

TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: POSSIBILIDADES E RESPONSABILIDADES

OUTSOURCING OF LEGAL SERVICES IN THE PUBLIC ADMINISTRATION: POSSIBILITIES AND LIABILITIES

FELIPE FAIWICHOW ESTEFAM

Doutorando e Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP.
Professor de Direito Administrativo na pós-graduação da COGEAE-PUC/SP.
Advogado militante em São Paulo.
felipe@estefam.com

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: O presente estudo destina-se a investigar a terceirização de serviços advocatícios na Administração Pública, mormente sob a perspectiva de suas hipóteses e seus limites, bem como examinar a responsabilização dos agentes por improbidade administrativa e criminal no caso de contratação direta de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização – Serviço advocatício – Inexigibilidade de licitação – Contratação direta – Improbidade administrativa.

ABSTRACT: This study aims to investigate the outsourcing of legal services in the Public Administration, especially from the perspective of their hypotheses and their limits, and to examine the liability of actors for administrative misconduct and for criminal purpose in case of direct recruitment of legal services by non-requirement for holding a bidding process.

KEYWORDS: Outsourcing – Legal service – Non-requirement of bidding process – Direct contracting – Administrative misconduct.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A terceirização de serviços jurídicos na Administração Pública: limites e possibilidades – 3. A responsabilização pela contratação direta de advogado – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo tem como escopo examinar, ainda que brevemente, os limites e possibilidades de contratação de advogados pela Administração Pública. O de-

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.



envolvimento desta investigação guiar-se-á pelo enfoque dogmático, a partir do qual as normas jurídicas vigentes em um determinado espaço e tempo são recebidas como dogmas pelo jurista. O exame do objeto do presente trabalho – a compreensão do conjunto de normas jurídicas vigentes – procura fundamento na ordem jurídica constitucional.

Com efeito, adota-se como eixo condutor da discussão os limites constitucionais para a terceirização da atividade advocatícias inerente ao setor público e, assim, estuda-se as hipóteses de em que se pode promover licitação e aquelas em que se permite a contratação direta por inexigibilidade de licitação. Deveras, diferencia-se a contratação de serviços ordinários daqueles que se caracterizam como singulares.

O tema é espinhoso e não há posicionamento sedimentado na doutrina e nem na jurisprudência. Aliás, ainda está aberta a discussão sobre a configuração ou não de ato de improbidade administrativa na contratação direta de escritório de advocacia, por parte de município. É no recurso extraordinário com repercussão geral (RE 656.558), que pende de julgamento, em que este assunto é discutido.

Dessarte, a terceirização e, em especial, a terceirização de serviços advocatícios passou a ser tema de grande interesse para o Direito Administrativo, tanto mais porque desperta os mais exaltados questionamentos.

É necessário, pois, analisar as hipóteses e limites da terceirização para estes serviços, bem como tecer algumas considerações acerca da responsabilização (por improbidade administrativa e criminal) que pode incidir às terceirizações de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação.

2. A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LIMITES E POSSIBILIDADES

Em Direito Administrativo, entende-se a terceirização como o processo de gestão, pelo qual se transfere para terceiros serviços que, originalmente, seriam executados internamente, a fim de permitir a concentração de esforços em segmentos considerados mais relevantes.¹ Dinorá Grotti acerca do tema explica:

1. Nesse sentido, FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Virginia Kirchmeyer. *A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto nº 2.271/1997, a Instrução Normativa nº 2/08 e suas alterações, a ADC nº 16 e a nova Súmula nº 331 do TST*. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 39-55, jul./dez. 2011.

ESTEFAM, Felipe Faiwchow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

“Embora a palavra terceirização seja, às vezes, utilizada como gênero, para englobar desde a concessão e a permissão dos serviços até a privatização de empresas controladas pelo Poder Público, o seu conceito mais corretamente corresponde ao da contratação de obras, serviços e mão-de-obra. Com efeito, a terceirização é a contratação, por uma determinada empresa de serviços de terceiros para o desempenho de atividades-meio da empresa tomadora. Pode ocorrer tanto nas empresas privadas como no seio da Administração Pública”.²

Assim sendo, pela terceirização, um terceiro realiza atividades que não constituem o objeto principal da entidade. Em verdade, o conceito de terceirização parte da premissa de que há uma dicotomia entre atividades-fim e atividades-meio, sendo “lícita a contratação de terceiro para a realização de atividades-meio, sem a constituição de vínculo trabalhista entre a empresa que terceiriza e os empregados da empresa que fornece mão de obra terceirizada.”³

Nada obstante, reduz-se, em Direito Administrativo, a importância da definição do que é atividade-meio e o que é atividade-fim para fins de determinar o que pode ser e o que não pode ser terceirizado. Com essa ideia na retentiva, vale trazer importante estudo, de lavra de Carolina Zancaner Zockun, o qual traz parâmetros científicos mais bem definidos para a efetivação da terceirização.

Para a autora, as atividades administrativas podem ser apartadas em (i) atividades internas ou externas; e em (ii) atividades temporárias ou permanentes e, a partir disso, há a seguinte combinação nas atividades da Administração Pública “recrutadoras” de pessoal, qual seja: (i) atividade interna e permanente; (ii) atividade externa e permanente; (iii) atividade interna e temporária; e (iv) atividade externa e temporária.⁴

Em vista dessa combinação, afirma a autora “a inconstitucionalidade da terceirização para atividades internas e permanentes (autosserviços) da Administração e a constitucionalidade da terceirização relativa às (i) atividades (serviços) internas e temporárias, (ii) atividades (serviços) externas e temporárias e (iii) atividades (serviços) externas e permanentes.”⁵

2. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública – Governet*. Boletim de Convênios e Parcerias, Curitiba, vol. 96, p. 276-300, 2013.
3. SCHIRATO, Vitor Rhein. *Terceirização na Administração Pública. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 139, p. 65-72, jul. 2013.
4. ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 128 e seguintes.
5. *Idem*, *ibidem*.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

Pelo enfoque dogmático, não se pode negar que os serviços advocatícios no setor público são serviços permanentes e internos. Incluem-se na qualidade de ‘internos’, pois estão inseridos no círculo de atribuições da Administração, sendo “atividades intestinas para prover a própria subsistência dos entes públicos”⁶ e são também permanentes, porque não é concebível que afirmar que o vínculo do advogado com o ente público seja episódico, eventual, transitório. Afinal, o suporte jurídico é exigido constantemente nas mais variadas atividades do ente público (licitação, relacionamento com o Tribunal de Contas, pareceres jurídicos etc.).

Para as atividades internas e permanentes da Administração, há a necessidade de observância do art. 37, I e II da Constituição⁷ e, assim, é preciso que essas atividades sejam prestadas por quem ocupa cargo ou emprego.⁸ Nesse sentido, a Súmula 685 do Supremo Tribunal Federal tem o seguinte teor: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

Sobre tal posicionamento, é de se esperar críticas no sentido de que há Municípios com escassez de recursos e/ou sem a autêntica necessidade de serviço jurídico estruturado no formato de uma Procuradoria Geral.

Mas, a verdade é que os Municípios são entidades estatais investidas de autonomia político-administrativa, com personalidade jurídica de direito público interno, a partir do que se faz necessário que eles tenham o devido preenchimento dos cargos para a sua representação judicial e extrajudicial, os quais devem ser acessíveis mediante concurso de provas e títulos, cujos ocupantes

6. Trecho retirado de: ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 137.

7. *In verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

8. ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 137.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

tenham a garantia da estabilidade.⁹ O movimento em direção ao fortalecimento da advocacia pública municipal pode ser exemplificado por meio da Proposta de Súmula Vinculante (PSV) 18 e pela proposta de proposta de emenda à Constituição 17, de 2012, respectivamente:

“Proposta de Súmula Vinculante (PSV) 18

Relator: ministro presidente

Autor: União dos Advogados Públicos Federais do Brasil (Unafe)

Proposta de edição de enunciado de súmula vinculante formulado pela União dos Advogados Públicos Federais do Brasil, que disponha sobre a exclusividade do exercício das funções da advocacia pública federal, estadual e municipal pelos advogados públicos concursados e organizados em carreira com a seguinte redação:

‘O exercício das funções da Advocacia Pública Federal constitui atividade exclusiva dos seus integrantes efetivos, a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988’. Pleiteia, ainda, que o STF, com base no art. 2.º da Lei 11.417/2006, edite, de ofício, um enunciado de maior amplitude, com o seguinte teor: ‘O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados e nos Municípios, nestes onde houver, constitui atividade exclusiva dos seus integrantes efetivos, a teor dos arts. 131 e 132 da Constituição Federal de 1988’.

A Associação Nacional dos Procuradores Municipais – ANPM manifestou-se no sentido de incluir expressamente os municípios e seus procuradores na atividade exclusiva das funções da advocacia pública municipal e propõe a seguinte redação: ‘O exercício das funções da Advocacia Pública na União, nos Estados e nos Municípios, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos, a teor do art. 131 da Constituição Federal de 1988’.

Em discussão: saber se estão presentes os pressupostos e os requisitos necessários à aprovação da súmula vinculante.

Ementa:

Altera o art. 132 da Constituição Federal.

9. No mesmo sentido: GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *Superação das antinomias entre a legislação e a Constituição no exercício da advocacia pública*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 45-75, abr./jun. 2007. Disponível em: [www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=41059]. Acesso em: 2 set. 2016.

Explicação da Ementa:

Altera a redação do art. 132 da Constituição Federal para estender aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), com ingresso por concurso público com a participação da OAB em todas as suas fases, garantida a estabilidade dos procuradores após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho”.

Não se pode desconsiderar, porém, conforme Marçal Justen Filho que, se por um lado, a “terceirização dos serviços advocatícios representa um grande risco para a atuação eficiente da Administração Pública”, por outro, “não cabe reprovar de modo generalizado e indistinto a decisão administrativa de promover a terceirização dos serviços advocatícios”.¹⁰

Com efeito, para questões rotineiras e corriqueiras que eventualmente não possam, justificadamente, ser absorvidas pelos advogados públicos, admite-se a contratação temporária de advogados, a adoção de credenciamento ou a contratação de serviços jurídicos por licitação. Nesse sentido, o Conselheiro HAMILTON COELHO do Tribunal de Contas de Minas Gerais explica:¹¹

“diante de circunstâncias extraordinárias e transitórias em que o volume do serviço não possa ser absorvido pelos procuradores municipais ou, ainda, na hipótese de inexistência de cargo de advogado ou equivalente nos quadros da Administração, admite-se, até que o Poder Público organize sua estrutura de pessoal: (i) a contratação temporária de advogados, nos moldes estabelecidos pelo art. 37, IX, da Constituição da República (ii) contratação de serviços jurídicos, precedida de certame licitatório, na forma prescrita pela Lei 8.666/93, assegurada a igualdade de condições a todos os interessados e (iii) adoção do sistema de credenciamento, pelo qual a municipalidade se dispõe a contratar todos os interessados que preencham os requisitos por ela determinados no ato convocatório, observadas as cautelas dispostas na fundamentação deste parecer”.

Se for certo, por um lado, que o regime previsto nos incs. I e II do art. 37 da Constituição não podem ser desconsiderado, é certo, por outro, que os

10. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 426-427.

11. Processo 873.919, Natureza: Consulta, Autor: Prefeitura Municipal de São João da Lagoa, Consulente: Adelfio Aparecido do Amaral (Prefeito municipal de São João da Lagoa), Data da Sessão: 10.04.2013, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Conselheiro em exercício Hamilton Coelho.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

serviços previstos no art. 37, XXI da Lei Maior tem um âmbito de incidência específico. A licitação nesses casos justifica-se, porque se está diante de situação temporária e interna, a qual se revela até que o Poder Público organize sua estrutura de pessoal. Nesse caso, está-se perante o ‘serviço’ tratado no art. 37, XXI da Constituição.

Destarte, não sendo o serviço singular, vale dizer, podendo o profissional contratado em condições comuns atender satisfatoriamente a necessidade da Administração, não há que se falar em contratação direta por inexigibilidade do advogado, como afirma parte da doutrina.¹² O posicionamento aqui adotado é o de que a eventual incompatibilidade entre o instituto da licitação e o regulamento da advocacia não é razão para a contratação direta de profissionais.¹³ Em Direito Administrativo, admite-se a inexigibilidade da licitação uma vez cum-

12. Não se pode desprezar o respeitável entendimento de que:

“Na contratação de advogado, a licitação será inexigível porque a advocacia não se exerce dissociada da pessoa do advogado, da relação de confiança que se estabelece entre constituinte e constituído. Neste sentido, impecável a decisão do então Ministro Carlos Velloso mostrando a incompatibilidade entre a confiança inerente à advocacia e a impessoalidade do processo licitatório (ver HC 72830/RO). Não é por outra razão que o Código de Ética da Advocacia (art. 15) obriga que o mandato seja outorgado individualmente aos advogados, mesmo quando reunidos em sociedade. Tal nexó de confiança é indissociável da pessoa do advogado, o que torna o resultado da advocacia um objeto subjetivamente singularizado”. (MARQUES NETO, Flóriano de Azevedo. *A contratação direta de advogados pelo poder público. A singularidade intrínseca aos serviços advocatícios*. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 94, out. 2009. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=62984]. Acesso em: 28 ago. 2016).

13. Parte da doutrina entende que o desempenho da advocacia é incompatível com o certame licitatório, opinando pela inviabilidade da competição. Diz-se que a licitação para o desempenho de serviços advocatícios esbarra, por exemplo, na Lei 8.906/1994 (arts. 34, IV), no Código de Ética e Disciplina da OAB (arts. 5º, 7º, 31). Pedro Camara Raposo Lopes assim entende:

“Vê-se, pois, que a participação de advogados em licitações parece-nos, de *lege lata*, proscria pelas normas de seu ofício, o que inviabilizaria a realização de certames destinados à sua contratação, acarretando a inexigibilidade de licitação, em primeira análise.

Veja-se, outrossim, que a utilização dos tipos tradicionais de licitação não seria compatível com a atividade de advocacia. A utilização do menor preço não se compadece com a vedação ao aviltamento de valores de honorários advocatícios (Código de Ética, arts. 39 e 41), tampouco o tipo técnica e preço, o qual, *ex vi* do art. 46, § 1.º, deságua, alfim, no cotejamento de preços e a licitação de técnica e preço combina os dois requisitos, incidindo na mesma vedação”. (LOPES, Pedro Camara Raposo. A

ESTEFAM, Felipe Faiwchow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

pridos diversos requisitos, tais como a complexidade e relevância da questão, a notoriedade do profissional, não sendo razoável entender-se que pela possibilidade de a Administração contratar serviço advocatício comum diretamente.

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas de Minas Gerais – em resposta à consulta formulada pelo Senhor Adelcio Aparecido do Amaral, Prefeito Municipal de São João da Lagoa, que indagou “sobre a legalidade de os municípios contratarem serviços advocatícios para resgatar créditos previdenciários, vinculando a remuneração pelos serviços prestados ao montante recuperado” – entendeu o seguinte:

“é vedada a terceirização dos serviços advocatícios que objetivem o resgate de créditos previdenciários, por consubstanciarem atividade típica e contínua da Administração, bem como por vincular-se à administração tributária, devendo ser atribuída sua execução a servidores do quadro permanente de pessoal, por força do disposto nos incs. II e XXII do art. 37, da Constituição da República

não obstante, admite-se a contratação de advogados, em caráter excepcional e extraordinário, quando o volume do serviço não possa ser absorvido pelos procuradores municipais ou, ainda, na hipótese de inexistência de cargo de advogado nos quadros da Administração, até que o Poder Público organize sua estrutura de pessoal, observada, em todo caso, a adequada motivação, bem como as seguintes premissas:

(...)”.

Ademais, o Tribunal de Contas da União¹⁴ já se manifestou no seguinte sentido: “A jurisprudência tem sido pacífica no sentido de que as contratações de serviços advocatícios devem ser precedidas do competente exame licitatório, admitindo-se sua dispensa somente em ocasiões e condições excepcionálíssimas, quando o serviço a ser contratado detenha inequívocas características de inédito, incomum, jamais rotineiro e duradouro.”

Nessa esteira, a contratação de terceiros para a prestação do serviço deve ser, em regra, precedidas de licitação,¹⁵ admitindo-se sua inexigibilidade em

Contratação de Serviços Advocatícios pela Administração Pública. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 6, n. 27, set./out. 2004. Acesso em: 02.09.2016).

14. Processo TCU 012.154/93-8, Rel. Min. Iram Saraiva, DOU de 02.12.1994, p. 18.444.

15. A terceirização não se confunde com a contratação de temporários. *Exempli gratia*, na primeira, Administração trava relação com a empresa e esta que entretém vínculo com o trabalhador, ao passo que na segunda a Administração estabelece um vínculo direto com o contratado. A contratação por tempo determinado para atender a neces-

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

ocasiões excepcionais, quando o serviço advocatício a ser contratado apresente evidentes características singulares, incomuns, não rotineiras. Veja-se que dispõe o art. 25, II da Lei 8.666/1993 que a inexigibilidade de licitação e contratação direta de advogado pode ocorrer quando houver inviabilidade de competição, em especial para a prestação de serviços técnicos, de natureza singular e de notória especialização:

“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;

(...)

§ 1.º 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”.

A norma jurídica que se extrai daí é a de que a contratação direta de serviços advocatícios pelo Poder Público envolve sempre hipóteses excepcionais em que está em pauta a inviabilidade de competição, sobretudo para a prestação de serviços técnicos, de natureza singular e de notória especialização. Vale dizer, a regra é a prestação direta dos serviços pelo ente jurídico permanente da Administração Pública e a contratação de terceiros é excepcional, certo que a contratação sem licitação ocorre em circunstâncias peculiares e individualizadas.

Dito isso, no que tange a aplicação da excepcional hipótese do art. 25, II da Lei 8.666/1993, vale destacar que, para Floriano de Azevedo Marques Neto, os requisitos *natureza singular e notória especialização* se conversam como duas faces (objetiva e subjetiva) da mesma moeda, de maneira que “o objeto é sin-

tidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inc. IX do art. 37 da Constituição, é regida pela Lei 8.745/1993.

ESTEFAM, Felipe Faiwchow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

gular porque ele demanda a execução por notório especialista, e ele demanda este profissional exatamente porque é singular”.¹⁶

No mais, é acertado o entendimento, segundo o qual o sentido do art. 25, II é o de que, para a inexigibilidade de licitação em serviços advocatícios, não estão em pauta questões corriqueiras e rotineiras. Há de se levar em conta a complicação da questão, peculiaridade do assunto, relevância econômica, local, grau de jurisdição dentre outros. A Súmula 39/TCU, aplicável na presente situação, tem a seguinte redação:

“A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inc. II, da Lei 8.666/1993”.

Se, por um lado, a inexigibilidade de licitação para a contratação direta de advogado é permitida pelo ordenamento jurídico, por outro, os parâmetros fornecidos são fluidos. Em vista disso, o Ministro Luís Roberto Barroso trouxe critérios que devem ser obedecidos para fins da contratação direta de serviços advocatícios:

“Apesar da dificuldade, é necessário atribuir maior densidade à interpretação dos parâmetros legais da notória especialização do profissional e da singularidade do serviço. A falta de tais balizas é prejudicial ao interesse público e aos interesses legítimos dos contratantes privados.

Com efeito, a indefinição cria insegurança jurídica e pode levar a equívocos em ambas as pontas do espectro: tanto pela dispensa da licitação em situações em que esta seria possível e devida, quanto pela sua realização em contextos inadequados, retardando atividade relevante ou impedindo a contratação dos profissionais mais indicados à luz das necessidades do caso. Sem falar no risco de responsabilização administrativa e até criminal do gestor público e dos próprios advogados – na linha do que se cogita no presente caso – inclusive nas hipóteses em que seja difícil vislumbrar má-fé na contratação direta.

(...) Assim, na tentativa de aumentar a transparência e a segurança da avaliação a ser conduzida pelo Poder Público, entendo que a inviabilidade de

16. *A contratação direta de advogados pelo poder público. A singularidade intrínseca aos serviços advocatícios.* Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 94, p. 8, out. 2009.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

competição deve ser aferida a partir dos seguintes critérios: a) necessidade de procedimento administrativo formal; b) notória especialização do profissional a ser contratado; c) natureza singular do serviço; d) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e e) verificação da prática de preço de mercado para o serviço”.¹⁷

Com efeito, para a contratação direta de serviços advocatícios, é de se considerar que se fazem necessários a singularidade, a notória especialização, a complexidade da causa, dentre outros requisitos. O Ministro Luís Roberto Barroso ensina sobre a questão o seguinte:

“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”.¹⁸

É necessário, pois, concluir que a advocacia no setor público é um serviço permanente e interno da Administração Pública, podendo, porém, ser prestado por pessoa estranha à máquina estatal em situações específicas, determinadas e em caráter excepcional.

3. A RESPONSABILIZAÇÃO PELA CONTRAÇÃO DIRETA DE ADVOGADO

O tema da terceirização de serviços advocatícios desperta exaltados debates ante as diversas controvérsias e interpretações divergentes. A contratação direta de advogados especificamente é responsável por um vultoso número de ações judiciais ingressadas pelo Ministério Público e de processos na esfera dos Tribunais de Contas.

O que se tem visto é a presunção de crime e/ou improbidade administrativa na contratação direta de serviços de advocatícios, em que pese a orientação em

17. STF, Inq 3.074/SC, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 26.08.2014, Acórdão Eletrônico, DJe-193, divulgado em: 02.10.2014, publicado em: 03.10.2014.

18. Idem.

ESTEFAM, Felipe Faiwchow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

contrário nos Tribunais Superiores. Oposta à sua própria jurisprudência, por exemplo, o STJ assim deliberou sobre a caracterização do ato de improbidade administrativa no caso de contratação direta de serviço advocatício:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIÇO DE ADVOCACIA. CONTRATAÇÃO COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO À LEI DE LICITAÇÕES (LEI 8.666/93, ARTS. 3.º, 13 E 25) E À LEI DE IMPROBIDADE (LEI 8.429/92, ART. 11). EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL EM PATAMAR MÍNIMO.

1. A contratação dos serviços descritos no art. 13 da Lei 8.666/1993 sem licitação pressupõe que sejam de natureza singular, com profissionais de notória especialização.

2. A contratação de escritório de advocacia quando ausente a singularidade do objeto contratado e a notória especialização do prestador configura patente ilegalidade, enquadrando-se no conceito de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, *caput*, e inc. I, que independe de dano ao erário ou de dolo ou culpa do agente.

3. A multa civil, que não ostenta feição indenizatória, é perfeitamente compatível com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos), independentemente de dano ao erário, dolo ou culpa do agente.

4. Patente a ilegalidade da contratação, impõe-se a nulidade do contrato celebrado, e, em razão da ausência de dano ao erário com a efetiva prestação dos serviços de advocacia contratados, deve ser aplicada apenas a multa civil, reduzida a patamar mínimo (10% do valor do contrato, atualizado desde a assinatura).

5. Recurso especial provido em parte”.¹⁹

Não obstante esse entendimento, a configuração do ato de improbidade administrativa não pode ser entendida como reflexo impensado da ilegalidade na contratação do advogado. Hoje em dia, a legalidade é entendida não no seu sentido estrito e tradicional, mas em um sentido que engloba o seu aspecto formal (origem parlamentar) e também o seu aspecto material, agregando-lhe um conteúdo axiológico.

19. STJ – REsp 488842/SP, rel. Ministro João Otávio Noronha, j. 17/04/2008, DJ. 05.12.2008.

A Administração (assim como o Poder Legislativo, criador da lei) assumiu o papel de concretizar os valores consagrados na Constituição, de tal modo que o princípio da legalidade vincula a lei aos ideais de justiça, bem como ao prestígio dos direitos fundamentais do homem.²⁰

Por esta via, evoluiu-se para a submissão da Administração Pública à lei e ao Direito. Juarez Freitas leciona que a exigência de atuação conforme a lei e o Direito é resultado de que a legalidade, embora valioso princípio, aloja-se no texto constitucional dentre outros princípios, concluindo que:

“o princípio da legalidade só experimenta significado na interação com os demais princípios e direitos fundamentais (...) pensar o Direito Administrativo exclusivamente como mero conjunto de regras legais seria subestimar, de forma ruínosa, a complexidade do fenômeno jurídico-administrativo”.²¹

Note-se que violar o princípio da legalidade é coisa distinta do que se praticar improbidade administrativa. Neste último caso, entendendo-se que a conduta sindicada encontra-se formalmente viciada por enriquecimento ilícito, dano ao erário ou por violação a princípios que regem a Administração Pública, é preciso avaliar se o ato foi praticado com dolo ou culpa (esta para o caso específico do art. 10 da lei de improbidade administrativa)²² e se houve má-fé das partes envolvidas.

20. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da constitucionalização do Direito Administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 180-181.

21. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 70 *et seq.*

22. Sobre o referido art. 10, concorda-se com Clóvis Beznos, conforme o qual:
“A culpa em nosso entender, mesmo na espécie do art. 10 – lesão patrimonial –, deve ser grave, próxima do dolo, a denominada culpa consciente, devendo refletir uma conduta desonesta do agente público, caracterizada pelo desleixo no trato da coisa pública.

Caso assim não fosse, teríamos agentes públicos tíbios, sem coragem para agir, em sério prejuízo ao interesse público.

Com efeito, tão graves são as consequências da improbidade, que, se a culpa leve ou escusável fosse suficiente para caracterizá-la, somente as pessoas desonestas se atreveriam a ser agentes públicos.

Veja-se, com efeito, a hipótese de desvio de poder tipificada pelo art. 11, inciso I, que pode ocorrer até por erro do agente, na avaliação de sua competência.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

Inexistente a má-fé e ausente a intenção de praticar a conduta ímproba, mesmo que em caráter culposo (isto para a hipótese do art. 10 da lei de improbidade administrativa), não há materialmente improbidade administrativa, mas conduta indevida, deficiente ou irregular. Em sede de improbidade administrativa, assim, é forçosa a comprovação do elemento volitivo (ou atuação culposa para a figura do art. 10 da lei de improbidade administrativa) do agente em enriquecer ilícitamente, causar dano ao erário ou transgredir os princípios que regem a Administração Pública.

Em verdade, o Texto Constitucional exige a vontade do agente em violar o ordenamento jurídico, certo, assim, que nem toda conduta administrativa declarada ou considerada ilegal constitui improbidade administrativa. Assim sendo, mesmo que a conduta administrativa seja contrária à lei e tiver causado prejuízo econômico à Administração Pública, apenas pode ser considerada *improbidade administrativa* caso tenha sido produzida com fraude, desonestidade e intencional vontade do agente de prejudicar o interesse público. Digno de transcrição é a decisão do STJ, de relatoria do Ministro da referida Corte, Luiz Fux:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/1992. CONTRATAÇÃO. ESPECIALIZAÇÃO NOTÓRIA. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DOS DEMANDADOS. MÁ-FÉ.

Seria necessário que esse erro fosse grosseiro, caracterizando-se a culpa grave do agente, para a caracterização da improbidade.

Nesse sentido já decidiu o STJ, ao julgamento do RESP 213.994, Relator o Ministro Garcia Vieira:

Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei 8.429/1992.

A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil”. (BEZNOS, Clóvis. *Considerações em torno da Lei de Improbidade Administrativa*. Biblioteca Digital Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2009. Disponível em [www.bidforum.com.br/bid/pdireirect.aspx]. Acesso em: 02.09.2016)

No mesmo sentido:

“ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE DE PREFEITO – CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO.

Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não estão bem as punições previstas na Lei 8.429/1992.

A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil.

Recurso improvido” (Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Garcia Vieira, Recurso Especial 213.994/MG, j. 27.09.1999).

ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/1992 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: (a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9.º); (b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); (c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

3. A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposo (art. 10, da Lei 8.429/1992).

4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, *caput*, da Lei 8429/1992) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido. Precedentes do STJ: REsp 805.080/SP, PRIMEIRA TURMA, DJe 6.8.2009; REsp 939142/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJe 10.4.2008; REsp 678.115/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 29.11.2007; REsp 285.305/DF, PRIMEIRA TURMA; DJ 13.12.2007; e REsp 714.935/PR, SEGUNDA TURMA, DJ 8.5.2006.

(...)

10. Recurso Especial provido”.²³

Na específica análise de contratação direta de advogado, deve o intérprete-aplicador preocupar-se em “conhecer as circunstâncias de cada contratação, avaliar motivadamente a conduta dos agentes envolvidos em cada caso, os benefícios que a Administração objetivou e/ou colheu pela execução dos serviços e a compatibilidade dos valores ajustados com os praticados no mercado.”²⁴

23. REsp 1038777/SP, rel. ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 3.2.2011, DJe 16.3.2011.

24. MOTTA, Fabrício. *Contratação de serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-mai-19/interesse-publico-contratacao-servicos-advocacia-inexigibilidade-licitacao]. Acesso em: 02.09.2016.

ESTEFAM, Felipe Faiwchow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

O importante aqui é saber que o ato de improbidade administrativa e as pesadas sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 demandam que a conduta tenha suficiência normativa para o seu amoldamento na referida lei. Vale dizer, não se pode simplesmente presumir a existência de crime ou improbidade na contratação direta de serviços de advocacia. Ilegalidade e improbidade administrativa não se confundem.

Aquela é requisito desta. Improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, o qual deve estar provado e comprovado para fins de aplicação das penas previstas na lei, certo que, para tanto, a individualização das correspondentes condutas, à vista da existência de relação de causalidade entre dano e ação, devem estar demonstrados.

A seu turno, vale notar, sobre o art. 89 da lei de licitações e contratos administrativos,²⁵ que, para a sua incidência, é necessário que a conduta seja dolosa,²⁶ estando o dolo afastado caso se decida em não exigir ou dispensar a

25. *In verbis*:

“Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. 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”.

26. Sobre o requisito ‘dolo’, vale mencionar:

“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 casuístico 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

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

licitação com base em parecer jurídico da Procuradoria do ente público, “por faltar-lhe, no caso, o elemento subjetivo necessário à tipicidade subjetiva, de modo que a demonstração posterior de que se trata de situação que requer licitação não teria o condão de transformar em ilícita a sua atuação, pois, (...) não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta de ter agido segundo aquelas manifestações”.²⁷

Para que o parecer preste à função de afastar o ilícito penal, é preciso, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁸ que a autoridade administrativa não tenha qualquer tipo de interferência na manifestação do parecerista, de modo que, se o parecerista ocupa cargo de provimento em comissão ou função de confiança, e, assim, não goze de independência necessária para o opinamento, o seu parecer não respaldará a conduta do administrador. E continua: “Logo, este último [o agente], como observa (...) Carolina Zancaner Zockun, será responsável pelo ato, ainda que praticado na conformidade do parecer, porque buscou um apoio cujo conforto poderia ser por ele manipulado e não raro, deveras, o é.”²⁹

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”. (STJ, Recurso Especial 848.549 _ MG, 5.^a Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 05.02.2006)

27. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Crimes na licitação*. São Paulo: Contracorrente, 2016, p. 73.

28. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 30. Ed., 2013, p. 447.

29. Em sentido contrário, Márcio Cammarosano entende:

“Portanto, se determinada autoridade administrativa decide por expedir este ou aquele ato, celebrar este ou aquele contrato, baseando-se em parecer jurídico que solicita, emitido por profissional do próprio quadro de servidores ou a ele estranho, e desde que o parecer que se lhe apresenta esteja redigido em termos tais que lhe possa inspirar confiança, considerando-o com a prudência que é de se esperar do bom administrador, esse mesmo administrador não poderá ser responsabilizado se porventura sua decisão vier a ser anulada pelo Judiciário ou considerada ilegal pelo Tribunal de Contas.

Não se pode esquecer de que responsabilidade pessoal do administrador público só há se tiver agido com dolo ou culpa. Se decide com base em parecer do qual, de acordo com seu prudente critério, e em face do que consta do processo administrativo em que tenha sido juntado, não tem por que desconfiar, mesmo porque aparentemente bem fundamentado e com conclusões plausíveis, não pode ser punido”. (*Da responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes*. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos – ILC, p. 229).

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

De se notar, porém, na linha propugnada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que a responsabilização pode ocorrer “nos casos em que haja erro grosseiro, culpa grave, má-fé por parte do consultor”.³⁰ A esse respeito, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina considerou viciado por erro grosseiro parecer jurídico que sustentou a inexigibilidade de licitação para a contratação de empresa para realização de transporte público quando, na verdade, existiam diversas empresas situadas na região aptas a desempenhar o serviço,³¹ *in verbis*:

“Apelação criminal. Crime contra a Administração Pública. Inexigibilidade ilegal de licitação (art. 89, *caput*, da Lei 8.666/1993 c/c os arts. 29 e 71, ambos do Código Penal). Sentença condenatória. Irresignação das defesas.

(...)

Mérito. Acusado que, na condição de prefeito municipal, autorizou sucessivos contratos diretos com determinada empresa para realização de transporte público de munícipes e de escolares. Advogado que, na condição de procurador municipal, emitiu pareceres atestando a suposta legalidade da inexigibilidade de licitação. Pleito absolutório de ambas as defesas. Tese de atipicidade da conduta. Sustentada inviabilidade de competição que autorizaria a inexigibilidade do certame. Alegada existência de uma única empresa de transportes com capacidade de atender a demanda municipal. Hipótese do art. 25 da Lei de Licitações não vislumbrada. Existência de diversas empresas situadas na região potencialmente aptas a desempenhar o serviço. Provas documentais e testemunhais neste sentido. Ademais, limitação territorial, sem justificativa plausível, que viola o princípio da isonomia, prejudicando a viabilidade de competição e, por conseguinte, a obtenção de proposta mais vantajosa à administração. Flagrante ilegalidade do ato. Correta responsabilidade conjunta dos acusados diante do nexo de causalidade. Parecer de natureza obrigatória, emitido com manifesta afronta à lei. Erro grosseiro. Por outro viés, crime de mera conduta. Tipo penal que prescinde de dolo específico de lesar a administração tampouco de comprovação de efetivo dano ao erário. Indubitável ofensa aos princípios licitatórios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Entendimento que, embora conflite com atual posicionamento das cortes

30. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 238.

31. Apelação Criminal 2013.049860-7 – 3.^a Câmara Criminal – Apelante(s): Orlando Krautler e Outro – Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina – Relator: Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann – Julgado em 12.08.2014.

superiores, encontra amparo na doutrina e em precedentes, inclusive do STJ. Condenações mantidas.

(...)

Recursos desprovidos”.

De todo modo, veja-se que, para a caracterização do delito previsto no mencionado art. 89, é preciso a presença do elemento subjetivo intencional de causar dano ao erário,³² com a ocorrência efetiva de prejuízo aos cofres públicos³³ e da finalidade específica de favorecimento indevido.³⁴

Por fim, importa notar que o sujeito do crime somente pode ser o agente público investido na competência administrativa de deliberar sobre a exigência, dispensa ou inexigibilidade da licitação. Inadmissível aqui falar-se em co-autoria de quem não é agente público, permitindo-se, porém, falar-se na figura de partícipe, na conformidade do parágrafo único do art. 89.³⁵

Tudo considerado, para a responsabilização do agente, seja para fins da aplicação das penas de improbidade administrativa, seja para fins das penas criminais, o dolo e a má-fé não podem ser presumidos. É preciso que haja prova certa, determinada e concreta do ato ilícito para a incidência das graves sanções consideradas. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello elucidou que a fraude não se presume: “Quando arguida, deve ser demonstrada de maneira inequívoca por aquele que a alega”.³⁶

32. Superior Tribunal de Justiça, HC 2065599/MG *Habeas Corpus* 2011/0107098-8, Relator Ministro Nefi Cordeiro.

33. Superior Tribunal de Justiça, AgRg em REsp 1430842/PB. Ministro Gurgel de Faria.

34. Supremo Tribunal Federal, Inquérito 3.731/DF – Plenário – Autor: Ministério Público Federal – Procurador: Procurador-Geral da República – Investigada: Maria Auxiliadora Seabra Rezende – Advogado: Fabrício Juliano Mendes Medeiros – Relator: Ministro Gilmar Mendes – *DJe* 39, div. 01.03.2016, pub. 02.03.2016.

35. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Crimes na licitação*. São Paulo: Contracorrente, 2016, p. 75.

36. STF, MS 21.919/PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento 22.09.1994. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VALORES RECEBIDOS A MAIOR POR AGENTES POLÍTICOS. CONDENAÇÃO À DEVOLUÇÃO. LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. NÃO COMPROVADOS. DANO EFETIVO. AUSÊNCIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.
(...)”

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

4. CONCLUSÃO

A advocacia é atividade típica do Poder Público. A regra, assim, é a de que o corpo jurídico próprio da Administração é que deve executar os serviços advocatícios ordinários e a contratação de advogados externos teria cabimento para aquelas questões singulares e excepcionais.

Quadra notar a obrigatoriedade de licitação pública para os casos em que o serviço não é singular, podendo o profissional contratado prestá-lo em condições comuns e atender satisfatoriamente a necessidade da Administração Pública. Veja-se que, nesses casos, a licitação se impõe como ferramenta de observância da impessoalidade e legalidade, princípios estes que devem nortear o conseguimento do interesse público.

Como já afirmou Geraldo Ataliba, “ninguém construiria uma fortaleza de pedra, colocando-lhe portas de papelão”. No caso, as regras e princípios do certame licitatório que vedam o favoritismo e perseguições, almejando a proposta mais vantajosa, com respeito aos demais valores que justificam a licitação correspondem à fortaleza de pedra, a qual não pode sucumbir por argumento que visa escusar tal procedimento sem o devido cuidado jurídico.

Com efeito, diante de diversos competidores (advogados ou escritórios), portadores de especialização e reconhecimento para a execução do objeto pretendido pela Administração Pública, embora a escolha possa ser considerada com um grau de subjetivismo – mas devidamente motivada –, ela “deve recair sobre aquele que, em razão do cumprimento dos elementos objetivos (desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, apare-

“De fato, no que se refere às ‘autorizações de despesas não afetas ao município’; aos ‘pagamentos de notas de empenho sem notas fiscais’; à ‘autorização de despesas e pagamentos sem empenho prévio’; e às ‘obras, compras e serviços sem a observância do princípio licitatório’”, não se vislumbra comprovação de que tenha o ex-alcaide do Município de São João Nepomuceno operado com a necessária má-fé, ou que tenha obtido qualquer vantagem ilícita nestas operações. Assim, a meu ver, não há como se condenar o ex-prefeito a proceder à devolução das verbas contidas nos pontos acima elencados, uma vez que a presunção é de que tais verbas tenham revertido para o proveito da coletividade do município em questão. Vale dizer, sem a comprovação do locupletamento ilícito ou da má-fé do ex-administrador, corre-se o risco de impor ao mesmo uma condenação completamente injusta, o que inclusive viria a afrontar o princípio constitucionalmente assegurado da presunção de inocência (...).”

5. Recurso especial não conhecido” (REsp 866129 / MG, Rel. Min. LUIZ FUX, 1.^a Turma, julgamento 20.11.2008, grifos nossos)

lhamento, equipe técnica) transmite à Administração a confiança de que o seu trabalho é o mais adequado.”³⁷

Vem a talho a inexigibilidade em face do atendimento de requisitos específicos, isto é, apenas quando se esvazia o sentido da licitação pública. Destarte, não sendo o serviço singular, não há que se falar em contratação direta por inexigibilidade do advogado.

São requisitos para a contratação direta por inexigibilidade a singularidade das causas jurídicas, a necessidade de conhecimento técnico específico e, por conseguinte, a inviabilidade de competição. Conforme o Tribunal de Contas da União:

Em relação à contratação sem licitação da prestação de serviços jurídicos, alegam os responsáveis que estaria de acordo com a jurisprudência do TCU TC 010.578/1995-1, Decisão 565/95TCU-Plenário e os contratos celebrados com prazo indeterminado foram aditados para neles incluir termo final, em cumprimento à exigência estabelecida no art. 55, IV, da Lei 8.666/1993.

A contratação direta amparada no art. 25 da Lei 8.666/1993, como situação excepcional que refoge à regra geral, requer estejam devidamente comprovadas a natureza singular do serviço, a notória especialização do contratado e a inviabilidade de competição.

Ainda que o Tribunal, em algumas situações, tenha reconhecido a presença dessas circunstâncias e admitido a contratação de serviços advocatícios sem licitação, certo é que em momento nenhum descurou de sustentar, como regra geral, a obrigatoriedade de licitação para contratação desses profissionais, conforme assentado nas Decisões 624 Ata 47/94 Plenário, 244 Ata 23/95 Plenário, 161 Ata 24/95 1.^a Câmara, entre outras.

No caso, não restou demonstrada a singularidade das causas jurídicas, a necessidade de conhecimento técnico específico e, conseqüentemente, a inviabilidade de competição.³⁸

Derradeiramente, a improbidade administrativa e/ou a criminalização da conduta não ocorrem automaticamente caso a inexigibilidade de licitação te-

37. MOTTA, Fabrício. *Contratação de serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-mai-19/interesse-publico-contratacao-servicos-advocacia-inexigibilidade-licitacao]. Acesso em: 02.09.2016.

38. TCU, Acórdão 479/2002 Primeira Câmara, trecho do voto do Min. Relator Walton Alencar Rodrigues, Ata 24/2002, Sessão de 23.7.2002, Aprovado em 30.7.2002, D.O.U. 9.8.2002.

nha sido eleita de modo equivocado pelo administrador público. Pelo contrário, a imputação de improbidade administrativa exige que seja demonstrada a contento e inequivocamente a má-fé no elemento subjetivo, sendo preciso a apuração da conduta de cada um dos envolvidos, com a individualização da respectiva participação na prática.

Realce também que, para a incidência da figura prevista no art. 89 da Lei 8.666/1993 é preciso a presença do elemento subjetivo intencional de causar dano ao erário, com a ocorrência efetiva de prejuízo aos cofres públicos e da finalidade específica de favorecimento indevido.

O mais importante é apreciar a conjuntura de cada contratação, avaliando a conduta de cada agente envolvido no caso, bem como os benefícios que o Poder Público objetivou e conquistou pela execução dos serviços e, ainda, a qualidade dos serviços prestados e o valor cobrado.

5. REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 30.^a Ed., 2013.
- BEZOS, Clóvis, *Considerações em torno da Lei de Improbidade Administrativa*. Biblioteca Digital Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2009. Disponível em [www.bidforum.com.br/bid/pdireirect.aspx]. Acesso em 02 de set. de 2016.
- CAMMAROSANO, Marcio. *Da responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes*. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos – ILC.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da constitucionalização do Direito Administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Virginia Kirchmeyer. *A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto 2.271/1997, a Instrução Normativa 2/08 e suas alterações, a ADC 16 e a nova Súmula 331 do TST*. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, jul./dez. 2011.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

- GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *Superação das antinomias entre a legislação e a Constituição no exercício da advocacia pública*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, abr./jun. 2007. Disponível em: [www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=41059]. Acesso em: 2 set. 2016.
- GROTTI, Dinora Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública – Governnet*. Boletim de Convênios e Parcerias, Curitiba, v. 96, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- LOPES, Pedro Camara Raposo. *A Contratação de Serviços Advocatícios pela Administração Pública*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 6, n. 27, set./out. 2004. Acesso em: 02 set. 2016).
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A contratação direta de advogados pelo poder público. A singularidade intrínseca aos serviços advocatícios*. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 94, out. 2009. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62984]. Acesso em: 28 ago. 2016
- MOTTA, Fabrício. *Contratação de serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-mai-19/interesse-publico-contratacao-servicos-advocacia-inexigibilidade-licitacao]. Acessado em 02 set. 2016.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Crimes na licitação*. São Paulo: Contracorrente, 2016.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Terceirização na Administração Pública*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 139, jul. 2013.
- ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A terceirização na Administração Pública: uma questão a ser enfrentada, de José Carlos Callegari – RDT 149/275-292 (DTR\2013\2486); e
- Terceirização e responsabilidade patrimonial da Administração Pública, de Rodolfo Pamplona Filho – RDT 101/127-134, *Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social* 1/1249-1257 (DTR\2001\63).

ESTEFAM, Felipe Faiwchow. Terceirização de serviços jurídicos na administração pública: possibilidades e responsabilidades. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 155-177. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.