Dispensa de licitação para contratação de serviços jurídicos por entes públicos e ação de improbidade administrativa – perceptivas quanto aos possíveis desdobramentos do Recurso Extraordinário 656558.

Exemption from bidding for contracting of legal services by public entities and action of administrative impropriety - perceptive regarding the possible unfolding of Extraordinary Resources 656558.

Introdução

O presente trabalho tem o propósito de discorrer sobre as balizas sob as quais deve a administração pública submeter-se para que a contratação de advogado por meio de dispensa de licitação possa ocorrer dentro dos parâmetros da legalidade.

Para tanto, será abordado os critérios legais - arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 - para que referida contratação seja levada a cabo, dando-se ênfase, sobretudo, ao critério da singularidade.

Na sequência, examinar-se-ão os entendimentos aparentemente diversos do Superior Tribunal de Justiça, vazado nos Recursos Especiais 1.330.842 e 1.505.356 –, todos proferidos em ações de improbidade administrativa.

E, por fim, já encaminhando para o ponto nodal do trabalho será feita uma breve exposição dos fatos encartados no Recurso Extraordinário 656.558 (tema 309), com ênfase nas possíveis orientações que serão firmadas pelo Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática da repercussão geral, ao tema: contratação direta de advogados pela administração pública x legalidade x ação de improbidade.

Com isso, o artigo propõe fundamentar a conclusão no sentido de que é a singularidade do serviço decorre do interesse público a ser satisfeito e também da natureza singular subjetiva, pois se baseia nas virtudes e características pessoais do causídico. E mais, que a configuração de improbidade administrativa, nessa hipótese, exige a prova do elemento subjetivo do agente público.

Da contratação de advogado por inexegibilidade de licitação.

A contratação direta dos serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação, encontra amparo na interpretação conjunta dos artigos 13, incisos III e 25, inciso II, da Lei 8.666/93.

O parágrafo primeiro do art. 25, no intuito de conferir mais objetividade à contratação traz o seguinte enunciado: “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 despeito da intenção do legislador em criar balizas objetivas para a validade da contratação direta, o fato é que inúmeras são as demandas envolvendo o tema, senão pelas controvérsias e interpretações distorcidas − seja por parte dos órgãos de controle, seja por parte da advocacia − também pelo fato de haver ou não necessidade de comprovação dos elementos subjetivos para fins de procedência de eventual ação de improbidade.

Um ponto dos pontos definidos pelo Judiciário como aptos a ser perseguido pelo agente público para fins de legalidade desse tipo de contratação é a demonstração da singularidade do serviço prestado. Contudo, apesar de singela a exigência, na prática resta evidente a dificuldade em mensurar tal critério, pois é fato que nem todo serviço é singular; tampouco comum.

Atento a esse entendimento, o Tribunal de Contas da União, quando do julgamento do TC-030.816/2007-2, afastou a singularidade no caso em apreciação para julgar irregular a contratação ao argumento de que a prestação de serviços de advocacia sem qualificações diferenciadas, pautadas em atividades jurídicas rotineiras, próprias do dia a dia dos entes públicos, desempenháveis de maneira idêntica e indiferenciada por qualquer profissional não estaria apta a ser acobertada pela contratação direta por inexigibilidade.

Por via transversa, tomando como argumento os apontamentos lançados no referido acórdão, para que referida (a) contratação não esbarre nos óbices da ilegalidade é crível exigir dos agentes envolvidos a demonstração de conhecimentos específicos e diferenciados os contratantes, devendo demonstrar capacidade técnica para tratar de teses inovadoras e importantes, com a potencialidade de trazer benefícios financeiros e/ou administrativos para o para o contratante e, por fim e pela própria lógica do sistema de defesa dos entes públicos, que não haja conflito de expertise com os próprios procuradores legalmente instituídos.

Do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento dos Recursos Especiais 1.330.842 e 1.505.356.

O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial 1.505.356/MG, examinando em sede de ação de improbidade, possíveis irregularidades na contratação direta de serviços advocatícios pelo Município de Visconde do Rio Branco, reafirmou o entendimento da Segunda Turma no sentido de que a : "A contratação de profissionais da advocacia pela Administração Pública, mediante procedimento de inexigibilidade de licitação, deve ser devidamente justificada, como exige o art. 26 da Lei n. 8.666/1993, com a demonstração de que os serviços possuem natureza singular, bem como com a indicação dos motivos pelos quais se entende que o profissional detém notória especialização" (AgRg no REsp 1273907/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 01/07/2014).

Restou consignado ainda que o patrocínio ou a defesa de causas judiciais ou administrativas, que caracterizam serviço técnico profissional especializado, devem ser contratados mediante concurso, com estipulação prévia do prêmio ou remuneração, sendo a contratação direta via de exceção, admissível em situações de extrema restrição quando presentes a notória especialização do prestador de serviço e a singularidade deste.

A ementa do julgado restou vazada nos seguintes termos:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO RECORRIDO. PUBLICAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO NOVO CPC. REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE. DIVERGÊNCIA

JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇO DE ADVOCACIA PELO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 3º, 13 E 25 DA LEI DE 8.666/93 E 11 DA LEI DE 8.429/92. EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL EM PATAMAR MÍNIMO.

Publicação do acórdão recorrido anteriormente à vigência do novo CPC 1. No caso, o Recurso Especial impugna acórdão publicado na vigência do CPC de 1973, sendo exigidos, pois, os requisitos de admissibilidade na forma prevista naquele código de ritos, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do STJ, conforme o Enunciado Administrativo 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 9.3.2016. Desnecessidade de sobrestamento do feito apesar de reconhecida a existência de repercussão geral sobre a matéria

2. A repercussão geral da matéria versada no Recurso Especial em exame foi reconhecida, nos autos do Recurso Extraordinário 656.558, cuja origem é o Agravo de Instrumento 791.811/SP.

3. Contudo, o pedido de sobrestamento do processo em decorrência da admissão de Recurso Extraordinário sob o regime da Repercussão Geral não deve ser acolhido. Isso porque, até a presente data, o relator do referido Recurso Extraordinário não proferiu decisão determinando a suspensão de todos os processos que tratam do mesmo assunto, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC/2015.

4. Portanto, deve ser observada a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual o reconhecimento da repercussão geral pelo STF não impõe, em regra, o sobrestamento dos Recursos Especiais pertinentes. Nesse sentido: EDcl no AgRg no REsp 1468858/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 9.6.2016, DJe 17.6.2016, AgInt no AREsp 880.709/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 9.6.2016, DJe 17.6.2016 Síntese da demanda 5. Trata-se na origem de Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra Sociedade de Advogados, tendo em vista a contratação desta, sem licitação, para fazer o acompanhamento de defesas do Município perante os Tribunais de Justiça e de Contas, além de atividade consultiva nas áreas de licitação e finanças públicas, no período de 2001 a 2004 pela quantia total de R$ 136.723,84 (cento e trinta e seis mil, setecentos e vinte e quatro reais e oitenta e quatro centavos), válidos para o referido período.

6. Em primeiro e segundo graus o pedido foi julgado improcedente.

7. No Recurso Especial, o Ministério Público Mineiro alega violação dos arts. 13, V, e 25, II, § 1º, da Lei 8.666/1993 e 11, I, da Lei 8.429/1992. Condições legais para a inexigibilidade de licitação: possibilidade de contratação de serviços advocatícios sem licitação

8. Nos termos do art. 13, V c/c art. 25, II, § 1º, da Lei 8.666/1993 é possível a contratação de serviços relativos ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sem procedimento licitatório. Contudo, para tanto, deve haver a notória especialização do prestador de serviço e a singularidade deste. A inexigibilidade é medida de exceção que deve ser interpretada restritivamente.

9. A singularidade envolve casos incomuns e anômalos que demandam mais que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem sua resolução por qualquer profissional, ainda que especializado.

Contratação direta de serviços não singulares - violação dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 e 11 da Lei 8.429/92 - improbidade administrativa caracterizada - afronta aos princípios administrativos

10. Na demanda em análise, a municiplaidade, a pretexto da singularidade dos serviços de advocacia, terceirizou em bloco, entre os anos de 2001 e 2004, com dispêndio de cerca de R$ 136.723,84 (cento e trinta e seis mil, setecentos e vinte e quatro reais e oitenta e quatro centavos, válidos para o referido período), atividades que são próprias e bem poderiam ter sido executadas pelos advogados que integram, com vínculo público, a Prefeitura de Visconde do Rio Branco-MG.

11. A leitura dos autos indica que o objeto dos sucessivos contratos (ao todo foram 04) era absolutamente genérico, pois consistente na prestação de serviços técnico-especializado de assessoria e consultoria e patrocínio judicial e administrativo e congêneres.

12. Tais tarefas não podem ser consideradas como singulares no âmbito da atividade jurídica de um Município. Os procedimentos que correm nos respectivos Tribunais de Contas, de maneira geral, versam sobre assuntos cotidianos da esfera de interesse das municipalidades. E mais, assuntos de licitação e de assessoria em temas financeiros não exigem conhecimentos demasiadamente aprofundados, tampouco envolvem dificuldades superiores às corriqueiramente enfrentadas por advogados e escritórios de advocacia atuantes na área da Administração Pública e pelo assessoria jurídica do município. Ilegalidade. Serviços não singulares.

13. A contratação de serviços sem procedimento licitatório, quando não caracterizada situação de inexigibilidade, viola os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência e os deveres de legalidade e imparcialidade e configura improbidade administrativa. Ausente o prejuízo ao erário no caso concreto, a situação amolda-se ao conceito de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, caput, e inciso I, da Lei 8.429/1992. Nesse sentido: REsp 1.038.736/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4.5.2010, DJe 28.04.2011; REsp 1.444.874/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3.2.2015, DJe 31.3.2015, e REsp 1.210.756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.12.2010, DJe 14.12.2010. Art. 11 da Lei 8.429/92 dolo genérico

14. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o art. 11 da Lei 8.429/1992 dispensa a comprovação de intenção específica de violar princípios administrativos, sendo suficiente o dolo genérico. No caso, é indiscutível a intenção do ex-Prefeito de contratar sem licitação e a aceitação do encargo por parte da Sociedade de Advogados. Ou seja, indubitável a vontade livre e consciente das partes em efetivar a contratação direta.Divergência jurisprudencial demonstrada

15. No julgamento do REsp 488842/SP, esta Corte entendeu que, "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)".

16. A apontada divergência jurisprudencial realmente ocorre, porque naquela oportunidade o STJ apreciou situação bastante assemelhada. Os serviços eram de mesma natureza (primordialmente o acompanhamento de processos no TCE/SP).

> 17. A decisão neste Recurso Especial deve seguir as linhas adotadas no citado paradigma (REsp 488842/SP), por conta da profundidade dos debates ali travados, com dois pedidos de vista e principalmente em razão da similitude entre os casos confrontados.
>
> 18. A multa civil, que não ostenta feição indenizatória, é perfeitamente compatível com os atos de improbidade listados nos autos e tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92.
>
> 19. Patente a ilegalidade da contratação, impõe-se a nulidade do contrato celebrado, e, em razão das circunstâncias específicas e peculiares dos fatos narrados nos autos, deve ser aplicada apenas a multa civil a cada um dos agentes envolvidos, em patamar mínimo (10% do valor total das contratações, atualizados desde a assinatura do primeiro pacto).
>
> 20. As conclusões acima são praticamente as mesmas a que chegou a Segunda Turma ao julgar o REsp 488842/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 05/12/2008). Considerando a similitude fática e jurídica entre os casos, seguem-se aqui as orientações ali firmadas, a fim de resguardar a isonomia entre as situações. Conclusão 21. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 1505356/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 30/11/2016)

Em outro julgamento, agora proferido no âmbito de outro órgão julgador também com especialização para julgar o tema, em voto cuja relatoria para o acórdão restou a carga de Sua Excelência Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, abriu-se um precedente para se discutir a própria natureza singular dos serviços de advocacia.

Seguindo abalizada doutrina a respeito do tema – *in casu* Professor MARÇAL JUSTEN FILHO – a Primeira Turma se atentou ao fato de que a natureza singular se caracteriza como a situação impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por qualquer profissional especializado, pois a complexidade instalada é capaz de impedir obtenção de solução a partir da contratação de qualquer profissional.

Diante dessa perspectiva, o órgão julgador abriu espaço para que a Corte examine a temática sob o seguinte viés: " diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, entende-se ser lícito ao Administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional" (AgInt no AgRg no REsp 1330842/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 19/12/2017)

Não obstante inúmeras opiniões em sentido contrário, dada a importância e o sentido inovador com que a Corte Superior de Justiça fundamentou o exame da questão no referido julgado, registra-se o seguinte trecho do venerando acórdão que bem sintetiza as razões de decidir:

> “ Ademais, é de se registrar o art. 5o. do Código de Ética da nobre profissão de Advogado (Resolução 2/2015, do Conselho Federal/OAB), segundo o qual o exercício da Advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.
>
> Efetivamente, submeter a contratação do serviço advocatício a procedimento licitatório é estabelecer a lógica de preço e de técnica a questões que, enxergadas sob a ótica do mercado, perdem o seu valor. Sobre esse tema, vale conferir a tese do Professor MICHAEL SANDEL na obra O que o dinheiro não compra (Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012). Certas situações, quando encaradas sob a perspectiva de compra e venda, se subvertem, isto é, no caso do serviço advocatício, o elemento confiança, que integra o conceito de melhor técnica, se perde quando se busca um profissional pelo menor preço a partir da licitação. Consequentemente, não se alcança a chamada proposta mais vantajosa para a Administração, que nem sempre é a mais em conta.
>
> Por consequência, pode-se dizer que todas as vezes em que o Administrador Público convoca diretamente um Advogado para um serviço específico, a singularidade está automaticamente vertida na relação, uma vez que a confiança, por ser elemento integrativo fundamental entre Parte e Advogado, torna, por si só, única a contratação.”

Referido acórdão não parece representar jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema, contudo, dado o embate travado no âmbito do órgão julgador (acórdão não unânime) é crível imaginar que a proposta poderá ser levada ao exame da Segunda Turma para, quem sabe, receber um debate mais acalorado por todos os componentes das Turmas que compõem a Primeira Seção.

De fato, o que se tem para o momento como posicionamento pacífico é a que a contratação de profissionais da advocacia pela Administração Pública, mediante procedimento de inexigibilidade de licitação, deve contar com a demonstração de que os serviços possuem natureza singular, bem como com a indicação dos motivos pelos quais se entende que o profissional detém notória especialização.

Da contratação direta de escritórios de advocacia e das ações de improbidade administrativa.

Ponto comum em ambos acórdãos e que parece refletir o entendimento da Corte Superior quanto à responsabilização dos entes públicos em sede de ação civil pública por improbidade administrativa é de que a contratação de serviços técnicos não singulares sem procedimento licitatório amolda-se ao ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei de Improbidade, e que a caracterização do ato improbo demanda a comprovação do elemento subjetivo.

A dificuldade prática está em definir-se balizas a serem postas a disposição do administrador público quando da contratação pela via direta. Caso tivessem natureza objetiva, evitar-se-ia inúmeros ajuizamentos de ações de improbidades ajuizadas apenas com viés punitivo, sem a devida atenção ao real intuito da norma – punir aqueles que, por dolo ou culpa, atentam contra os princípios encartados na Lei nº 8.429/92.

O Supremo Tribunal Federal já se atentou para a problemática patrocinada por essa ausência de balizas. Em acórdão relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso foi apontado, além dos requisitos já sedimentados no STJ, outros cujo viés mais objetivo conferiria maior segurança ao agente público responsável pelos procedimentos de contratação direta de escritório de advocacia, a saber: “a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.” (Inq 3074-SC, julgado pela Primeira Turma em 26/08/14).

Da afetação do tema sob a sistemática da repercussão geral – Recursos Extraordinários 656558 (tema 309).

Em notícia extraída do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal do dia 14 de junho de 2017 iniciou-se o julgamento de recursos sobre a possibilidade de dispensa de licitação para contratação de serviços jurídicos por entes públicos e a possibilidade de que tal ato configure improbidade administrativa.

O tema é abordado nos Recursos Extraordinários (REs) 656.558, com repercussão geral reconhecida. O relator do processo, ministro Dias

Toffoli, entende que a contratação é possível, tomadas as devidas precauções, e para que tal ato configure improbidade administrativa é necessária a comprovação de presença de dolo ou culpa por parte dos agentes envolvidos.

O caso concreto teve origem em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo (MP-SP) contra escritório de advogados e a Prefeitura de Itatiba (SP).

Nas instâncias ordinárias, a ação foi julgada improcedente sob o fundamento de não ter havido qualquer ilegalidade, imoralidade ou lesão ao erário público, porém, em sede de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão ao fundamento de que a improbidade na hipótese independe de dolo ou culpa, pois se trata de forma de contratação irregular.

O ministro Dias Toffoli apresentou voto, pelo qual admitiu a possiblidade de ocorrer a prática de improbidade administrativa em tal forma de contratação, porém, desde que fique evidenciado dolo ou culpa dos agentes envolvidos no ato. Incluiu ressalvas, observando que o serviço deve possuir natureza singular e ser prestado por profissional ou empresa de notória especialização.

Para fim de fixação de tese de repercussão geral, propôs o seguinte texto:

a) É constitucional a regra inserta no inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93, que estabelece ser inexigível a licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no artigo 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 artigo 37, parágrafo 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 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, o ministro votou pelo provimento do recurso para reformar acórdão do STJ e restabelecer a decisão que julgou improcedente a ação. Ocorre que o julgamento foi suspenso, devendo ser retomado em conjunto com a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 45, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sobre o mesmo tema.

Conclusão

Pelo exposto, urge concluir que está a cargo do Supremo Tribunal Federal a construção de balizas interpretativas seguras quanto ao tema. O fato é que o tema é caro à administração pública, sobretudo a municipal que, em sua grande maioria, não comporta corpo jurídico qualificado para as demandas altamente especializadas.

As teses que serão examinadas pelo Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática da repercussão geral, sobretudo, a definição da necessidade de configuração da improbidade administrativa, prevista no artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal, exigir a presença de dolo ou culpa, caracterizados por ação ou omissão do agente, serão de grande importância, não só para o bom desenvolvimento das políticas públicas, como também para o exercício do trabalho da advocacia que anseia por uma definição escorreita da temática.