado, nos termos do Art. 26 da Lei nº 8.666/1993, bem como devem estar presentes todos os critérios necessários à inexistência, quais sejam: **serviço técnico especializado, entre os**

mencionados no Art. 13, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

Não se deve, ainda, ignorar a peculiar situação dos pequenos municípios, inclusive os mineiros, que experimentam orçamento deficitário e enfrentam grandes dificuldades financeiras para solucionar problemas estruturais básicos, como a implementação de carreira destinada ao desempenho da Advocacia Pública. Isso não significa que as municipalidades estão autorizadas a descumprir os mandamentos constitucionais, antes, pelo contrário. Todas as pessoas políticas, em razão do Princípio da Força Normativa da Constituição, devem implementar todos os seus termos, a fim de propiciar ambiente favorável à satisfação dos objetivos republicanos, estampados no Art. 3º da Carta Cidadã.

O que cautelosamente intenta-se abalizar é que ao impingir o implemento da carreira é imprescindível **proporcionalidade e razoabilidade**. Em outras palavras, quer-se dizer que não se deve exigir a efetivação da Advocacia Pública, **com rigor de igual intensidade**, por exemplo, para a União e para o Município de Serra da Saudade (município mineiro, pertence à microrregião de Bom Despacho, atualmente com cerca de 815 habitantes, conforme últimos levantamentos promovidos pelo IBGE¹¹⁹), como se ambos possuísem o mesmo aporte financeiro. Seria incongruente e irrazoável, pois não se pode exigir aquilo que, comprovadamente, excede escancaradamente à capacidade patrimonial do ente.

Assim, é possível que, mesmo envidando esforços para incrementar a respectiva receita e promover concurso público para o preenchimento de cargos de procuradores municipais, não logre êxito a Gestão Municipal nesse intento. Há também situações em que, mesmo com profissionais de carreira, o ente municipal necessite de profissional de notória especialização para execução de serviços singulares.

Em todos esses casos, repita-se, é indispensável transparência e lisura para que a contratação seja legítima, nos termos da Lei nº 8.666/1993, eis que se trata de exceção e, como tal, deve ser interpretada e concretizada restritivamente. Não sendo assim, o gestor e terceiros que possivelmente com ele concorram poderão incorrer em crime tipificado na Lei de Licitações (Art. 89), bem como na prática de Ato de Improbidade Administrativa, nos termos da Lei 8.429/1992.

Dado o exposto, para tipificação penal, bastará a mera conduta do agente e o dolo específico, dispensando-se a ocorrência de resultado naturalístico (art. 89 da Lei nº 8.666/93). A Improbidade Administrativa, por sua vez, poderá ser praticada por meio de conduta comissiva ou omissiva, eivada de dolo genérico ou culpa (Art. 10º, inc. VIII, da Lei nº 8.429/92).

São essas as considerações que este Centro de Apoio Operacional manifesta a respeito da temática.

Belo Horizonte, 26 de outubro de 2017.

JOSÉ CARLOS FERNANDES JÚNIOR
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público

¹¹⁹ Para mais informações, acesse <https://cidades.ibge.gov.br/painel/painel.php?codmun=316660>.