

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558 SÃO PAULO

**RELATOR** : MIN. DIAS TOFFOLI  
**RECTE.(S)** : ANTÔNIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA  
**ADV.(A/S)** : MARIA FERNANDA PESSATTI DE TOLEDO E OUTRO(A/S)  
**ADV.(A/S)** : BRUNA SILVEIRA SAHADI  
**RECDO.(A/S)** : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**INTDO.(A/S)** : ADILSON FRANCO PENTEADO  
**ADV.(A/S)** : JOSÉ GERALDO SIMIONI  
**INTDO.(A/S)** : PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITATIBA  
**ADV.(A/S)** : NATALINA APARECIDA DELFORNO DOS SANTOS ALVES  
**INTDO.(A/S)** : CELSO APARECIDO CARBONI  
**ASSIST.(S)** : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB  
**ADV.(A/S)** : RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO  
**ADV.(A/S)** : OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : CESA - CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS  
**ADV.(A/S)** : RUBENS NAVES E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : UNIÃO  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

## RELATÓRIO

### **O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):**

Inicialmente, saliente-se que o RE nº 610.523/SP encontra-se apenas ao presente RE nº 656.558/SP, para julgamento em conjunto, fato esse que exige, para melhor compreensão das questões postas em ambos os apelos extremos, um relatório em ordem cronológica. Para o correto registro, as folhas mencionadas neste relatório se referem aos autos do RE nº 656.558/SP.

O Ministério Público do Estado de São Paulo promoveu ação civil pública em face de Antônio Sérgio Baptista Advogados Associados S/C Ltda., Adilson Franco Penteado, Celso Aparecido Carboni e Prefeitura Municipal de Itatiba/SP, na qual pretende seja declarada nula a contratação realizada em 7 de abril de 1997 firmada entre o referido Município e a sociedade de advogados, pela qual essa se comprometeu a prestar serviços técnicos profissionais de advocacia àquele, visando, em especial, o acompanhamento e a defesa junto ao Tribunal de Contas de São Paulo. Os honorários avençados foram de R\$ 64.800,00 a serem pagos em doze parcelas, mensais e iguais, de R\$ 5.400,00 cada uma. Sustenta a exordial do Ministério Público que a contratação se encontra eivada de irregularidade, por desatender ao disposto no art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666/93, não existindo serviço técnico especializado de natureza singular, o que estaria a afrontar a norma contida no art. 37, **caput** e inciso XXI, da Constituição Federal. Por fim, diante da ilicitude praticada, afirma o Parquet que Adilson Franco Penteado, então Prefeito Municipal de Itatiba, Celso Aparecido Carboni, então Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos, e a sociedade de advogados praticaram atos de improbidade administrativa que resultaram em danos ao erário municipal, razão pela qual pugna pela declaração de nulidade do acordado e a condenação dos réus nas sanções previstas no art. 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92.

Na sentença, a ação civil pública foi julgada improcedente, por se entender não ter havido qualquer ilegalidade, imoralidade, ou lesão ao erário público (fls. 657/665).

O venerando acórdão em que se julgou a apelação manteve o veredicto da primeira instância, com a seguinte ementa:

“LICITAÇÃO – Contratação de advogado – Licitação inexigível – Requisitos de legalidade e moralidade que devem ser atendidos – Inexistência de nulidade, no caso – Ação Civil Pública julgada improcedente. Apelação improvida” (fls. 829).

Contra esse acórdão o Ministério Público estadual opôs embargos de

declaração. O Tribunal local, considerando não evidenciada contradição ou omissão no acórdão impugnado, não conheceu dos declaratórios.

Na sequência, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs contra o acórdão da Corte paulista, de forma simultânea, recursos extraordinário e especial. A referida parte, sob fundamento de que o acórdão da Corte paulista teria violado os arts. 5º, inciso LXXIII; 37, **caput**, inciso XXI e § 4º; 93, inciso IX, da Constituição Federal, interpôs recurso extraordinário com fundamento no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal. A Quarta Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo admitiu, em parte, o recurso extraordinário para que ele fosse julgado apenas sob a perspectiva da eventual inconstitucionalidade da decisão objurgada, em face do disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal (fls. 1165/1171).

Ambos os recursos, extraordinário e especial, foram admitidos de forma parcial pelo 4º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Diante da admissão do recurso especial, os autos da ação civil pública foram encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça.

Processado o recurso especial interposto pelo Ministério Público, a Segunda Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça deu provimento parcial a esse recurso, tendo o acórdão sido assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIÇO DE ADVOCACIA. CONTRATAÇÃO COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO À LEI DE LICITAÇÕES (LEI 8.666/93, ARTS. 3º, 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 8.666/93 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 inciso 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” (fl. 1243 – grifos nossos).

Seguiram-se embargos de declaração e embargos de divergência, ambos rejeitados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Irresignado contra esse acórdão com o qual se deu provimento ao recurso especial do Ministério Público, Antônio Sérgio Baptista Advogados Associados S/C Ltda. interpôs recurso extraordinário, no qual sustenta que a sociedade civil recorrente defendeu a admissão do recurso extraordinário com o argumento de que houve violação direta do disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, bem como de que ela agiu dentro dos limites da legalidade e da boa-fé, com fundamento no art. 102, III, alínea a, da mesma Constituição, apontando, ademais, fundamentos para sua tese no voto condutor da rejeição dos embargos de declaração. Transcrevo trechos da peça recursal (v. 6, fl. 1340):

“Os embargos de declaração foram rejeitados e o voto condutor expressou o seguinte argumento:

‘Primeiramente, cabe referir que a omissão apontada é relativa a dispositivo constitucional, tema que escapa especificadamente ao exame do Superior Tribunal de Justiça em recurso especial.

Entretanto, a título de esclarecimento, cabe fixar que a Lei de Improbidade Administrativa foi editada para dar cumprimento ao que dispõe o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal.

O artigo 11 da LIA é norma extremamente aberta que busca punir o agente público que age em desacordo com os princípios que devem reger a administração pública.

É no caso concreto que deve ser aferido se a ação do acusado está em desacordo com tais hipóteses normativas. O rol inserto no dispositivo não é taxativo, nem poderia ser, pois o objetivo da norma é punir comportamento em desarmonia com o que se entende como correto no trato da coisa pública.’

Verifica-se, portanto, que o v. Acórdão combatido admite a possibilidade de apontar como improbo ato que não está previst[o] em lei, contrariando frontalmente a previsão inserta no art. 37, § 4º, da Lei Maior, uma vez que, em virtude do princípio da tipicidade, compete à lei definir qual conduta configura ilícito civil e a sua correspondente sanção.

Sendo assim, por meio de Recurso Extraordinário, insurge-se agora o peticionário contra o v. Acórdão de fls., como única forma de ver reformada decisão que, nitidamente, vai de encontro ao indigitado dispositivo constitucional.

(...)

Cumpre ressaltar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pela primeira vez no processo ventilou matéria constitucional ao afirmar que ‘a omissão apontada é relativa a dispositivo constitucional’. Tal fato dá ensejo a interposição do recurso extraordinário.

O prequestionamento foi exaustivo e nenhum obstáculo impede a admissão do recurso: o v. acórdão guerreado

expressamente afirmou que não analisaria a questão sob o viés constitucional” (fl. 1344).

Insurge-se a parte, no mérito, prefacialmente, contra o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, o qual, ao reformar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, declarou a nulidade do contrato firmado entre si e o Município de Itatiba, enquadrando a contratação de escritório de advocacia por ente público sem a precedência de licitação no conceito de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, **caput** e inciso I, da Lei nº 8.429/92.

Na peça recursal, discorre o recorrente sobre a impossibilidade de o intérprete relacionar o caso concreto à conduta ímproba com base em óptica objetiva, sob pena de se transpor a ordem constitucional que estabelece a necessidade da previsão legal da conduta supostamente violada. Esclarece que a ação de improbidade, à semelhança da norma penal, exige a tipicidade da conduta e a necessidade de confirmação do aspecto subjetivo dessa.

Entende a parte que, no caso em análise, não incorreu na prática de ato de improbidade, na medida em que sua conduta estaria inserta em permissivo legal, acrescentando que

“[a] inexigibilidade de licitação tem amparo em permissivo constitucional. Todavia, o conteúdo do v. acórdão acabou por transformar o significado do conceito legal inserto no art. 13, V, § 3º c/c art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, em preceito proibitivo, cerceando a profissão dos advogados ao tentar coibi-los de contratar com pessoas jurídicas de direito público, por meio de inexigibilidade de licitação e, pior do que isso, atribuiu a esta conduta permissiva a prática de ato improbo.

(...)

Não há que se falar, portanto, em conteúdo proibitivo violado pelo recorrente, mostrando-se atípica a sua conduta, de modo que não se poderia **atribuir ao caso a prática de ato improbo, nos termos da Constituição**” (fl. 1350).

Ao final, reitera o recorrente que o acórdão do Superior Tribunal de

## RE 656558 / SP

Justiça teria violado o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

Requer a parte o recebimento e o provimento do recurso extraordinário, com vistas a reformar o acórdão combatido e, em consequência, a ser isento da penalidade imposta.

O Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça não admitiu o referido recurso extraordinário, tendo sido interposto o competente agravo de instrumento contra essa decisão.

Os autos desse agravo de instrumento foram autuados nesta Corte como AI nº 791.811/SP e distribuídos a minha relatoria.

Ressalte-se que os autos originais da ação civil pública também foram encaminhados a essa Corte em decorrência da anterior admissão do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público estadual contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os quais foram autuados como RE nº 610.523/SP e também distribuídos à minha relatoria, por prevenção do citado agravo.

Recebidos ambos os feitos em meu Gabinete, determinei que os autos do citado RE fossem apensados aos autos do AI nº 791.811/SP.

Na sequência, promovi a inserção do agravo de instrumento no Plenário Virtual para que se procedesse ao exame da repercussão geral da matéria suscitada nesse feito.

O Plenário desta Corte, em sessão realizada por meio eletrônico, concluiu pela repercussão geral da matéria, a qual diz respeito ao alcance das sanções impostas aos que forem condenados pela prática de atos de improbidade administrativa, consoante dispõe o art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Segue a ementa da repercussão geral:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE DETERMINADOS SERVIÇOS, COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONSEQUÊNCIAS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

O assunto corresponde ao Tema nº 309 da Gestão por Temas da

Repercussão Geral do portal do STF na **internet**. Segue trecho dos fundamentos utilizados em minha manifestação sobre a existência da repercussão geral, os quais balizam as discussões jurídicas no apelo extremo:

**“A matéria suscitada no recurso extraordinário, acerca da efetiva aplicação das sanções previstas para hipóteses da prática de atos de improbidade administrativa, é de índole eminentemente constitucional e, no caso presente, encontra-se, ademais, conexa com o próprio mérito da questão posta em debate nos autos.**

Isso porque, como a ação civil pública em tela foi julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, há, ainda, pendente de julgamento, recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público daquele Estado que se volta, exatamente, contra o reconhecimento de que a celebração do contrato objeto da demanda não caracteriza ato de improbidade administrativa, sendo certo que essa parte da decisão regional não foi reformada pelo acórdão do STJ, ora recorrido.

Ademais, como o referido recurso extraordinário foi admitido e como esse também versa matéria constitucional de grande importância, pertinente à análise do próprio mérito da legalidade da contratação em tela, e que deverá ser julgado conjuntamente com o presente agravo, por cuidar de matéria conexa, que justificou, inclusive, a distribuição do feito por prevenção, considero estar presente nos autos mais um elemento a justificar o **reconhecimento da repercussão geral da matéria aqui versada, para que também sobre o alcance de outras das disposições do artigo 37 da Constituição Federal (caput e inciso XXI) venha o Plenário desta Suprema Corte oportunamente a se manifestar.**

A questão posta apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, sendo relevante para todas as esferas da Administração Pública, que podem deparar-se com situações que demandem a celebração de contratos de prestação de serviços e que poderão, depois de

estabelecida por este Supremo Tribunal Federal a exata compreensão dos comandos constitucionais em debate nestes autos, agir com maior segurança, evitando a celebração de avenças passíveis de anulação, bem como sujeitas a imposição de graves sanções para aqueles que tomarem parte em tal tipo de contratação” (fls. 1680/1681 – negritos nossos).

Após a publicação do acórdão lavrado no AI nº 791.811/SP, que assentou a repercussão geral da matéria constitucional suscitada nesse feito, determinei a conversão do agravo de instrumento em recurso extraordinário, o qual foi reatuado como RE nº 656.558/SP (v. 7, fl. 1743).

Pela decisão acostada à fl. 1750, cujo conteúdo foi reiterado à fl. 1754, deferi o ingresso do Conselho Federal da OAB na condição de assistente do recorrente, tendo o Conselho ofertado suas considerações e pedidos às fls. 2203/2219.

Em 5 de junho de 2012, foi admitido como **amicus curiae** o Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA), tendo sido, mais à frente, deferido o pedido de dilação do prazo para que ele apresentasse manifestação nos autos (fl. 2041).

Em petição de fl. 2025, o Ministério Público Federal reiterou o opinativo de fls. 1727 a 1740 - relativo ao RE nº 656.558/SP -, o qual recebeu a seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL: I - INADEQUAÇÃO NA VIA PROCESSUAL DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. II - QUESTÕES QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL REMETE À LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA: CF, ART. 37, XXI E § 4º. TRANSMUTAÇÃO DE QUESTÕES DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL EM QUESTÕES CONSTITUCIONAIS POR AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÕES SUFICIENTES PARA A RECUSA DA REPERCUSSÃO GERAL: CAUTELAS NECESSÁRIAS. III - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOÇÃO CONCEITUAL. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELO PODER PÚBLICO. SINGULAR INTERESSE PÚBLICO E

INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO.

1. O agravo de instrumento não é a via processual adequada para se decidir acerca da existência, ou não, de repercussão geral de determinada questão constitucional - senão quanto à presença do requisito processual exigido pelo art. 543-A, § 2º, do CPC. A adoção de tal procedimento no agravo de instrumento torna vazia a norma contida no art. 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

2. As questões relativas ao alcance das sanções impostas pelo § 4º do art. 37 da CF aos agentes públicos por atos de improbidade administrativa e a questão acerca da inexigência de licitação para a contratação de serviços de advocacia pelo Poder Público (CF, art. 37, XXI) são matérias remetidas pela CF ao legislador ordinário. É do texto constitucional e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se extrai tais conclusões, assim como a de que não se reconhece repercussão geral em matéria infraconstitucional.

3. A noção conceitual de improbidade administrativa não se encerra e não se confunde com mera ilegalidade. Traduz, antes, a ideia de imoralidade e de ilegalidade qualificadas. É o agir administrativo imoral, ilegal, desonesto e corrupto, que destoa dos princípios regentes da administração pública.

4. A inexigibilidade de licitação que autorize a contratação direta pelo Poder Público somente tem lugar quando o interesse público seja tão peculiar que não possa ser plenamente atendido pelos próprios recursos e pessoal de que dispõe a Administração Pública. Doutrina.

5. A existência de quadro próprio de procuradores no ente municipal, aliada ao caráter ordinário do serviço advocatício de atuação perante o Tribunal de Contas estadual em processos de tomada de contas não dão ensejo, sequer, a se cogitar de inexigibilidade para a contratação direta do serviço advocatício, vez a desnecessidade da contratação de terceiros para a plena satisfação do interesse público.

6. Não há falar em ausência de prejuízo ao Erário quando o agente público, ao invés de se valer dos quadros de

procuradores municipais, contrata com escritório de advocacia a prestação do serviço público incluído no campo de atuação ordinária do quadro de advogados públicos municipais. A conduta do agente viola os deveres de honestidade, impessoalidade, legalidade e [atenta] contra o patrimônio moral e ético do Poder Público.

7. O ato de improbidade administrativa praticado impunha a sanção pertinente ao art. 10, inc. VIII, da Lei nº 8.429/92 (art. 12, inc. II). Como é proibida a **reformatio in pejus**, somente resta assentar (a contra gosto) a adequação e razoabilidade da multa civil aplicada em razão da (errônea) tipificação no art. 11, inc. I, da Lei nº 8.429/92.

8. Parecer pelo desprovimento do agravo de instrumento” (fls. 1727/1728).

No tocante ao RE nº 610.523/SP, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo seu não conhecimento, com os seguintes fundamentos:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA AO RECURSO ESPECIAL. REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO PARA JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OCORRÊNCIA DO EFEITO SUBSTITUTIVO: CPC, ART. 512. PREJUDICIALIDADE DO EXTRAORDINÁRIO.

O recurso especial foi parcialmente provido para, reformando o acórdão de segundo grau, decretar a nulidade do contrato de serviços advocatícios em face da ausência das notas de singularidade e notória especialização (Lei nº 8.666/93, art. 25, II, e § 1º), que autorizariam a dispensa de licitação, e impor aos recorridos a aplicação, tão somente, da multa civil pela prática do ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92, art. 11, **caput**, e I).

Ocorrência do efeito substitutivo do julgado a que alude o art. 512 do CPC. Prejudicialidade do RE ante a perda superveniente do seu objeto.

Parecer pelo não-conhecimento do recurso.”

Seguiram-se as manifestações do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (fls. 2050/2101), **amicus curiae**, acompanhadas de parecer.

A União ingressou no feito na condição de **amica curiae** e trouxe suas ponderações (fls. 2141/2193), tendo sido admitido seu ingresso (fls. 2195).

Restou indeferido o pedido de ingresso como amigo da corte formulado pela Associação Nacional dos Procuradores Municipais – ANPM, sob o fundamento da intempestividade. Igualmente indeferido foi o pedido de intervenção de Angelo Roberto Pessini Junior (fls. 2.364/2.369).

Portanto, julgaremos conjuntamente dois recursos extraordinários. O primeiro, interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o acórdão com que o Tribunal de Justiça daquele estado manteve a sentença de improcedência da ação civil pública (RE nº 610.523/SP). O segundo, interposto por Antônio Sérgio Baptista Advogados Associados S/C Ltda., ré na citada ação, que foi interposto contra o acórdão com que o Superior Tribunal de Justiça deu provimento parcial ao recurso especial para julgar procedente a ação civil pública (RE nº 656.558/SP, resultado da conversão do AI nº 791.811/SP, no qual foi reconhecida a repercussão geral do tema ora em análise).

Anoto, por fim, que se encontra **impedido** o eminente Ministro **Ricardo Lewandowski**, conforme previsto no art. 144, inciso II, do CPC (revogado art. 134 do CPC/1973) e no art. 277 do RISTF, uma vez que participou do julgamento da apelação quando integrante da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fl. 828).

É o relatório.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558 SÃO PAULO

### VOTO

#### **O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Início meu voto, esclarecendo que serão julgados ambos os recursos extraordinários (RE nº 656.558/SP e RE nº 610.523/SP). Importa, desde logo, esclarecer os seguintes pontos, levantados nos recursos extraordinários, tendo os dois primeiros questionamentos sido apontados na minha manifestação e sido reconhecidos por esta Corte no plenário virtual como sendo de repercussão geral: a) o simples vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito configura a improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal?; b) é 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, os quais devem ter natureza singular e serem prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, em especial no que tange à execução de serviços de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, a despeito do que prevê o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal?; c) no caso concreto, o contrato firmado entre as partes importou em ilicitude e na prática de ato de improbidade administrativa?

Início o julgamento do RE nº 656.558/SP, decorrente do AI nº 791.811/SP, afastando a tese da ausência de prequestionamento. A questão constitucional consta do acórdão com que o Superior Tribunal de Justiça deu provimento parcial ao recurso especial e julgou procedente, em parte, a ação civil pública. Ademais, além de o art. 37, § 4º, da Constituição Federal ter sido suscitado na petição dos embargos declaratórios, tratou-se expressamente do dispositivo no acórdão dos embargos de declaração, o qual mencionou, por sua vez, inclusive, que a questão teria sido objeto de voto-vista proferido no acórdão embargado. Esta Corte já firmou o entendimento de que, se a questão constitucional surgir, implicitamente ou expressamente, num acórdão, ainda que prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça com relação a recurso especial, é indispensável, para

seu prequestionamento, que ela seja levantada em embargos de declaração, a fim de propiciar sua apreciação pelo referido Tribunal, ainda que esse se recuse a fazê-lo (AI nº 331.366/RJ-AgR-AgR, Relator o Ministro **Moreira Alves**, Primeira Turma, DJ de 14/6/02).

Também não é o caso de reexame de provas no presente caso. O próprio Superior Tribunal de Justiça, por força de sua Súmula nº 7, está impedido de analisar o conjunto probatório dos autos. Isso ficou claro no acórdão dos embargos de declaração, no qual o Ministro Relator assentou expressamente que a decisão tomada por aquela Corte se baseara nas premissas fixadas no acórdão de segundo grau. Portanto, não resta dúvida de que a reforma da decisão ora objurgada pode ser feita sem o revolvimento dos elementos probatórios. Nesse caso, a decisão desta Suprema Corte se limitará a interpretar as teses relacionadas às qualificações jurídicas dos fatos, assim como o fez o Superior Tribunal de Justiça (**vide, v.g.**, RE nº 351.461/SP-AgR, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, Segunda Turma, DJe de 30/4/10; RE nº 220.999/PE, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, Segunda Turma, DJ de 24/11/00 e RE nº 341.776/CE, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, julgado em 14/4/07).

Afastadas as questões preliminares, impende tecer algumas considerações acerca do instituto da improbidade administrativa, para melhor identificarmos sua essência.

A palavra ‘probidade’, que provém do vocábulo latino **probitas**, significa retidão, honestidade, pudor, honradez. Seu antônimo, ‘improbidade’, significa a inobservância desses valores. Em latim, **improbitate** ou **improbitas** significa desonestidade, falsidade, imoralidade, deslealdade, corrupção.

Ímprobo é aquele que não procede bem ou procede com malícia. E, como alerta José dos Santos Carvalho Filho,

“[n]ão há propriamente graus de improbidade; a avaliação desta é feita mais em razão dos efeitos que produz. Contudo, é indiscutível a gravidade da improbidade administrativa: de uma lado, atinge a sociedade, cujos interesses são geridos pela Administração, de outro, sua execução é imputada, na maioria

das vezes, ao próprio administrador público (...). Pelos reflexos danosos que provoca na Administração Pública, a improbidade administrativa é regulada por um microsistema normativo no qual também se inclui a Constituição, a esta somada legislação específica disciplinadora” (**Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 98).

Sob o aspecto histórico, o ordenamento jurídico brasileiro preocupou-se em reprimir condutas ímprobas desde o ano de 1941, por meio do DL nº 3.240/41, o qual sujeitava a sequestro os bens de pessoas indicadas por crimes de que resultassem prejuízos para a Fazenda Pública.

O tema ganhou fisionomia constitucional em 1946, quando a Constituição de então tratou de proteger a moralidade administrativa em seu art. 141, § 31, 2ª parte, que dispunha o seguinte:

“A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou emprego em entidade autárquica.”

No âmbito infraconstitucional, ainda que de forma tímida, alguns diplomas legais trataram a matéria. A Lei Pitombo Godói Ilha (Lei nº 3.164/57), em seu art. 1º, especificou que

“[s]ão sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquêle incorrido”.

Em 1958, a Lei Bilac Pinto (Lei nº 3.502/58), em seu art. 1º, veio a tratar de forma similar que

“o servidor público, ou o dirigente, ou o empregado de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiar de enriquecimento ilícito, ficará sujeito ao sequestro e perda dos respectivos bens ou valores”.

A Constituição Federal de 1988 trouxe sanções severas - contudo, necessárias - àqueles que tenham violado esse bem jurídico, consoante dispõe o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, **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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Assim, o bem jurídico que a probidade busca salvaguardar é, por excelência, a moralidade administrativa, que deve ser considerada ao se identificar a conduta ímproba. Nesse panorama, insere-se a Lei nº 8.429/92, a qual versa sobre a improbidade administrativa.

Há que se ressaltar que a questão posta neste recurso é diversa da temática da repercussão geral da matéria constitucional versada no RE nº 683.235/PA. O assunto desse recurso extraordinário corresponde ao Tema nº 576 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na **internet** e concerne ao “processamento e julgamento de prefeitos, por atos de improbidade administrativa, com base na Lei 8.429/92”, questão jurídica que não se discutiu neste feito.

O presente recurso ataca acórdão com que o Superior Tribunal de Justiça, ao reformar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São

Paulo, declarou a nulidade do contrato firmado entre o recorrente e o Município de Itatiba, enquadrando a contratação de escritório de advocacia por ente público sem a precedência de licitação no conceito de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, **caput** e inciso I, da Lei nº 8.429/92. No acórdão, o Superior Tribunal de Justiça adotou a **teoria objetiva**, no sentido de que a configuração do ato de improbidade administrativa **independe da existência de qualquer dano ao erário ou da prova de “dolo ou culpa do agente”**, como se extrai da ementa e do voto vencedor.

Sobre esse tema, com o devido respeito, não há como concordar com a conclusão a que chegou aquela Corte, e indico as razões para isso.

Dada a gravidade da imputação de improbidade, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça parte de premissa que não se conforma com a Constituição Federal, na medida em que a decisão afirma ser suficiente, para a tipificação do descrito pelo art. 11 da Lei nº 8.429/92, que o ato seja ilegal. Eis o trecho da ementa do julgamento atacado e que merece nossa reflexão:

“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 inciso I, que independe de dano ao erário ou de dolo ou culpa do agente.”

Preceitua o inciso I do art. 11 da Lei nº 8.429/92 que configura ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, atente contra os princípios da administração pública ou, notadamente, seja praticado “visando [a] fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência”.

É fato que a expressão **ato de improbidade** traz em si um sentido amplo, genérico, o que dificulta a determinação, **a priori**, dessa espécie de ato. A Lei nº 8.429/1992, que regulamentou o art. 37, § 4º, da Constituição

Federal, adotou o critério **ratione materiae** para classificar e definir os atos de improbidade administrativa. Aliás, classificou as situações em três categorias, conforme sedimentado pela doutrina, quais sejam: as hipóteses de enriquecimento ilícito, previstas no art. 9º; os atos que causem prejuízo ao erário, especificados no art. 10; e as situações que atentem contra os princípios da Administração Pública, elencadas no art. 11.

Observe-se que o legislador optou por adotar técnica não usual na configuração das condutas de improbidade administrativa e incluiu no **caput** de cada um desses dispositivos, como lembra o administrativista José dos Santos Carvalho Filho, que

“[as] condutas genéricas básicas relativas aos valores protegidos e nos incisos as condutas específicas, todas incluídas nas primeiras[, e] as condutas específicas constituem relação meramente exemplificativa (**numerus apertus**), de onde se infere que inúmeras outras condutas fora da relação podem inserir-se na cabeça do dispositivo” (*op. cit.*, p. 100).

Quanto ao fato de o legislador ter optado por estabelecer, na legislação infraconstitucional, rol exemplificativo das hipóteses de improbidade administrativa, não vejo inconstitucionalidade, mesmo porque a última parte do parágrafo 4º do art. 37 da Constituição Federal deixa bem claro que os atos de improbidade e as sanções deverão ser “estabelecidas na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Ao deixar a Constituição de definir de forma detalhada o conteúdo jurídico do que seja ato de improbidade administrativa, delegando tal tarefa à legislação infraconstitucional, e ao permitir a Lei nº 8.429/92 que o intérprete verifique, em cada caso, a ocorrência ou não de improbidade administrativa, acaba-se, a toda evidência, possibilitando que esse chegue a conclusões equivocadas, pois a lei possibilita que atos administrativos ilegais, praticados muitas vezes sem má-fé ou sem prejuízo ao ente ou ao erário públicos, venham a ser confundidos com os tipos previstos na Lei

de Improbidade Administrativa. Aliás, como adverte Mauro Roberto Gomes de Mattos,

“a acusação, desatenta, desatrelada de um mínimo de plausibilidade jurídica, é possibilitada pelo caráter aberto da norma **sub oculis**. Tal qual o ato de tipificação penal, era dever indelegável da Lei nº 8.429/92 identificar com clareza e precisão os elementos definidores da conduta de improbidade administrativa, para, após, fixar os seus tipos. A definição de improbidade administrativa não pode ser um cheque em branco ou ato de prepotência do membro do Ministério Público, pois a segurança jurídica que permeiam um Estado Democrático de Direito como o nosso não permite essa indefinição jurídica” (**O limite da improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 28).

Nessas situações, o intérprete deve adotar maior cautela na aplicação do referido dispositivo constitucional e da Lei nº 8.429/92, na medida em que as sanções aplicadas ao sujeito ativo da improbidade administrativa são gravíssimas, pois importam a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, observadas a necessidade e a proporção, o que exige do hermeneuta a aplicação de técnica de interpretação restritiva, jamais ampliativa.

Na espécie, de acordo com nossa análise do texto do art. 11 da Lei de Improbidade, a configuração do ato de improbidade, por violação dos princípios norteadores da atividade administrativa, não é consequência lógica do suposto ato ilegal quando não se verificam os elementos subjetivos da conduta praticada, na medida em que a improbidade traduz ideia de **ilegalidade qualificada pela imoralidade**. É o agir administrativo imoral, ilegal, desonesto que destoa dos princípios regentes da Administração Pública. Nesse particular, acrescento as elucidantes palavras do eminente Ministro **Luiz Fux**, enquanto integrante do Superior Tribunal de Justiça:

“É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais do que um ato ilegal, deve traduzir necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade (...)” (Resp nº 480.387/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJU de 16/3/04).

Em que pese a Lei de Improbidade representar uma grande conquista social na luta em prol da moralidade na Administração Pública, não se pode punir além do que permite o bom direito, medida que impõe ao aplicador da lei a necessária prudência, atrelada ao princípio da proporcionalidade.

O ato de improbidade administrativa, em face da vinculação dos dispositivos infraconstitucionais com o art. 37, § 4º, da Constituição da República, deve ser entendido como um ato violador do princípio constitucional da probidade administrativa, ou seja, aquele em que o agente pratica o ato violando o dever de agir com honestidade, decência, honradez e boa-fé. Aliás, conforme lição de José Afonso da Silva:

“A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o ‘funcionário servir a Administração com honestidade, procedente no exercício das suas funções , sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer’. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem” (**Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 673).

Ou seja, a finalidade da Constituição Federal, bem como da Lei de Improbidade Administrativa é a de punir o administrador ímprobo, desonesto, não aquele que age de boa-fé, o que nos faz concluir, da leitura do sistema e dos objetivos constitucionais, que, para a configuração da improbidade administrativa, faz-se necessária a presença de dolo ou culpa, o que impede que se adote a tese da responsabilidade objetiva sob a óptica da referida lei. Nesse sentido, segue o registro de Marino Pazzaglini Filho, posição essa também perfilhada por Marcelo Figueiredo (**Probidade administrativa**. São Paulo, Malheiros, 2004. p. 42-43 e 116) e Maria Silvia Zanella Di Pietro (**Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 675):

“Improbidade administrativa, pois, é mais que singela atuação desconforme com a fria letra da lei. Em outras palavras, não é sinônimo de mera ilegalidade administrativa, mas de ilegalidade qualificada pela imoralidade, desonestidade, má-fé. Em suma, pela falta de probidade do agente público no desempenho de função pública” (**Lei de Improbidade Administrativa comentada**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 3).

Sem a prova de que houve dolo ou culpa, não há como se responsabilizar o agente, tendo o jurista Alexandre de Moraes salientado o seguinte:

“Afastou-se, portanto, a responsabilização objetiva do servidor público, pois a finalidade da lei é responsabilizar e punir o administrador desonesto. A Lei de Improbidade, portanto, não pune a mera ilegalidade, mas a conduta ilegal ou imoral do agente público que[,] no exercício indevido de suas funções[, se] afaste dos padrões éticos morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público[,] mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, como ocorre nas condutas tipificadas no art. 11 da presente lei” (**Constituição do Brasil**

**interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2013. p. 880).

Portanto, não caracteriza ato de improbidade administrativa a mera prática ilegal ou a simples violação de qualquer um dos princípios da Administração Pública. Não há que se falar em condenação às penalidades estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa nos casos de mera suspeita de má-conduta, de existência de indícios, ou de decisão fundada em simples verdade formal, sem a prova do elemento subjetivo. Não havendo prova do dolo, ou quando cabível, da culpa em sentido estrito, não se configura o ato de improbidade administrativa, em qualquer uma das modalidades previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

É evidente que o dolo, a intenção a que se está referindo, é a vontade inequívoca de praticar o ato ímprobo, desonesto, de má-fé. No âmbito constitucional, a boa-fé da Administração Pública consiste em um subprincípio da moralidade administrativa, manifesto no art. 37, **caput**, da Constituição Federal de 1988. Ambos estão presentes, de igual modo, na Lei do Processo Administrativo (cf. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 73).

A culpabilidade será exigível, inclusive, nos casos em que a norma infraconstitucional preveja a modalidade da culpa **stricto sensu**, pois a conduta há de ser analisada sob a ordem ético-jurídica e sua reprovação atestada por negligência, imprudência ou imperícia, situações em que haverá um desatendimento aos motivos qualificados legalmente e que exigirão prova do nexos subjetivo que una o agente ao resultado ilícito.

Há que se consignar ser evidente que extrapola o objeto deste julgamento definir-se quais seriam os atos de improbidade administrativa que comportariam a modalidade culposa (em sentido estrito). A definição há de ser no plano infraconstitucional.

Note-se que, para além do assento constitucional, por exemplo, a Lei nº 9.784/1999, em seus arts. 2º, parágrafo único, inciso IV; e 4º, inciso II, respectivamente, determina a observância, nos processos administrativos,

do critério de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, e dispõe que são deveres do administrado, incluídos também todos aqueles que mantêm alguma relação jurídica com a Administração, proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé. Está assentado na boa doutrina que

“[a] boa-fé, portanto, impõe a supressão de surpresas, ardis ou armadilhas. A conduta administrativa deve guiar-se pela estabilidade, transparência e previsibilidade. Não se permite qualquer possibilidade de engodo – seja ele direto ou indireto, visando à satisfação de interesse secundário da Administração. Nem tampouco poderá ser prestigiada juridicamente a conduta processual de má-fé dos particulares. Ambas as partes (ou interessados) no processo devem orientar seu comportamento, endo e extraprocessual, em atenção à boa-fé. Caso comprovada a má-fé, o ato (ou o pedido) será nulo, por violação à moralidade administrativa” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 117/118).

Mesmo nas hipóteses do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, a prova do elemento subjetivo se mostra de rigor, **vide**:

“Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa neste sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exige dolo do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou com culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade” (GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 277 e 278).

Aliás, no próprio Superior Tribunal de Justiça, encontramos

importantes decisões afastando a responsabilidade objetiva, para fins de configuração do ato de improbidade administrativa, na interpretação do referido dispositivo. A saber:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. RESSARCIMENTO DE DANO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE DANO E DE MÁ-FÉ (DOLO). APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NAO DEMONSTRADA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (*art. 9º*); 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 exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além de que o legislador pretendeu.

3. 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.

4. Destarte, o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, **o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a**

**responsabilidade objetiva.** Precedentes: *REsp 654.721/MT, Primeira Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 01/07/2009; REsp 604.151/RS, Primeira Turma, DJ de 08/06/2006.*

(...)

8. Deveras, é cediço que não se enquadra nas espécies de improbidade o administrador inepto. Precedente: *REsp 734984/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/06/2008*” (STJ – Resp nº 1.149.427/SC, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe 9/9/10 – negrito nosso).

“Esta Corte Superior, recentemente, fixou entendimento segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa[,] é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes: *REsp 1.130.198/RR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1.149.427/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/2010; EREsp 875.163/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010; REsp 414.697/RO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/9/2010*” (STJ - REsp 1.193.160/RS, Rel. Ministro **Benedito Gonçalves**, Primeira Turma, DJe 24/02/11).

Para completar o raciocínio, **obter dictum**, há que se salientar que a prática de ato de improbidade, além de ensejar a propositura de ação judicial de improbidade administrativa, também gera, quando preenchidos os requisitos, processos administrativos disciplinares. Não só o ato administrativo sancionador como também o processo administrativo sancionador devem respeito ao elemento da tipicidade, corolário do princípio da legalidade administrativa. Há que se respeitar o princípio da reserva legal, previsto não só no art. 5º, inciso II, mas

também no **caput** do art. 37 da Constituição Federal, o qual impede que a Administração Pública venha a se utilizar de uma norma incompleta para punir, o que exige, nos casos de normas em branco, comumente aplicadas ao direito administrativo, a integração de outras normas, para se evitar a aplicação de sanções injustas.

Esse é o importante papel desta Corte Suprema: garantir que os critérios de integração dos dispositivos da Lei nº 8.429/92 estejam suficientemente delineados e de acordo com a Constituição Federal. Nesse sentido, as palavras de Fábio Medina Osório em sua obra **Direito Administrativo Sancionador**: São Paulo, RT, p. 206:

“Os regulamentos, os atos administrativos costumam integrar o núcleo dessas proibições, de tal sorte que resulta comum falar-se em ‘normas em branco’ no campo do Direito Administrativo Sancionador. Uma norma remete o intérprete a outras de categoria inferior, inclusive normas administrativas, atos administrativos, permitindo-se uma dinâmica própria e altamente veloz no interior do próprio sistema repressivo. Necessário, sem embargo, observar o respeito ao princípio da tipicidade, formal e material, de modo a não ser possível que o legislador outorgue, de forma total e completa, a competência tipificante à autoridade administrativa, pois assim estaria esvaziando o princípio da legalidade.”

É evidente que a tipicidade administrativa não se confunde com a tipicidade penal. Aliás, esta Corte já deixou isso assentado, a saber:

“(…) [A] proibidade administrativa é o mais importante conteúdo do princípio da moralidade pública. Donde o modo particularmente severo como a Constituição reage à violação dela, proibidade administrativa, (...). É certo que esse regramento constitucional não tem a força de transformar em ilícitos penais práticas que eventualmente ofendam o cumprimento de deveres simplesmente administrativos. Daí por que a incidência da norma penal referida pelo Ministério

Público está a depender da presença de um claro elemento subjetivo – a vontade livre e consciente (dolo) – de lesar o interesse público. Pois é assim que se garante a distinção, a meu sentir necessária, entre atos próprios do cotidiano político-administrativo (controlados, portanto, administrativa e judicialmente nas instâncias competentes) e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. E de outra forma não pode ser, sob pena de se transferir para a esfera penal a resolução de questões que envolvam a ineficiência, a incompetência gerencial e a responsabilidade político-administrativa. Questões que se resolvem no âmbito das ações de improbidade administrativa, portanto” (AP nº 409, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 13/5/10, Plenário, DJe de 1º/7/10).

No entanto, a aplicação dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 não pode, como adrede salientado, importar em interpretações ampliativas e contrárias ao princípio da reserva legal. Ademais, a interpretação dessas normas deve-se dar em conformidade com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, possibilitando que todos os agentes ou sujeitos saibam qual o ato que pode ser considerado como ímprobo.

Leem-se renovadas críticas à tipificação aberta da Lei nº 8.429/92, em especial, do seu art. 11, muitas vezes com alertas aos magistrados sobre os limites que essa tipificação deve merecer por parte do Poder Judiciário, de forma a evitar arbitrariedades e violações dos princípios da legalidade e da separação de Poderes. Entretanto, como já salientado, não se vislumbra inconstitucionalidade na opção feita pelo legislador.

Nem se diga que a ausência de tipificação das infrações administrativas também geraria a suposta inconstitucionalidade, na medida em que o mencionado dispositivo constitucional autoriza que a definição do que seja ato de improbidade administrativa seja estabelecida em norma infraconstitucional, bem como as respectivas sanções, obedecidos os parâmetros do parágrafo 4º da Lei das Leis.

Não se desconhece que, por sua própria natureza, a ciência jurídica admite certo grau de indeterminação, visto que, como regra, todos os termos utilizados pelo legislador admitem mais de uma interpretação.

Também não se pode olvidar que o legislador não pode abandonar por completo os conceitos valorativos expostos como cláusulas abertas ou gerais, os quais permitem, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado. Nesse contexto é que se faz imperioso salientar que a Constituição Federal exige que a Lei nº 8.429/92 seja aplicada em conformidade com os fins para as quais seus enunciados normativos foram aprovados.

Alguns sustentarão que a prova do elemento subjetivo - seja o dolo, nas hipóteses tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11, seja a culpa, nas hipóteses do art. 10 da Lei. 8.429/92 - é muito difícil de se produzir, ou praticamente impossível, dirão outros. Entretanto, não há que se olvidar que jamais se deve presumir a má-fé, muito menos quando se está a tratar de atos praticados por agentes da Administração Pública, ou por quem esteja vinculado às finalidades públicas, em situações eleitas pela própria legislação infraconstitucional.

Conforme escólio de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, na verdade, a idoneidade jurídica do ato administrativo - seja ele ato de gestão (**jus gestionis**), de império (**jus imperii**), vinculado ou discricionário -, para que seja exigível, “deflui da presunção, que ele tem, de verdade, salvo prova em contrário, com referência a terceiros, órgãos da Administração ou particulares, sem necessidade do juízo probatório preventivo da sua validade”. É o denominado *previlège du préalable* (**Princípios gerais de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. v. I, p. 615).

Não é por outra razão que a doutrina nacional, influenciada pelas importantes lições de Maurice Hauriou, em sua clássica obra *Précis Élémentaire de Droit Administratif* (Revisão de André Hauriou. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933), diferencia os atos praticados pela Administração Pública - mais especificamente, os atos administrativos - dos atos da vida privada, por serem aqueles regidos pelo direito público e por buscarem a tutela dos interesses públicos e sociais. Os atos administrativos gozariam de presunção de legalidade, exigibilidade e autoexecutoriedade, por razões de natureza: i) **jurídica**, em virtude da

presunção de legitimidade dos atos públicos, que afasta a necessidade de a Administração ter de demonstrar, a todo o tempo, a legalidade de seus atos e de buscar o consentimento de outrem; ii) **política**, diante da necessidade de se satisfazer o bem comum; iii) **social**, pela circunstância de que o uso da força pela Administração Pública não perturba a ordem social, pelo contrário, a mantém, conforme se extrai da própria finalidade do exercício do poder de polícia; iv) **administrativa**, porque há casos em que só se realiza o interesse da coletividade pela aplicação do ato ou procedimento administrativo, como é o caso da licitação ou mesmo do afastamento da adoção desse procedimento quando há previsão expressa na lei, seja por decisão vinculante ou discricionária do administrador, em atendimento ao interesse público primário, pois, nesse caso, a própria lei prevê a desnecessidade ou a imprestabilidade da licitação (p. 15/46).

A presunção, portanto, como se verifica, é inversa, no sentido de que há boa-fé na prática de atos comissivos e até mesmo quando a administração se omite, desde que haja razões discricionárias, fundadas e legítimas para isso.

No caso de haver acusação da prática de ato de improbidade administrativa, para que se obtenha a condenação, é preciso que exista prova concreta de que houve o ato ímprobo por dolo ou, nas situações excepcionais previstas na lei, por culpa, **stricto sensu**, nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia. Portanto, há que se exigir, nas ações de improbidade administrativa, a prova do elemento subjetivo, da culpa **lato sensu**.

Também não foi por outro motivo que a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 1.446/91, que originou a Lei de Improbidade Administrativa, elaborada pelo então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho, enfocava que a principal finalidade do pretendido diploma era servir de importante instrumento para o combate à corrupção, “uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País” (BRASIL, 1991. p. 14124).

Há de se destacar que, mesmo ultrapassadas mais de duas décadas de vigência dessa lei e da própria Constituição Federal, a Lei de

Improbidade Administrativa não foi suficiente para extirpar o mal da corrupção da Administração Pública. A despeito disso, sua importância como instrumento de combate à improbidade é relevante, conforme já salientado pelo jurista, ora Ministro desta Corte, **Teori Zavascki**:

“Na mesma linha da preocupação de tutelar o direito transindividual à probidade da administração pública, a Constituição Federal, no seu art. 37, § 4º, estabeleceu que ‘os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível’. O ponto de referência, aqui, já não é o de preservar ou recompor o patrimônio público ou os atos da administração (objetivo primordial da ação civil pública e da ação popular), mas sim, fundamentalmente, o de punir os responsáveis por atos de improbidade. Foi, pois, com esse objetivo que, regulamentando o dispositivo da Constituição, surgiu a Lei 8.429, de 02.06.1992. Segundo a ementa, é Lei que ‘dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências’. Entre as ‘outras providências’, há regras de natureza processual disciplinando a ação judicial para a imposição das referidas sanções. É a ação de improbidade administrativa. Trata-se, portanto, de ação com caráter eminentemente repressivo, destinada, mais que a tutelar direitos, a aplicar penalidades. Sob esse aspecto, ela é marcadamente diferente da ação civil pública e da ação popular. Todavia, há entre elas um ponto comum de identidade: as três, direta ou indiretamente, servem ao objetivo maior e superior [de] tutelar o direito transindividual e democrático a um governo probo e a uma administração pública eficiente e honesta” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 107).

Não há dúvida de que a Lei de Improbidade Administrativa é um importante marco na luta contra a prática de atos de corrupção por agentes públicos.

Vale sublinhar, no entanto, não ser esse o único instrumento a possibilitar a punição aos corruptos. É de fundamental importância para o País rediscutir as estratégias de combate à corrupção, revisar os programas e projetos existentes, reaparelhar as estruturas estatais pertinentes e qualificar os agentes destinados ao combate à corrupção na Administração Pública, sem, contudo, violar os direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive daqueles que trabalham de boa-fé com determinadas vinculações jurídicas com a Administração Pública.

O que não se pode admitir, sob a óptica constitucional, é que os tipos abertos, instituídos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, originalmente previstos para evitar o engessamento da Lei nº 8.429/92, afastem da vida pública ou punam indevidamente aqueles que agem de boa-fé. Esse tem sido, inclusive, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados, os quais são citados no seguinte precedente:

“IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE VIGILANTE SEM CONCURSO PÚBLICO COM FUNDAMENTO EM LEI LOCAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE MÁ-FÉ.

1. Cuida-se na origem de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa consubstanciado na contratação de servidor público por meio de contrato administrativo temporário constantemente renovado.

2. **O reconhecimento da tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa requer a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10, todos da Lei n. 8429/92.**

3. A contratação ou manutenção de servidores públicos

sem a realização de concurso público viola os princípios que regem a Administração Pública.

4. Todavia, o caso dos autos mostra-se como uma exceção à regra, uma vez que a jurisprudência desta Corte já decidiu, em situação semelhante à dos autos (...) [que a] nomeação de servidores por período temporário com arrimo em legislação local, não se traduz, por si só, em ato de improbidade administrativa.

5. **A prorrogação da contratação temporária, com fundamento em lei municipal que estava em vigor quando da contratação - gozando tal lei de presunção de constitucionalidade - descaracteriza o elemento subjetivo doloso.** Precedentes: REsp 1.231.150/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.3.2012, DJe 12.4.2012.; AgRg no Ag 1.324.212/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.9.2010, DJe 13.10.2010. Agravo regimental improvido" (AgRg. no AgRg. no AREsp 166.766/SE, Rel. Ministro **Humberto Martins**, Segunda Turma, DJe de 3/9/12).

Uma vez assentada a tese constitucional da natureza jurídica do ato ímprobo, o que, por si, já seria suficiente para determinar a reforma do acórdão recorrido, trago ao enfrentamento desta Corte outro ponto que impõe o provimento integral deste recurso (RE nº 656.558/SP), cuja tese foi reconhecida como tendo repercussão geral, inclusive por se tratar de **pressuposto lógico para seu adequado julgamento, na medida em que sustenta a parte recorrente a higidez da contratação.** Também, salienta-se, que o tema foi prequestionado no RE nº 610.523/SP, admitido pelo tribunal estadual, o qual coloca em xeque a constitucionalidade do dispositivo infraconstitucional que autorizaria a contratação de advogado sem se observar a obrigatoriedade de licitação. Devemos, portanto, analisar o conteúdo jurídico da norma constitucional que confere ao administrador público a faculdade de agir em contexto em que o processo licitatório é inexigível.

Não procede a tese de que teria sido violado o dispositivo do art. 5º,

## RE 656558 / SP

inciso LXXIII, da CF, visto que a ação proposta não foi a popular. Da mesma maneira, a decisão objurgada pelo apelo extraordinário não desafia o art. 93, inciso IX, da CF. Inexiste a alegada negativa de prestação jurisdicional ou ausência de motivação no acórdão recorrido, uma vez que a jurisdição foi prestada, no caso, mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão do recorrente, tendo o Tribunal de origem explicitado suas razões de decidir (**vide** RE nº 463.139/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJ de 3/2/06; e RE nº 181.039/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJ de 18/5/01).

Passemos, então, ao exame da questão constitucional pendente. Dispõe o art. 37, inciso XXI, o seguinte:

“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:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Nesse particular, ganha destaque o disposto na Lei nº 8.666/93, arts. 3º; 13, inciso V; e 25, inciso II:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e

julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(...)

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;**

(...)

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.”**

Como é curial, a inexigibilidade de licitação pública ocorre nas hipóteses em que se afigura a inviabilidade de competição, o que, por sua vez, pode-se manifestar por maneiras distintas.

Como esteio do posicionamento perfilhado, colaciono trecho lapidar do voto prolatado pelo eminente Ministro Carlos **Ayres Britto** por ocasião do julgamento do HC nº 86.198/PR, vejamos:

“Senhor Presidente, tenho uma monografia ‘O perfil constitucional da licitação’, publicada, há muitos anos, pela editora Znt – aqui, abro um capítulo para falar das características centrais da licitação enquanto processo, enquanto procedimento. Não comento, na minha monografia, a Lei nº 8.666, mas exclusivamente o inciso XXI do artigo 37 da Constituição, para deixar claro, ou tentar fazê-lo, que **licitação é um processo público, de natureza competitiva, de caráter oneroso, sinalagmático, comutativo e meritório tanto quanto**

**concurso público.** É um processo serviente dos princípios da legalidade, publicidade, moralidade, igualdade e eficiência também. Quer dizer, é processo nobre do ponto-de-vista de sua estrutura constitucional. Abro um pequeno tópico para falar de dispensa de licitação, porque a Constituição a prevê quando abre o seu discurso: ressalvados os casos especificados na licitação, na legislação etc. Eu digo o seguinte, só nesse aspecto:

I – o processo licitatório é, com certeza, a regra geral para Administração. Aquilo que deve ser usualmente observado, pois, afinal, a disputa entre os licitantes é meio de realização de princípios constitucionais que têm na função administrativa do Estado a sua própria justificativa lógica. Como a democracia e o concurso público, a licitação também tem seus defeitos, mas nenhuma civilização experimentou algo melhor;

II- sem embargo, tal competição pode ser posta de lado. A Constituição inicia a sua própria legenda com a locução ‘ressalvados os casos especificados na legislação’, de maneira a autorizar o entendimento de que a lei tem o condão de arrolar hipóteses de escape ao proceder competitivo dos interessados (...).

(...)

Finalmente, digo o seguinte: tais hipóteses exceptivas significam que a Administração bem pode entregar ou adjudicar, diretamente a terceiros, uma daquelas utilidades que, em princípio, estariam sujeitas a prévio certame entre prestadores em potencial. A Constituição fala ‘igualdade de condições a todos os concorrentes’. A palavra ‘concorrentes’ já contém a ideia até mesmo da impossibilidade lógica da competição quando só houver uma única pessoa capaz de suprir a concreta necessidade estatal, ou seja, inexistindo competidores em função do bem jurídico requestado pela pública Administração, inviabilizada fica a licitação” (HC nº 86.198/PR, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, Primeira Turma, DJ de 29/6/07).

Além da hipótese relativa à contratação de fornecedor exclusivo (de que não se cogita na espécie), há outras tantas que também redundam na inviabilidade da competição e, por isso, dão azo à inexigibilidade de licitação pública.

Entre elas, vem à balha a contratação de serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular, cuja aferição, reconhecimento, é bastante complexa, dado poder haver pluralidade de pessoas capazes de prestar o serviço almejado pela Administração. No caso, a impossibilidade de haver competição derivaria da falta de critérios objetivos para cotejar os potenciais competidores.

Sabe-se que há serviços de natureza comum cuja prestação exige conhecimento técnico generalizado, o qual, todavia, pode perfeitamente ser comparado objetivamente numa licitação pública. Há, contudo, determinados serviços que demandam primor técnico diferenciado, detido por pequena ou individualizada parcela de pessoas, as quais imprimem neles características diferenciadas e pessoais.

Trata-se de serviços cuja especialização requer aporte subjetivo, o denominado 'toque do especialista', distinto de um para outro, o qual os qualifica como singular, tendo em vista a inviabilidade de comparar com objetividade a técnica pessoal, a subjetividade, a particular experiência de cada qual dos ditos especialistas, falecendo a possibilidade de competição.

Destaque-se, mais uma vez que, diferentemente da inexigibilidade fundada no reconhecimento de fornecedor exclusivo, nessa hipótese, os serviços enunciados no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 podem ser prestados por vários especialistas. No entanto, todos eles os realizam com traço eminentemente subjetivo, em razão do que a inexigibilidade tem lugar pela falta de critérios objetivos para cotejá-los.

A propósito, adverte Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Serviços singulares são os que se revestem de análogas características. De modo geral são singulares todas as produções intelectuais, realizadas isolada ou conjuntamente –

por equipe – sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal (ou coletiva), expressada em características científicas, técnicas ou artísticas importantes para o preenchimento da necessidade administrativa a ser suprida. Neste quadro cabem os mais variados serviços; uma monografia escrita por experiente jurista; uma intervenção cirúrgica realizada por qualificado cirurgião; uma pesquisa sociológica empreendida por uma equipe de planejamento urbano; um ciclo de conferências efetuado por professores; uma exibição de orquestra sinfônica; uma perícia técnica sobre o estado de coisas ou das causas que o geraram. Todos esses serviços se singularizam por um estilo ou uma orientação pessoal. Note-se que a singularidade mencionada não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicos” (**Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 482).

No mesmo sentido, o jurista Eros Roberto Grau afirma o seguinte:

“Singulares são porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. (...) Ser singular o serviço, isso não significa seja ele necessariamente o único. Outros podem realizá-lo, embora não o possam realizar do mesmo modo e com o mesmo estilo de um determinado profissional ou de uma determinada empresa” (Inexigibilidade de Licitação – serviços técnicos especializados – notória especialização. RDP 99/70).

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, conseqüentemente 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, reconheço, não é absoluta, mas limitada. A confiabilidade, conquanto determinada subjetivamente, depende de certos requisitos objetivos, entre os quais sobressaem a experiência do especialista, sua boa reputação, o grau de satisfação obtido em outros contratos, entre outros.

Dentre os especialistas que preencham 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).

Aliás, não foi outro o posicionamento do jurista, na condição de Ministro desta Corte, no julgamento do RE nº 466.705, de que foi Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**. Na oportunidade, ele se manifestou da seguinte forma quanto à legalidade da inexigibilidade de licitação, inclusive pelo aspecto subjetivo que envolve a questão:

“Trata-se da contratação de serviços de advogado, definidos pela lei como serviços técnicos profissionais especializados, isto é, **serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado**. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo.

Vale dizer: nesses casos, o requisito da **confiança** da Administração em quem deseje contratar é **subjetivo**; logo, a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais

serviços --- procedimento regido, entre outros, pelo princípio do **juízo objetivo** --- é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (cf. o parágrafo 1º do artigo 25 da Lei n. 8.666/93). Ademais, a licitação **desatenderia ao interesse público** na medida em que sujeitaria a Administração a contratar com quem, embora vencedor na licitação, segundo a ponderação de **critérios objetivos**, dela não merecesse o mais elevado grau de **confiança**” (destaques do autor).

Saliento, inclusive, as lições de Joel de Menezes Niebuhr (**Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 169):

“[A] expressão **notória especialização** costuma ser interpretada de molde a exigir alguém bastante conhecido em seu meio, afamado, que goze, como o próprio nome indica, de **notoriedade**. Ressalva-se, contudo, ser equivocado apurar a **notória especialização** pela **notoriedade da pessoa**. O sujeito pode ser em tudo conhecido, mas não necessariamente por seus méritos profissionais. A **notoriedade** é da especialização do profissional e não do profissional em si. Outrossim, a **notória especialização** deve ser apreciada no meio que atua o profissional. De um jeito ou de outro, o termo **notoriedade** induz conceito indeterminado, isto é, variável em grau maior ou menor, em decorrência do que se afere discricionariedade em sua apreciação. A determinação do grau mínimo de **notoriedade** necessária para dar suporte à inexigibilidade não é precisa” (destaquei).

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 vige 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.

A questão, então, no caso em julgamento, passa também pela análise, no âmbito territorial, da apuração concreta da reputação profissional da contratada, de modo a qualificá-la, ou não, como portadora de notória especialização. Como adverte Joel de Menezes Niebuhr (*op. cit.*, p. 172):

“[H]á profissionais cujos trabalhos são conhecidos em todo país, outros no Estado a que pertencem, e outros apenas no Município. A abrangência territorial da contratação deve ser vista com certa parcimônia, adaptável ao objeto e ao lugar da contratação: por vezes, torna-se conveniente a seleção de um profissional de trato próximo, mais acessível. Isso deve ser fitado com parcimônia, porque o que realmente importa são os estudos feitos pelo profissional, a experiência anterior dele, os resultados obtidos. O lugar onde o profissional é conhecido deve ser posto em segundo plano, sem que este prevaleça sobre as efetivas realizações dele.”

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, norteadas pela ética profissional, **torna-se latente a dificuldade de se proceder ao procedimento licitatório para a contratação desses serviços.**

Aliás, dispõe o art. 34, IV, do Estatuto dos Advogados, a Lei nº 8.906/94, que constitui infração disciplinar “angariar ou captar causas, com ou sem intervenção de terceiros”.

A vedação de condutas tendentes à captação de clientela também está contida expressamente no art. 7º do Código de Ética e Disciplina da OAB:

“Art. 7º. É vedado o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, angariar ou captar clientela.”

Considero, ainda ser de todo incompatível com as limitações éticas e legais a disputa pelo preço. Nesse sentido, o seguinte precedente desta Suprema Corte:

“AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL. A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 2. ‘Serviços técnicos profissionais especializados’ são serviços

que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do 'trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato' (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação Penal que se julga improcedente" (AP nº 348/SC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 3/8/07 – destaque nosso).

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**. Explico.

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.** A título meramente exemplificativo, **vide** algumas questões jurídicas que necessitariam ser esmiuçadas quanto a seu conteúdo jurídico e a seus efeitos: a) a do

Parecer nº AGU/SFT 001/2009, em que restou assentado o entendimento de que compete exclusivamente à Advocacia-Geral da União e aos seus órgãos vinculados, por meio de seus membros, o desempenho das competências previstas no art. 131 da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, b) a do Parecer Normativo da Advocacia-Geral da União nº GQ – 163, de 1988, que tratou da competência dessa instituição para a representação judicial e extrajudicial da União e para expedir consultas jurídicas; e c) a do Parecer Normativo da Advocacia-Geral da União nº GQ – 191, de 1999, que estabeleceu que a competência para interpretar a Constituição, as leis e demais atos normativos no âmbito dos Ministérios é exclusiva de suas Consultorias Jurídicas (...), ressalvada a competência do Advogado-Geral da União. Não bastasse isso, seria necessária uma interpretação do art. 132 da Constituição Federal para fixarmos uma tese no que tange aos estados federados, o que não foi objeto do recurso.

No caso em exame, os serviços prestados pela parte recorrente poderiam ter sido efetivamente contratados sob o manto da inexigibilidade de licitação, diante, em especial, das questões fáticas consideradas expressamente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme se extrai de trecho do voto do eminente Relator, o **então Desembargador Sidnei Beneti**, que também honrou o Superior Tribunal de Justiça:

“Quanto à especialidade, o que vem mal em detrimento do caso é a generalidade da contratação para acompanhamento e sustentação administrativa no Tribunal de Contas, o que, naturalmente, no geral, poderia ser feito por Advogado interno da Prefeitura, ou por outro funcionário, reservando-se eventual contratação específica para o caso de surgimento de alguma questão concreta, a exigir largo conhecimento e experiência. Mas nas circunstâncias do caso, em que, à época, em tantos Municípios a diretriz administrativa trilhou esse caminho da contratação externa para o seguimento administrativo, não se deve tomar o pormenor como causa de nulificação do contrato

(...).

Quanto à notória especialização, é ela corolário da questão anterior. A especialização exigida é a da atividade profissional em causa, nada tendo que ver com titulação acadêmica ou posição nos meios científicos do Direito (...)” (v. 4, fls. 835 a 837).

Ao contrário do que se sublinhou no acórdão atacado do Superior Tribunal de Justiça, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também foi no sentido de que existia singularidade na atividade buscada por meio da contratação, tendo observado aquele tribunal que

“[o] escritório contratado evidenciava-se como especializado no tipo de atividade e prestava serviço a ela. O tipo de atividade não é correntio entre os profissionais gerais da Advocacia. É o que basta para reconhecimento do requisito da notória especialização, para a contratação em causa, realizada por Município do Interior do Estado.

Como se vê, a questão coloca-se em níveis em que o disposto no art. Inexigibilidade 25, II, da Lei nº 8.666/93 é um dos vetores que norteiam a legalidade da contratação independentemente de licitação, mas não o único. Os demais, no caso de dispensa, vêm dos requisitos normais dos atos administrativos, exigíveis da Administração em geral, enunciados, principalmente, pela Constituição Federal (CF, art. 37, inciso XXI)” (v. 4, p. 837 e 838).

Esse acórdão acompanhou a conclusão do nobre magistrado sentenciante, que bem anotou que, na hipótese dos autos, há de se entender o objeto do contrato como sendo de natureza singular, “[a]final, deriva ele de produção intelectual dos advogados contratados e o trabalho se defin[e] pela marca pessoal desses mesmos causídicos” (cf. v. 3, p. 662). Não é outra a conclusão da boa doutrina a respeito do assunto, no sentido de que 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 (**vide** JUSTEN Filho, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2010. p. 368 e MARQUES, Floriano Peixoto de Azevedo. A singularidade da advocacia e as ameaças às prerrogativas processuais. Disponível no sítio eletrônico da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Acesso em 10/10/14).

Não bastasse isso, pelo que se extrai dos autos, ressalto que outros contratos de mesma natureza firmados pelo mesmo escritório de advocacia – ora recorrente - com outros municípios foram submetidos ao crivo do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que os julgou regulares, como se verifica na decisão do Processo nº TC-1118/007/98 - acórdão publicado no DOE de 9/12/03, referente aos serviços profissionais contratados pela Prefeitura Municipal de **Paraibuna** para patrocínio de causas administrativas perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (cf. v. 3, p. 624 a 627 e sítio eletrônico do TCE/SP) -, bem como na seguinte ementa do acórdão do TCE/SP:

"Contratante: Prefeitura Municipal de **Barueri**.

Contratada: Antônio Sérgio Baptista Advogados Associados S/C Ltda.

Objeto: Contratação de serviços técnicos profissionais por empresa de notória especialização, para patrocínio perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em processos de prestação de contas e análise de licitações e contrato, de interesse da Prefeitura, inclusive suas Autarquias, Fundações e Sociedades de Economia Mista, bem como assessoria jurídica compreendendo todos os processos licitatórios, desde a sua abertura até a contratação.

Em Julgamento: Contrato celebrado em 04-01-99. Licitação.

- Inexigível (artigo 13,V e 25,11, da Lei 8.666/93, atualizada pela Lei 8.883/94) (...)

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDA a Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em sessão de 18 de dezembro de 2001,

pelo voto dos Conselheiros Renato Martins Costa, Relator, Antônio Roque Citadini, Presidente, e Fulvio Julião Biazzi, na conformidade das correspondentes notas taquigráficas, julgar regulares a inexigibilidade de licitação e o contrato em exame."

Saliento, assim, que o reconhecimento da incompatibilidade da contratação dos serviços de advocacia com o procedimento licitatório não obsta que sejam verificadas, em face do caso concreto, possíveis incursões dessas contratações na Lei de Improbidade Administrativa, desde que seja constatada a premissa maior do ato ilegal e ímprobo, qual seja, a prova do elemento subjetivo do tipo relativamente a sujeitos envolvidos na relação jurídica em xeque.

Por derradeiro, proponho 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.**

No caso concreto, voto pelo provimento do RE nº 656.558/SP e pelo não provimento do RE nº 610.523/SP, a fim de se restabelecer a decisão em que se julgou improcedente a ação.