

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**FERNANDO GUSTAVO KNOERR**

**HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO**

**MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direito e administração pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Henrique Ribeiro Cardoso, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-038-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.  
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

---



# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

---

### **Apresentação**

O Grupo de Trabalho Direito e Administração Pública I do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), cidade de Aracaju SE, caracterizou-se pela atualidade dos temas versados. Dentre estes, evidenciam-se, por sua recorrência, a improbidade administrativa e as contratações públicas.

Há uma série de acontecimentos e modificações na área do Direito, as quais emergem altas indagações sobre a essencialidade do estudo relacionado ao Direito Administrativo e à Administração Pública.

Dentro desse contexto é que o livro em apreço aborda questões relacionadas aos mais variados assuntos do Direito Administrativo hodierno, inclusive refletindo acerca dos princípios e do regime geral de licitações no Brasil.

A diversidade dos temas apresentados e reunidos nesse Grupo de Trabalho, além de refletir um anseio generalizado de abordagens da Administração Pública concertada, implica imensa satisfação por parte dos seus Coordenadores ao vivenciarem tão enriquecedora experiência, invulgar nas observações e discussões de si extraídas em conjunto com tais pesquisadores intimamente ligados ao desenvolvimento nacional. E, para facilitar a experiência e revisitação aos temas e seus autores, a seguir faz-se breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra

Tratando da análise da Lei de Acesso à Informação nos portais do Poder Legislativo Federal, a autora Clarissa Teresinha Lovatto Barros realiza esse estudo com o intuito de verificar a efetividade da Lei de Acesso à Informação no Legislativo Federal como ferramenta de controle social e transparência do Poder Legislativo Federal.

Evidenciando as influências da atuação do Tribunal de Contas da União no trabalho de regulação que vem sendo desenvolvido pela Anatel, a autora Ana Cristina Melo de Pontes Botelho buscou verificar se esta vem adotando as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Na medida em que a Lei de Licitações é o principal instrumento normativo nas aquisições de bens e serviços para a Administração Pública, o autor João Carlos Medrado Sampaio trata da

eficácia das normas de licitação, em especial da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), na promoção da concretização do princípio constitucional da plena satisfação do interesse público.

Versando sobre a legitimidade da ingerência do Judiciário no âmbito da realização e controle das políticas públicas como forma de concretização constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos ou como invasão de competência alheia, a pesquisadora Marília Ferreira da Silva observa que há um espaço de intangibilidade sobre o qual não pode existir qualquer intervenção extraordinária.

No trabalho *Parcerias Público-Privadas (PPP): Uma análise crítica modernização da Administração Pública em face da reforma do Estado*, os autores Gustavo Brígido Bezerra Cardoso e Aldemar Monteiro da Silva Neto tratam do alcance da desestatização por meio das privatizações e das delegações como ferramenta no aprimoramento das relações do Estado com a iniciativa privada.

Em *Improbidade Administrativa no exercício da Função Jurisdicional*, o pesquisador Jailsom Leandro de Sousa trata da sanção por prática de atos de improbidade administrativa prevista na Constituição Federal e na Lei 8.429/92, em especial sobre a possibilidade de os juízes serem responsabilizados por tais atos quando no exercício da função jurisdicional, fundado no fato de a constituição e a lei não terem feito distinção de pessoas e nem de tipos de atividades funcionais.

Realizando uma releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público em detrimento do Interesse Privado à luz do Estado Constitucional de Direito, os autores Gina Chaves e Érico Andrade buscam demonstrar que a Administração Pública tem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um instrumento efetivo para atender ao Estado Constitucional de Direito, na busca pela implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Os autores Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça em *A absolutização do Direito Administrativo na Utopia Racionalista* demonstram como o Direito Administrativo se torna, na visão deles, absoluto ou total nas sociedades utópicas em decorrência da necessidade constante de manutenção da ordem artificial em detrimento da ordem espontânea.

Em A responsabilidade do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, Ronaldo Alves Marinho da Silva e Gustavo Santana de Jesus realizam uma análise do âmbito da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional em Portugal.

Os autores Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas realizam uma análise sistêmica das licitações no âmbito do MERCOSUL e dos recursos do Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM), dando a ideia da imprescindibilidade de que o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL seja efetivamente incorporado pelos Estados, adquirindo vigência no espaço mercosulista e tornando-se, de conseguinte, de obrigatória observância para todos os procedimentos licitatórios realizados pelos Estados-partes e também para o FOCEM.

No artigo Crise de legitimidade do legislativo e a construção de consensos os autores Talia Bárbara Tumelero e Luiz Carlos Cancellier de Olivo tratam dessa crise apontando os fatores determinantes, as consequências deste processo na consolidação da democracia no país e alguma solução possível para esta realidade.

Abordando os principais benefícios e riscos da utilização do procedimento de manifestação de interesse social previsto na Lei 13.019/2014, que disciplina as parcerias entre o poder público e o terceiro setor, a autora Mariana Bueno Resende analisa o procedimento de manifestação de interesse já utilizado nas concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas.

Ao tratar do papel das Agências Reguladoras em cenários de instabilidade política e econômica, o autor Francisco Carlos Duarte analisa se as mesmas estão preparadas para agir imediatamente diante de momentos de instabilidade política e econômica, atenuando as consequências para a sociedade e se conferem maior credibilidade à Administração Pública.

O pesquisador Hugo Lázaro Marques Martins, ao realizar uma análise dos Consórcios Intermunicipais e a efetivação da prestação do serviço público de saúde à luz do Princípio Constitucional da Eficiência, demonstra que os Consórcios Públicos apresentam-se como uma das melhores alternativas gerenciais, já que permite a estruturação regional da prestação do serviço público.

No último artigo da coletânea, Emerson Affonso da Costa Moura e Juliana Campos Maranhão demonstram que em uma ordem constitucional voltada à centralidade dos direitos fundamentais, o poder de polícia se submeterá a um juízo de ponderação entre o interesse

público e privado envolvido, de forma a justificar a sua restrição, bem como, a limites procedimentais e substanciais para a sua aplicação.

Com a breve exposição dos trabalhos, é possível ver a atualidade, mediante o emprego de métodos vão além da mera exposição dogmática, a revelar o chamado pensamento tecnológico, voltado para a aplicabilidade e solução dos conflitos com o emprego de uma percepção mais completa e funcional do Direito na Administração Pública, de sorte a revelar investigações científicas cuja leitura recomenda-se vivamente.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr UNICURITIBA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR

**O ADVOGADO PÚBLICO E A PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA  
NA CONTRATAÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO POR DISPENSA OU  
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO SEM O PREENCHIMENTO DOS  
CRITÉRIOS LEGAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

**PUBLIC ADVOCATE AND PRACTICE IN ADMINISTRATIVE MISCONDUCT  
HIRING PROFESSIONAL LAW FOR EXEMPTION OR BIDDING  
UNENFORCEABILITY WITHOUT COMPLETING THE CRITERIA AND LEGAL  
CONSEQUENCES**

**Zaiden Geraige Neto  
Jonatas Ribeiro Benevides**

**Resumo**

O advogado público é somente aquele profissional que ascendeu ao cargo através de concurso público (artigo 37, II, CF/88). A contratação de advogado por dispensa ou inexigibilidade de licitação é tema bastante polêmico, que ainda não encontrou pacificação na jurisprudência. O presente trabalho enfrenta a seguinte problemática: no caso de ausência de advogados concursados o poder público deve realizar processo de licitação para a contratação de advogado? Se a contratação de advogado for de forma direta, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, tal fato pode caracterizar improbidade administrativa? Qual a visão da jurisprudência sobre o tema? Os eventuais honorários de sucumbência pertencem ao ente público ou ao advogado? Nessa perspectiva, o trabalho faz uma abordagem sobre a origem da improbidade. Analisa-se o princípio da moralidade administrativa à Luz do Ordenamento Jurídico, com definições e apontamentos sobre os atos de improbidade administrativa. Também são tratadas outras questões necessárias à compreensão geral do assunto, como o inquérito civil, a prescrição na lei da improbidade administrativa, a defesa preliminar na ação de improbidade administrativa e a improbidade administrativa pela prática das condutas dos artigos 9º, 10º e 11 da Lei nº 8.429/92. Por fim, encerra-se com uma análise dos requisitos que podem ensejar a dispensa ou inexigibilidade de licitação para o caso específico da contratação de advogado, trazendo-se o entendimento da jurisprudência inclusive quanto à questão da improbidade administrativa por esta conduta.

**Palavras-chave:** Improbidade, Advogado, Contratação, Licitação, Ilegalidade, Imoralidade.

**Abstract/Resumen/Résumé**

The Public Advocate (lawyer/attorney) is only one professional who ascended to the position through public tender (Article 37, II, CF / 88). The legal contract with unenforceability of bidding is very controversial issue, which has not yet found peace jurisprudence. The problem to be faced in this work is: the government should conduct bidding process for an attorney? If an attorney is directly, with unenforceability of bidding, can characterize administrative misconduct? What is the view of jurisprudence on the subject? In this

perspective, the work makes a brief approach to the root of the misconduct, showing that improba conduct of human beings comes from the distant past. Analyzes the principle of administrative morality the Light of the legal system, with definitions and notes on the acts of administrative misconduct. They are also addressed other issues relevant for the general understanding of the subject, as the civil investigation, the prescription in the law of administrative misconduct, the primary defense in the action of administrative misconduct and improper conduct by the practice of crime under art. 19 of Law No. 8,429 / 92. Finally, concludes with an analysis of requirements that could lead to the waiver of bidding for the specific case of the legal hiring, bringing up the understanding of the law including on the issue of improper conduct by this conduct.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Misconduct, Lawyer, Hiring, Bidding, Illegality, Immorality.

## Introdução

Primeira questão que deve, desde já, ficar pontuada é que o advogado somente pode ser considerado um *advogado público* se ascender ao cargo através de um concurso público, conforme preceitua o artigo 37, II, da CF/88. O advogado que eventualmente seja contratado por um ente público, através de outro meio que não seja o concurso, é apenas e transitoriamente um profissional da área que atua no *ramo do direito público*.

Assim, certo é que as contratações promovidas pelos entes públicos em geral tem como regra a realização de concurso público.

Escasseiam-se amiúde hodiernamente os entes públicos desprovidos de um corpo jurídico próprio. Contudo, ainda há localidades em que até hoje um município ou uma câmara municipal, por exemplo, não contempla em seus quadros advogados concursados.

Considerando-se que a administração pública não pode ficar sem assessoria de tal natureza, tendo em vista seu jaez essencial e contínuo, qual o caminho legal deve seguir o administrador para não transgredir os preceitos legais e constitucionais?

Nesse caso o poder público deve realizar processo de licitação? E se a contratação de advogado for de forma direta, através de dispensa ou inexigibilidade de licitação, tal ato pode caracterizar improbidade administrativa? Qual a visão da jurisprudência sobre o tema?

Destarte, o presente trabalho se justifica pela necessidade de enfrentamento do tema, que é relevante e causa bastante polêmica, visto que ações judiciais têm sido ajuizadas para questionar as contratações de advogados sem a regra do concurso público. Há vários aspectos envolvidos, que demandam reflexão jurídica.

Nessa perspectiva, inicia-se com uma breve nota sobre a raiz/origem da improbidade, demonstrando que a conduta ímproba do ser humano advém de um longínquo passado. Em seguida, analisa-se o princípio da moralidade administrativa à luz do ordenamento jurídico, trazendo definições e apontamentos sobre os atos que caracterizam improbidade administrativa.

Dentro desse contexto, são tratadas outras questões relacionadas ao tema, tais como o inquérito civil, a prescrição na lei da improbidade administrativa, a defesa preliminar na ação de improbidade administrativa, a quem pertencem os honorários de sucumbência, a eventual relação promíscua entre o representante legal do poder público e o advogado contratado por dispensa ou inexigibilidade, e a improbidade administrativa pela prática das condutas previstas nos artigos 9º, 10º e 11, da Lei nº 8.429/92.

Ao final, analisam-se os rígidos requisitos que podem ensejar a inexigibilidade de licitação para a contratação de advogado e a configuração ou não de improbidade administrativa por esta conduta, considerando-se a visão da jurisprudência e da própria doutrina.

## **1. Breve nota sobre a raiz da improbidade**

A necessidade de se tutelar a probidade na administração pública decorre de uma condição humana e atemporal: a ganância, geradora da corrupção. Exatamente por isso, a exigência que se faz quanto à probidade administrativa não nasceu nos dias atuais, mas remonta aos textos bíblicos.

O Código Mosaico, especialmente no livro de Deuteronômio<sup>1</sup>, capítulo 16, versículo 19, já reprovava a corrupção e fomentava a necessidade de probidade ao estabelecer os deveres dos juízes, da seguinte forma: "não torcerás a justiça, não farás acepção de pessoas, nem tomarás suborno; porquanto o suborno cega os olhos dos sábios e subverte a causa dos justos". (Bíblia Sagrada, 2012, p. 187)

Em uma tradução atualizada do texto Mosaico, tem-se o seguinte: "Não serão injustos nas suas sentenças; tratarão todos igualmente e não aceitarão suborno. O suborno faz com que homens sábios e honestos fiquem cegos e dêem sentenças injustas". (Bíblia de Estudo NTLH. 2005, p. 181)

Mais adiante, saindo do Código Mosaico, mas, ainda na história dos hebreus, vê-se um caso de corrupção por parte dos filhos do juiz Samuel (Bíblia de Estudo NTLH. 2005, p. 322):

Quando Samuel ficou velho, pôs os seus filhos como juízes de Israel. O seu filho mais velho se chamava Joel, e o mais novo, Abias. Eles eram juízes na cidade de Berseba. Porém não seguiram o exemplo do pai. Estavam interessados somente em ganhar dinheiro, aceitavam dinheiro por fora e não decidiam os casos com justiça.

Caio Tácito foi ainda mais longe quando escreveu que "o primeiro ato de corrupção pode ser imputado à serpente seduzindo Adão com a oferta da maçã, na troca simbólica do paraíso pelos prazeres ainda inéditos da carne". (TÁCITO, 1999)

---

<sup>1</sup> A mesma referência aos deveres dos juízes pode ser encontrada no livro de Êxodo, segundo livro do Código Mosaico, no capítulo 23, verso 8. A diferença reside no fato de que os quatro primeiros livros do Código Mosaico tratam da narrativa quanto a origem do mundo e da história israelita, enquanto o livro de Deuteronômio, que significa Segunda Lei, "é uma parte distinta do corpo legislativo de Moisés, pois foge às narrações doutrinárias e fixa-se propriamente em dispositivos concretos e basilares". (ALTAVILA, 1989, p. 20).

A palavra corrupção se origina do latim *corruptione*, e significa ato de corromper; decomposição; putrefação. (fig.) desmoralização; depravação; devassidão; sedução; suborno. (FERNANDES, 1991)

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2004, p. 185) fazem importante apontamento sobre o tema:

A corrupção, tal qual o câncer, é um mal universal. Combatida com empenho e aparentemente controlada, não tarda em infectar outro órgão. Iniciado novo combate e mais uma vez sufocada, pouco se espera até que a metástase se implemente e mude a sede de afecção. Este ciclo, quase que inevitável na origem e lamentável nas consequências deletérias que produz no organismo social, é tão antigo quanto o homem.

Ainda quanto ao tema, merece ser assistida<sup>2</sup> “A Fábula da Corrupção” (SANTOS, 2013). Trata-se de um curta-metragem de 8 minutos, originado de um edital lançado pela Controladoria Geral da União, em parceria com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), que teve como tópico central a luta contra a corrupção.

A história se passa em um armazém de beira de estrada, onde um homem vive em paz com seus animais de estimação: o cão vigia a casa, o gato caça os ratos e o jumento é o meio de transporte. No porão da casa habitam vários ratos que vivem roubando comida em quantidades tão pequenas que não prejudicam o negócio, mas a chegada de um rato estranho acaba com a harmonia do mercadinho, e inicia um processo de corrupção.

Usando a estrutura de uma fábula de fundo moral onde os animais servem de metáfora para atitudes humanas, a história conta através de uma narrativa rimada e simples, como a corrupção pode se originar de pequenas atitudes e tomar grandes proporções, prejudicando não só instituições públicas ou privadas, como também a própria vida dos corruptos e corruptores.

A fábula, na verdade, se assemelha em muito com o clássico *A Revolução dos Bichos*, de George Orwell (2007).

Com isso, o presente trabalho visa trazer a lume a necessidade de se repensar o direito de modo sóbrio e ajuizado, considerando-se a necessidade de se tutelar a probidade administrativa, que tem sido alvo de um câncer metastático chamado corrupção.

## 2. O Tema à Luz do Ordenamento Jurídico

---

<sup>2</sup> A Fábula da Corrupção. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=a8423f6Aw1A>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2015.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu art. 37, *caput*, a necessidade de a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios atuarem com obediência a vários princípios elencados neste dispositivo, dentre eles o da moralidade.

A moralidade administrativa é gênero, que tem como espécie a probidade administrativa, sendo certo que tais conceitos não se confundem.

"Pelo princípio da moralidade administrativa, o administrador público deve exercer sua missão à luz da ética, da razoabilidade do respeito ao próximo, da justiça e, sobretudo, da honestidade". (BULOS, 2007, p. 795)

Quanto à probidade administrativa, Leonel (2011, p. 125) a define como o "dever de o agente público servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sem aproveitar dos poderes ou facilidades dela decorrentes em proveito pessoal ou de outrem que pretenda favorecer".

O art. 37, § 4º, da CF/88 estabelece 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 graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

A Lei a que o § 4º, do art. 37, da CF/88 faz referência é principalmente a Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992, também chamada de "Lei da Improbidade Administrativa – LIA", que dispõe sobre as condutas e sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, lesão ao erário e infração aos princípios constitucionais.

O art. 1º, da Lei nº 8.429/92 considera atos de improbidade aqueles praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

De acordo com a LIA, são três tipos de atos considerados de improbidade administrativa: a) os que causam enriquecimento ilícito (art. 9º), e que sujeitam seus infratores às penas do art. 12, I; b) os que causam lesão ao erário (art. 10), sujeitando os infratores às penas do art. 12, II; e c) os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11), e que sujeitam os infratores às penas do art. 12, III.

Importante esclarecer que os atos tipificados nos arts. 9º a 11, da LIA, são meramente exemplificativos, podendo ocorrer outros atos que sejam considerados ímprobos, sem que necessariamente estejam previstos nos referidos artigos.

Questão interessante que se discute é no que concerne à necessidade de averiguação do dolo para que se configure o ato de improbidade administrativa. Parte da doutrina<sup>3</sup> entende que é necessária a verificação do dolo, nos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11, da LIA, aplicando-se a modalidade culposa aos atos enquadrados no art. 10, conforme ensina Pazzaglini Filho (2009, p. 4):

É essa ausência de honestidade, retidão, integridade na gestão pública, nas hipóteses de atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 92) e que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11), pressupõe a consciência da ilicitude da ação ou omissão praticada pelo administrador (dolo). Apenas nos casos de atos de improbidade administrativa lesivos ao Erário (art. 10) poderá ser suficiente, para sua configuração, a ação ou omissão ilícita culposa, ou seja, o descumprimento inescusável de dever de ofício, causador de involuntário dano ao Erário, por não conduzir-se o agente público infrator com a intenção e a diligência reclamadas pela função pública por ele exercida.

Fato é que antes da promulgação da Lei da Improbidade Administrativa, a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular) já tutelava o patrimônio público, conferindo ao cidadão a legitimidade para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio.<sup>4</sup>

Também a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública) trouxe importante mecanismo de proteção ao patrimônio dos direitos difusos e coletivos<sup>5</sup>, no bojo da qual pode se ter como fundamento a lei de improbidade administrativa.

De outro lado, o entendimento hodierno pacífico é de que não é possível manejar-se a lei de improbidade em sede Ação Popular. Isso se deve ao fato de que o objeto da Lei nº 4.717/65 é mais restrito do que o da Lei nº 8.429/92, pois, enquanto esta pune severamente os

---

<sup>3</sup>No mesmo sentido vale a pena conferir a jurisprudência do Colendo STJ a respeito (STJ. AgRg no AREsp 55.315/SE. Primeira Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 19/02/2013, DJe 26/02/2013).

<sup>4</sup>Art. 1º, da Lei nº 4.717/65: Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

<sup>5</sup>Sobre a importância da ação civil pública no combate à improbidade administrativa, vide artigo que analisou a questão com bastante sobriedade (SILVEIRA, 2002).

atos ímprobos, a Ação Popular visa apenas anular atos lesivos ao erário ou à moralidade<sup>6</sup>, não exercendo punição sobre o administrador desonesto, a não ser o ressarcimento do dano. Outrossim, há que se considerar também o uso muitas vezes desmedido e vingativo dessa demanda, que infelizmente tem se tornado instrumento de barganha política.

A Constituição Federal também dispôs sobre a Ação Civil Pública, arrolando como função institucional do Ministério Público a sua promoção para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF/88).

### 3. Do Inquérito Civil

O inquérito civil foi previsto inicialmente no artigo 7º, § 1º, da Lei nº 7.347/85. É um procedimento administrativo que pode ser instaurado pelo Ministério Público para investigação de fatos que causem danos aos interesses difusos e coletivos tutelados pela Lei da Ação Civil Pública, tais como meio-ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, com o objetivo de colheita de provas para o ajuizamento ou não de ação civil pública, podendo ter por fundamento a lei de improbidade administrativa.

Mais tarde, corroborando essa legislação, a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Ministério Público a função institucional de promover a presidência do inquérito civil para a proteção do patrimônio público – incluindo também o erário<sup>7</sup> – e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF/88).

Conforme se depreende da própria interpretação do artigo 7º, § 1º, da Lei nº 7.347/85, "o Ministério Público poderá instaurar o inquérito civil", o que demonstra que sua instauração é facultativa. Não se trata de condição de procedibilidade para o ajuizamento da ação que tem por fundamento a lei de improbidade administrativa ou ação civil pública. Somente será instaurado o inquérito civil se o Ministério Público não possuir elementos suficientes de convicção da prática de ato de improbidade administrativa que possam embasar o ajuizamento da ação.

---

<sup>6</sup> O princípio da moralidade administrativa é a pauta mais importante dos Estados constitucionais que elegem a democracia como corolário fundamental da vida em sociedade. Se esse princípio fosse levado às suas últimas consequências, metade do que está escrito na Constituição de 1988 não precisaria vir nela consignado. Exemplificando, a prática do nepotismo, em todas as esferas de poder, seria, de pronto, extirpada, sem maiores esforços políticos. (BULOS, 2007, p. 795)

<sup>7</sup> Erário, do latim *aerariu*, significa tesouro público e se refere ao conjunto dos recursos financeiros do poder público.

De outro lado, o inquérito civil poderá ser dispensado quando o Ministério Público dispuser dos elementos suficientes para fundamentar o ajuizamento da ação, tais como autoria, fatos e fundamentos jurídicos do pedido. Assim, podem embasar o ajuizamento de ação civil pelo Ministério Público as peças de informação remetidas por autoridades judiciárias, administrativas, legislativas, bem como documentos advindos de procedimentos administrativos promovidos pela Administração Pública, de autos dos Tribunais de Contas, inquérito parlamentar presidido por Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 4)

Apesar de discutível, na medida em que se exige a presença dos princípios decorrentes do devido processo legal, segundo a doutrina majoritária, o inquérito civil é um procedimento informal, que não se sujeita ao princípio do contraditório, pois, não trata de qualquer tipo de acusação nem busca a composição de conflito de interesse<sup>8</sup>. Também nesse sentido é a jurisprudência predominante no Pretório Excelso:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA NO INQUÉRITO CIVIL DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (STF. RE 481955 ED. Primeira Turma, Brasília, DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 10/05/2011, DJe-099.)

Outro fator que merece destaque é no que se refere ao sigilo do inquérito civil. Em regra, vigora a publicidade do inquérito civil. Excepcionalmente o sigilo poderá ser decretado quando a supremacia do interesse público o exigir, ou seja, quando a elucidação do fato depender da manutenção do sigilo, ou quando for exigido pelo interesse da sociedade ou também quando houver necessidade de proteção de dados confidenciais sobre a vida privada, a honra e a intimidade (art. 5º, X, LX, da CF/88).

#### **4. Sobre a Prescrição na Lei da Improbidade Administrativa**

O art. 23 da Lei nº 8.429/92 estabelece que as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, confira-se as seguintes obras: (GARCIA; ALVES, 2004, p. 579), (NERY JÚNIOR, 1995, p. 126), (MAZZILLI, 2012, p. 481).

Grande discussão que por muito tempo se acalorou nos tribunais brasileiros foi com relação ao *dies a quo* para a contagem da prescrição no caso de sucessão de mandatos, se desde o final do primeiro mandato ou somente ao final do segundo, no caso de reeleição.

Pacificou-se a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, assentando o entendimento "no sentido de se contar o prazo prescricional previsto no art. 23, I, da Lei 8.429/1992, nos casos de reeleição, a partir do encerramento do segundo mandato, considerando a cessação do vínculo do agente ímprobo com a Administração Pública". (STJ. REsp 1290824/MG. Segunda Turma, Brasília, DF, Relator Ministra Eliana Calmon, julgado em 19/11/2013, DJe 29/11/2013)

É de se considerar que a Lei nº 8.429/92 não trouxe dispositivo expresso sobre essa questão. Isso se deve ao fato de que em 1992, ano de sua promulgação, o art. 14, § 5º, da Constituição Federal proibia a reeleição. Somente com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 16, de 1997, que alterou a redação do § 5º, do art. 14, da CF/88, a reeleição passou a ser permitida. Portanto, era de se esperar que o legislador da Lei nº 8.429/92 não tivesse regulamentado sobre o início da prescrição em caso de sucessão de mandatos, pelo fato de ser impossível a reeleição à época.

Mesmo com a promulgação da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), a Administração Pública ainda é vista como uma "caixa preta". A ocupação do cargo, atrelada à reeleição costuma dificultar muito a descoberta dos atos ímprobos ocorridos na gestão anterior. A maioria dos atos de improbidade vêm à tona quando um novo administrador assume o cargo. Por isso, entendemos que esse posicionamento firmado com relação ao *dies a quo* da prescrição para a Ação de Improbidade Administrativa é o que mais se coaduna com o sistema de proteção aos direitos difusos e coletivos, evitando-se que a impunidade se instale sem freios.<sup>9</sup>

Outrossim, tanto na doutrina (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 231) como na jurisprudência (STJ. AgRg no REsp 1159035/MG. Segunda Turma, Brasília, DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 21/11/2013, DJe 29/11/2013), prevalece o entendimento de que o particular que pratica ato de improbidade administrativa também estará sujeito ao mesmo prazo prescricional previsto para os agentes públicos, circunstância esta que se amolda ao caso do advogado contratado de forma direta, sem licitação, conforme comentaremos mais adiante.

---

<sup>9</sup> Há outros motivos favoráveis ao início do prazo prescricional a partir do término do último mandato outorgado ao agente. (GARCIA; ALVES, 2004, p. 552).

Há, ainda, a questão relativa à prescrição quanto à pretensão ao ressarcimento de danos ao erário. A jurisprudência (STJ. AgRg no AREsp 79.268/MS. Segunda Turma, Brasília, DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 19/11/2013, DJe 29/11/2013), baseada no § 5º, do art. 37, da CF/88, considera a ação de ressarcimento de danos imprescritível, pensamento com o qual, *data venia*, ousamos discordar, fazendo uso das palavras de Garcia e Alves (2004, p. 557):

A imprescritibilidade deve ser de logo afastada, pois destoa dos princípios jurídicos, difunde a insegurança nas relações sociais e representa verdadeiro prêmio à desídia dos legitimados à propositura da ação (*dormientibus nos succurrit ius*). [...] Assim, resta a aplicação do lapso de cinco anos previsto no inciso I do art. 23 da Lei nº 8.429/92 [...].

Quanto a esse aspecto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 669069, em que se discute o prazo prescricional das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa, ementada da seguinte forma:

ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. (STF. RE 669069 RG, Rel.: Min. Teori Zavascki, julgado em 02/08/2013, DJe-166 Divulg 23-08-2013 Public 26-08-2013)

O julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 669069 foi suspenso em novembro de 2014, em razão do pedido de vista do ministro Dias Toffoli.

Portanto, tem-se que o instituto da prescrição na ação de improbidade administrativa é necessário para que as relações entre o Estado e o particular se solidifiquem com o decorrer do tempo, *data venia*, nos termos apresentados no presente tópico.

## **5. Legitimidade para o Ajuizamento e a Defesa Preliminar na Ação de Improbidade Administrativa**

A legitimidade para ajuizamento da ação que tem por fundamento a lei de improbidade administrativa é do Ministério Público ou da pessoa jurídica interessada (daquelas elencadas no art. 1º, da Lei nº 8.429/92), conforme previsto no art. 17, da Lei nº

8.429/92. Na prática, vê-se uma atuação efetiva por parte do Ministério Público, especialmente em razão de sua independência funcional (art. 127, § 1º, da CF/88) e das garantias constitucionais que possui (art. 128, I, “a”, “b”, e “c”, da CF/88).

Aliás, o Ministério Público tem sido instituição de esteio da sociedade, pois a esmagadora maioria de seus membros realmente busca a promoção da Justiça, e não simplesmente a acusação irresponsável e desmedida. Por isso, o cidadão de bem, já estafado com a corrupção e a falta de moralidade na administração pública em todas as esferas, credita ao Ministério Público a confiança para a proteção dos direitos difusos e coletivos<sup>10</sup>.

Caso a ação principal tenha sido ajuizada pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará na lide na qualidade de litisconsorte (art. 17, da Lei nº 8.429/92).

Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias (art. 17, § 7º, da Lei nº 8.429/92), não se aplicando a regra do artigo 241, III, do CPC, conforme entendimento jurisprudencial (TJSP - Apelação nº 0000868-55.2011.8.26.0660; 4ª Câmara de Direito Público; Des. Rel. Paulo Barcello Gatti; DJ 23/02/2015). O que o referido dispositivo legal chama de "manifestação por escrito", é denominado pela doutrina de "defesa preliminar".

Denomina-se preliminar porque antecede ao efetivo recebimento da ação pelo judiciário, ou seja, se o juiz receber a defesa preliminar, rejeitará a ação de improbidade administrativa (art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92). Do contrário, se após apresentada a defesa preliminar, o juiz decidir receber a petição inicial, deverá abrir novo prazo para apresentação de contestação pelo réu (art. 17, § 9º, da Lei nº 8.429/92).

Segundo a doutrina, a falta de notificação do réu para apresentação de defesa preliminar prevista no art. 17, § 7º, da Lei nº 8.429/92, antes de o juiz receber a petição inicial da ação de improbidade administrativa, configura nulidade absoluta e insanável do processo,

---

<sup>10</sup> No ano de 2013, em meio à Copa das Confederações que se realizava no Brasil, um grande movimento de manifestações populares tomou conta de todo o país, com exigências de melhoria no transporte público, saúde, educação moradia e diversos direitos fundamentais assegurados. A população, aproveitando-se da visibilidade que o país ganhava em razão do evento futebolístico organizado pela FIFA, passou a se manifestar fortemente contra a corrupção. O Ministério Público, já em campanha contra a PEC 37, apelada de "PEC da Impunidade", que tirava o poder de investigação dos Ministérios Públicos Estaduais e Federal, e praticamente extirpava as investigações contra o crime organizado, desvio de verbas, corrupção, abusos cometidos por agentes do Estado e violações de direitos humanos, lançou campanhas nas ruas e nas redes sociais. Foi lançada a campanha "Não Aceito Corrupção", (Disponível em: <<http://naoaceitocorruptao.com.br/>>. Acesso em 13 fev. 2015) bem como a Campanha Impunidade, não! MP com poder de investigação!, que gerou um abaixo assinado virtual (Disponível em: <<http://www.change.org/pt-BR/peti%C3%A7%C3%B5es/impunidade-n%C3%A3o-mp-com-poder-de-investiga%C3%A7%C3%A3o-n%C3%A3opec37>>. Acesso em 13 fev. 2015) que contou com mais de 460.000 (quatrocentas mil) assinaturas. Ao final, 430 deputados federais votaram contra a PEC 37 no dia 25 de junho de 2013 e apenas 9 deputados votaram a favor.

podendo ser alegada a qualquer tempo ou grau de jurisdição, pois afronta o princípio fundamental da ampla defesa.

Portanto, a defesa preliminar é de suma importância para a garantia da ampla defesa e contraditório assegurados ao réu, nos termos do art. 5º, LV, não se podendo falar em nulidade relativa ou prescindibilidade da defesa preliminar, como se o direito constitucional ao contraditório e ampla defesa pudesse ser negociado em prejuízo da defesa do réu.

## **6. Improbidade Administrativa e a Contratação de Advogado por Dispensa ou Inexigibilidade de Licitação e suas consequências.**

Vale realçar o já afirmado nas notas introdutórias, isto é, que a regra de contratação na Administração Pública sempre será o concurso público (art. 37, II, CF/88) e, de forma excepcionalíssima, naqueles casos em que o ente público não disponha de assessoria concursada nessa área, será possível a contratação, preferencialmente mediante processo de licitação que abranja todo o período necessário (com ampla possibilidade de participação no certame da maior quantidade possível de profissionais habilitados), devendo atentar-se o administrador público à modalidade adequada de licitação em razão do valor, conforme bem afirmado por Marçal Justen Filho (2000, p. 211): "...em tais situações, parece que a melhor alternativa é adotar a modalidade compatível com o valor correspondente ao prazo total possível de vigência do contrato...". Ou seja, a modalidade de licitação deriva da inevitável possibilidade de prorrogação da mesma, principalmente se considerado o fato de que os serviços jurídicos têm natureza continuada.

Há aproximadamente uma década sobrepunha-se e era aceitável o entendimento pretoriano segundo o qual, no caso de advogados, pouquíssimos profissionais tinham suficiente experiência e conhecimento em temas como ações coletivas de um modo geral, notadamente Ação Popular e Ação Civil Pública.

Dessa forma, comprovando-se a necessária especialização e o critério "confiança", aceitava-se como legal a contratação de advogado sem licitação.

Mesmo quando se entendia que a contratação seria ilegal, o Colendo Superior Tribunal de justiça dava provimento ao recurso do advogado contratado, livrando-o – e também ao agente público que o contratou – das penas consistentes na devolução do dinheiro recebido, sob o fundamento de que o serviço havia sido prestado, sendo vedado o trabalho escravo no Brasil, com a garantia constitucional da proteção do salário, constituindo-se crime

a sua retenção dolosa (art. 7º, X, CF/88), o que também poderia caracterizar enriquecimento ilícito do ente público.

Assim, a nosso ver e à luz da jurisprudência então em vigor há uma década atrás, era possível a contratação de profissional através de dispensa ou inexigibilidade de licitação, mesmo que o ente público dispusesse em seus quadros de profissionais concursados. Isso porque o manejo das chamadas ações coletivas era algo não estudado de forma abrangente, disseminada e aprofundada.

Ocorre que, hodiernamente, remansa predominante na doutrina e nas decisões judiciais que há a necessidade da conjugação de três requisitos para a contratação de profissional com base nos artigos 13 e 25 da Lei nº 8.666/93 (inexigibilidade), quais sejam: a) notória especialização; b) singularidade do objeto; e c) confiança.

Esse novo entendimento se deveu ao fato de que, nos dias atuais, houve uma rápida e maciça evolução de inúmeros profissionais nessa área específica. Diante disso, os critérios de notória especialização e singularidade do objeto, já não conseguem ser suficientes para se exigir a licitação. Sim, pois, há vários profissionais com conhecimentos similares e a singularidade do objeto nada mais seria do que ponto comum e de claro conhecimento desses "concorrentes".

Além disso, a grande maioria das câmaras do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, passou a entender que somados aos três requisitos mencionados (notória especialização, singularidade do objeto e confiança), também há necessidade de se verificar se o ente público contratante possui em seus quadros profissional concursado capaz de desempenhar tal função e se o valor recebido pelo advogado contratado sem licitação foi razoável ou compatível com o mercado.

Ou seja, aos três requisitos mencionados (notória especialização, singularidade do objeto e confiança), somar-se-á um quarto requisito, qual seja, o *bom senso*, reflexo direto e inafastável do princípio da razoabilidade. Supondo uma hipótese em que o administrador prudente, probo e que age com bom senso, se depare com uma situação em que acredita fazer-se necessária a contratação de um advogado através de dispensa ou inexigibilidade, deverá sempre formular-se algumas perguntas. Por exemplo: se a matéria para a qual deseja a contratação de um profissional fora dos quadros concursados for, a título de exemplo, tributária ou ambiental (ou qualquer outra área) e o ente público disponha de profissional com especialização nessa(s) área(s), será razoável a contratação de um profissional de fora da administração? O administrador agirá com bom senso e com zelo pelo dinheiro público ao fazer uma contratação dessa natureza? Se o Procurador Geral do Município se recusar a

exarar parecer para tal contratação, por entender temerária a tese pretendida ou até ilegal ou imoral a contratação, será prudente por parte do administrador insistir em tal contratação?

Outro exemplo de aplicação do princípio da razoabilidade, somado aos demais, diz respeito ao valor da remuneração do profissional a ser contratado. Por exemplo, pergunta-se: será razoável e proporcional contratar-se o profissional fora dos quadros concursados por um valor mensal superior ao que recebe um Procurador do Município (concurado)?

É claro que, a nosso ver, todas as respostas às questões anteriores deverão ser negativas!

E, ainda, com relação aos três primeiros requisitos, faz-se, ainda, necessária uma análise mais científica quanto ao critério "confiança". Parte da doutrina e até da jurisprudência, infelizmente interessadas nos atuais, passados e futuros clientes em potencial, argumentam que basta a relação de confiança do "gestor público" com relação ao advogado para sua contratação. Isso é um tremendo absurdo e absoluto desvirtuamento do sentido ontológico e teleológico a que se pretendeu atribuir ao conceito "confiança". Assim, referido ponto, *data venia*, é deturpado por aqueles que têm interesse pessoal na contratação direta dos profissionais em comento.

Isso porque, ao contratar-se sem licitação um advogado o correto é que a ligação sob o ponto de vista do critério "confiança" deva ser com o ente público (município, câmara etc) e não com o administrador (prefeito, presidente do legislativo etc). Portanto, a confiança não é um critério subjetivo, pelo contrário, deve ser aferida pela vida pregressa, pelo histórico, enfim, pelos antecedentes do profissional que se visa contratar. E antecedentes, com a devida *venia*, não significa somente ostentar um portentoso currículo, mas, principalmente, não ser uma pessoa de mau caráter, que figure como ré em processos que envolvam pedido de devolução de dinheiro público, crimes e atos de improbidade.

Ademais, neste ponto, o que se verifica amiúde é que os advogados então contratados de forma direta continuam advogando para os agentes políticos, mesmo após a ruptura do contrato pelo término da administração. Ou seja, o que se nota é que nesses casos, o que ocorre, na verdade, é a contratação de um profissional sem licitação, geralmente pago a um alto preço, para a defesa "perpétua" dos agentes políticos (Prefeito, Governador, Presidente da República, Presidentes de Câmaras Municipais etc), através da utilização do dinheiro do ente público, o que é naturalmente vedado pela jurisprudência (STJ - AgRg no REsp 681.571/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/06/2006, DJ 29/06/2006, p. 176).

Em suma, finge-se que se contrata para o bem do ente público, quando, na verdade, o profissional é um advogado particular do agente político, contratado às custas do erário público sob o pretexto de eventual "confiança".

No que diz respeito à efetividade das decisões que anulam as contratações reputadas ilegais, determinando-se o ressarcimento ao erário, faz-se necessária a utilização do princípio da razoabilidade, ao perquirir-se sobre o valor recebido pelo contratado e, sendo este elevado, isto é, acima, por exemplo, da remuneração mensal de um procurador concursado daquele ente, não haverá enriquecimento ilícito por parte da administração caso a decisão judicial entenda pela devolução daquela parte que sobejar o "razoável", isto é, aquilo que tenha sido pago com excesso.

Neste sentido, pedimos vênias para transcrever a ementa do V. Acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da lavra do Douto Desembargador Fermino Magnani Filho, que se amolda perfeitamente ao caso em comento:

ACÇÃO POPULAR – Contratação não licitada de advogado para patrocinar causas da prefeitura – Acusação centrada nos termos da Lei nº 4.717/1965, por inobservância do dever de licitar, com pedidos de nulidade dos contratos celebrados entre as partes e ressarcimento de prejuízo ao erário municipal – Necessidade de comprovação da singularidade do objeto da contratação e da notória especialização do profissional contratado – Inexistência de singularidade do objeto constante dos contratos impugnados – Ações patrocinadas pelo corrêu desprovidas de qualquer complexidade, sem nenhuma excepcionalidade seja no plano material, seja no plano formal – Ilegalidade verificada – Afronta ao disposto no artigo 25 da Lei nº 8.666/1993 – Avença celebrada entre as partes, vigente no período compreendido entre os anos 2005/2008 – Aplicação do princípio da vedação ao enriquecimento ilícito – Impossibilidade de condenação à restituição de todo o valor despendido pela Municipalidade, sob pena de desequilibrar a prestação e a contraprestação que, apesar de ilegais, foram efetivadas – Restituição dos valores restringida ao quanto foi indevidamente despendido pela Administração com a contratação direta do advogado, considerando-se o valor médio praticado pelo mercado – Condenação solidária dos corrêus no ressarcimento dos prejuízos, a ser apurado em sede de liquidação e acrescido de juros de mora de 1% ao mês e de correção monetária pela Tabela Prática deste Egrégio Tribunal de Justiça, ambos a partir do julgado de primeiro grau (considerando-se que os fatos impugnados ocorreram de forma difusa) – Apelação do autor popular e reexame necessário parcialmente providos. (TJSP. Apelação nº 0242450-62.2009.8.26.0000. 5ª Câmara de Direito Público, São Paulo, SP, Relator Desembargador Fermino Magnani Filho, julgado em 18/03/2013, DJe 21/03/2013.)

No caso supra transcrito, o Relator, visando normatizar a questão da efetiva prestação do serviço, declarando ilegal a contratação, determinou que fosse o contratado condenado a restituir aos cofres públicos o valor que excedesse àquele praticado no mercado. É claro que deve se entender por "praticado no mercado" o valor recebido por um advogado concursado no âmbito daquele município.

Por outro lado, além de todos os requisitos somados acima, entendemos ser necessário o atendimento a um outro princípio também previsto no *caput* do art. 37, da CF/88: o da eficiência.

Na hipótese do administrador público responder afirmativamente àquelas perguntas formuladas acima e decidir contratar o advogado, de forma discricionária e por subjetivismo, fatalmente, a nosso ver, todos eles, contratante, contratado e eventuais beneficiários, responderão pela prática dos atos de improbidade previstos nos artigos 9º, 10º e 11, além das sanções decorrentes de processo criminal.

Assim, na hipótese de contratação de um advogado sem notória especialização naquela determinada área, não sendo o objeto singular, não havendo confiança sob o ponto de vista objetivo, havendo advogados concursados do ente público, sendo desproporcional o valor da contratação e, por fim, além de tudo isso, não agindo com eficiência o profissional contratado, cometendo determinado erro no ajuizamento de eventual ação temerária, não há outro caminho senão a condenação de todos os envolvidos nas penas previstas na Lei nº 8.429/92, de forma dolosa, com a necessária restituição dos valores indevidamente pagos e aplicação das penalidades previstas no artigo 12 da LIA.

Analisando-se decisões de diversos Tribunais de Justiça brasileiros (TJRS<sup>11</sup>, TJSC<sup>12</sup>, TJPR<sup>13</sup>, TJMG<sup>14</sup>) notam-se vários casos de reconhecimento de improbidade administrativa na contratação de advogado com inexigibilidade de licitação.

A questão no Colendo Superior Tribunal de Justiça é divergente, pois algumas turmas vêm se posicionando no sentido e que seria possível a contratação de advogado sem licitação porque "a advocacia em si já seria uma atividade singular", conforme entendimento manifestado no REsp nº 1192332/RS:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 17 DA LIA. ART. 295, V DO CPC. ART. 178 DO CC/16. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ARTS. 13 E 25 DA LEI 8.666/93. REQUISITOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE DO SERVIÇO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR NA ESCOLHA DO MELHOR

<sup>11</sup> TJRS. Agravo de Instrumento 70056054562.2ª Câmara de Cível, Porto Alegre, RS, Relator Desembargador Almir Porto da Rocha Filho, julgado em 20/11/2013.

<sup>12</sup> TJSC. Apelação 2010.036556-7. Florianópolis, SC, Relator Desembargador Cesar Abreu, julgado em 26/03/2013.

<sup>13</sup> TJPR. Acórdão 6.1025088-1. Curitiba, PR, Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Guido Döbeli, julgado em 26/11/13, publicado em 12/12/2013.

<sup>14</sup> TJMG. Apelação Cível 1.0249.08.002163-0/001. Belo Horizonte, MG, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator Desembargador Raimundo Messias Júnior, julgado em 27/08/13, publicado em 04/09/2013.

PROFISSIONAL, DESDE QUE PRESENTE O INTERESSE PÚBLICO E INOCORRENTE O DESVIO DE PODER, AFILHADISMO OU COMPADRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Quanto à alegada violação ao 17, §§ 7o., 8o., 9o. e 10 da Lei 8.429/92, art. 295, V do CPC e art. 178, § 9o., V, b do CC/16, constata-se que tal matéria não restou debatida no acórdão recorrido, carecendo de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicáveis, assim, as Súmulas 282 e 356 do STF.

2. Em que pese a natureza de ordem pública das questões suscitadas, a Corte Especial deste Tribunal já firmou entendimento de que até mesmo as matérias de ordem pública devem estar prequestionadas. Precedentes: AgRg nos EREsp 1.253.389/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 02/05/2013; AgRg nos EAg 1.330.346/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 20/02/2013; AgRg nos EREsp 947.231/SC, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 10/05/2012.

3. Depreende-se, da leitura dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 que, para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização.

4. É impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do Advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.

5. A singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço).

6. Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.

7. Recurso Especial a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da inexistência de improbidade administrativa. (STJ. REsp 1192332/RS. Primeira Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 12/11/2013, DJe 19/12/2013)

Com o máximo respeito, qual a singularidade que existe na contratação de um advogado por um município, por exemplo, para ajuizamento de uma simples ação de cobrança?! Ainda mais se este município possui em seus quadros advogados concursados?! E, pior ainda, se esse município possui advogado concursado, especialista na área em questão, e a matéria versada na simples ação de cobrança for dessa seara?!

Ademais, *data venia*, o V. Acórdão citado, ao galgar a advocacia a uma atividade implicitamente singular, termina desprezando as demais profissões, senão todos os outros profissionais liberais. Dessa forma, a nosso ver, trata-se de perigoso precedente, cujo entendimento poderá escancarar as portas dos entes públicos para contratações que desrespeitem a regra primaz do concurso público, prevista no art. 37, II, da CF/88.

Por outro lado, há entendimentos no Colendo Superior Tribunal de Justiça pela configuração de improbidade administrativa na contratação de escritório de advocacia com inexigibilidade de licitação, se não preenchidos os requisitos legais:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇO SINGULAR PRESTADO POR PROFISSIONAIS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. HISTÓRICO

1. O Ministério Público do Estado de Goiás ajuizou Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa questionando a contratação de escritórios de advocacia sem a realização de procedimento licitatório, por meio de três contratos, cada um prorrogado duas vezes, com a sociedade "Carneiro Nogueira Advogados Associados" e com a sociedade "Luiz Silveira Advocacia Empresarial".

2. Afirma o Ministério Público que a referida contratação configura improbidade administrativa, por ofensa aos princípios da legalidade e da moralidade, uma vez que inexistente qualquer singularidade a justificar a dispensa de licitação. Em memorial apresentado pelo Estado de Goiás, consta que o contratado Luiz Silveira Advocacia Empresarial S/C já ajuizou Execução dos honorários para pleitear o pagamento de R\$ 54.000.000,00 (cinquenta e quatro milhões de reais).

3. A eminente Relatora não conheceu do Recurso Especial por entender que os elementos contidos na r. sentença e no v. acórdão hostilizado: a) não evidenciam a presença de dolo, mesmo na modalidade genérica, e b) desautorizam "concluir pela falta de singularidade do objeto e de notória especialização dos contratados, sendo inviável o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, nos termos da Súmula 7/STJ".

CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

4. Consta expressamente no acórdão hostilizado que as contratações feitas com duas diferentes sociedades de advogados tiveram os seguintes objetos: a) "a contratação se deu para prestação de serviço jurídico preciso, qual seja, 'prestações de serviços jurídicos na defesa dos direitos da CELG, como propositura de defesas administrativas perante o Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, com argumentação jurídica, fática e juntada de documentos comprobatórios, objetivando a inexigibilidade dos débitos relativos a solidariedade consubstanciada na Lei n. 8.212/91' "; e b) "o referido contrato tem como objeto a prestação de Serviços de Advocacia, para o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, nas áreas tributárias, comercial e institucional regulatória (...) que se fizessem necessárias para que fossem reconhecidos judicialmente ou administrativamente os direitos da CONTRATANTE de efetuar recuperação, através da compensação, repetição de indébito ou qualquer outro meio, em direito permitido, do que foi pago indevidamente ou em valores maiores do que o devido, ou ainda, propor ações e/ou procedimentos necessários para que fossem evitados pagamentos indevidos".

5. A decisão do órgão colegiado delineou expressamente o objeto do serviço contratado, razão pela qual, conforme será abaixo demonstrado, a solução da presente lide toma por base a valoração jurídica do Tribunal a quo, de modo que, com a devida vênia, não há necessidade de rediscutir fatos ou provas.

CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS (JURÍDICOS) E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

6. De acordo com o disposto nos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/1993, a regra é que o patrocínio ou a defesa de causas judiciais ou administrativas, que caracterizam serviço técnico profissional especializado, devem ser contratados mediante concurso, com estipulação prévia do prêmio ou remuneração. Em caráter excepcional, verificável quando a atividade for de natureza singular e o profissional ou empresa possuir notória especialização, não será exigida a licitação.

7. Como a inexigibilidade é medida de exceção, deve ser interpretada restritivamente.

AUSÊNCIA DE SINGULARIDADE DO SERVIÇO CONTRATADO

8. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem julgou improcedente o pedido com base na seguinte premissa, estritamente jurídica: nas causas de grande repercussão econômica, a simples instauração de processo administrativo em que seja apurada a especialização do profissional contratado é suficiente para justificar a inexigibilidade da licitação.

9. A violação da legislação federal decorre da diminuta (para não dizer inexistente) importância atribuída ao critério verdadeiramente essencial que deve ser utilizado

para justificar a inexigibilidade da licitação, isto é, a comprovação da singularidade do serviço a ser contratado.

10. Ora, todo e qualquer ramo do Direito, por razões didáticas, é especializado. Nos termos abstratos definidos no acórdão recorrido, qualquer escritório profissional com atuação no Direito Civil ou no Direito Internacional, por exemplo, poderia ser considerado especializado.

11. Deveria o órgão julgador, por exemplo, indicar: a) em que medida a discussão quanto à responsabilidade tributária solidária, no Direito Previdenciário, possui disciplina complexa e específica; e b) a singularidade no modo de prestação de seus serviços - apta a, concretamente, justificar com razoabilidade de que modo seria inviável a competição com outros profissionais igualmente especializados.

12. É justamente nesse ponto que se torna mais flagrante a infringência à legislação federal, pois o acórdão hostilizado não traz qualquer característica que evidencie a singularidade no serviço prestado pelas sociedades de advogados contratadas, ou seja, o que as diferencia de outros profissionais a ponto de justificar efetivamente a inexigibilidade do concurso.

13. Correto, portanto, o Parquet ao afirmar que "Há serviços que são considerados técnicos, mas constituem atividades comuns, corriqueiras, sem complexidade, ainda que concernentes à determinada área de interesse. Assim, nem todo serviço jurídico é necessariamente singular para efeito de inexigibilidade de licitação". Friso uma vez mais: não há singularidade na contratação de escritório de advocacia com a finalidade de ajuizar Ação de Repetição de Indébito Tributário, apresentar defesa judicial ou administrativa destinada a excluir a cobrança de tributos, ou, ainda, prestar de forma generalizada assessoria jurídica.

14. É pouco crível que, na própria capital do Estado de Goiás, inexistam outros escritórios igualmente especializados na atuação acima referida.

15. O STJ possui entendimento de que viola o disposto no art. 25 da Lei 8.666/1993 a contratação de advogado quando não caracterizada a singularidade na prestação do serviço e a inviabilidade da competição. Precedentes: REsp 1.210.756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 14/12/2010; REsp 436.869/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 01/02/2006, p. 477.

#### ILEGALIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL DE REMUNERAÇÃO

16. Merece destaque, ainda, a informação de que os contratos contêm cláusulas que preveem a remuneração estipulada em percentual sobre os tributos cuja cobrança a contratante Celg consiga anular ou, em outras bases, cuja restituição seja reconhecida judicialmente (disposições que verdadeiramente transformam o escritório em sócio do Erário).

17. A licitude dessa modalidade específica de remuneração requer valoração individual, pois somente a ponderação das circunstâncias de cada caso é que poderá evidenciar a afronta aos princípios da Administração.

18. Relembre-se que, conforme Memorial do Estado de Goiás, o contratado Luiz Silveira Advocacia Empresarial S/C já ajuizou Execução dos honorários para pleitear o pagamento de R\$ 54.000.000, 00 (cinquenta e quatro milhões de reais). O elevadíssimo valor em cobrança - não estou aqui a discutir se os serviços foram ou não prestados -, acrescido das ponderações acima, somente corrobora o quão prejudicial para a Administração Pública foi a contratação dos serviços sem a observância à instauração do procedimento licitatório.

#### ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

19. A conduta dos recorridos de contratar diretamente serviços técnicos sem demonstrar a singularidade do objeto contratado e a notória especialização, e com cláusula de remuneração abusiva fere o dever do administrador de agir na estrita legalidade e moralidade que norteiam a Administração Pública, amoldando-se ao ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei de Improbidade.

20. É desnecessário perquirir acerca da comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou da caracterização de prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária ao dever de legalidade, corroborada pelos sucessivos aditamentos contratuais, pois é inequívoca a obrigatoriedade de formalização de processo para justificar a contratação de serviços pela Administração Pública sem o procedimento licitatório (hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação).

21. Este Tribunal Superior já decidiu, por diversas ocasiões, ser absolutamente prescindível a constatação de dano efetivo ao patrimônio público, na sua acepção física, ou enriquecimento ilícito de quem se beneficia do ato questionado, quando a tipificação do ato considerado ímprobo recair sobre a cláusula geral do caput do artigo 11 da Lei 8.429/92.

22. Verificada a prática do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992, consubstanciado na infringência aos princípios da legalidade e da moralidade, cabe aos julgadores impor as sanções descritas na mesma Lei, sob pena de tornar impunes tais condutas e estimular práticas ímprobas na Administração Pública.

#### DISCIPLINA CONSTITUCIONAL

23. De acordo com o exposto, a contratação de escritórios profissionais de advocacia sem a demonstração concreta das hipóteses de inexigibilidade de licitação (singularidade do serviço e notória especialização do prestador), acrescida da inserção de cláusulas que transformam o prestador de serviço em sócio do Estado, negam aplicação ao art. 37, caput, e inciso XXI, da CF/1988.

#### DISPOSITIVO DO VOTO-VISTA

24. Com as homenagens devidas à eminente Relatora, sempre brilhante, conheço e dou provimento ao Recurso Especial para reconhecer a violação dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/1993 e do art. 11 da Lei 8.429/1992 e enquadrar a conduta dos recorridos em ato de improbidade por ofensa do dever de legalidade e atentado aos princípios da Administração Pública. Determino o retorno dos autos ao egrégio Tribunal de origem para que sejam fixadas as penas, assim como as verbas de sucumbência.

(STJ. REsp 1377703/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 12/03/2014)

No Supremo Tribunal Federal foi reconhecida a Repercussão Geral no AI 791811 RG, que discute a possibilidade de contratação de determinados serviços, com dispensa de licitação, ainda não decidido o tema.

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. (STF. AI 791811 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 16/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-11 PP-02340 LEXSTF v. 32, n. 382, 2010, p. 98-104)

Desta forma, inexistindo notória especialização, não sendo o objeto singular, não havendo confiança sob o ponto de vista objetivo, havendo advogados concursados do ente público, sendo desproporcional o valor da contratação e, por fim, além de tudo isso, ainda não agindo com eficiência o profissional contratado, cometendo determinado erro no ajuizamento de eventual ação temerária, é de rigor a condenação de todos os envolvidos nas penas previstas na Lei nº 8.429/92, de forma dolosa, com a necessária restituição dos valores indevidamente pagos, sem prejuízo das sanções criminais correlatas.

## 7. A quem Pertencem os Honorários de Sucumbência em Processo de Interesse da Administração Pública?

De acordo com que já foi comentado no início deste trabalho, reconhece-se como *advogado público* apenas aquele profissional que ascendeu à função através de concurso público (artigo 37, II, CF/88). Algum advogado que seja contratado por um ente público mediante outra forma que não seja o concurso não pode ser chamado de *advogado público*, mas apenas de advogado que *atua, pontualmente e ocasionalmente na área de direito público*.

Feita esta observação inicial, outro tema interessante e que culminou em vitória para os *advogados públicos*, diz respeito à destinação dos honorários de sucumbência em ações de interesse da administração pública.

O art. 85, em seu § 19, da Lei nº 13.105/15 (novo Código de Processo Civil) estatui que: “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...] § 19 Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”.

Ou seja, os advogados públicos, isto é, aqueles que estejam exercendo tal função em razão de aprovação em concurso público, passarão a poder receber honorários de sucumbência decorrentes de ações de interesse da administração pública, *nos termos da lei*.

Assim, além de tratar de *advogado público* (concurado), o legislador deixou claro que referida matéria deverá ser tratada *por lei própria*. Mas por que tal redação?

O entendimento que predomina até hoje é aquele segundo o qual deve prevalecer o disposto no artigo 4º da Lei nº 9.527/97, destinando-se os honorários de sucumbência ao ente público e não ao advogado público concursado, conforme ementa abaixo reproduzida:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. EMPRESA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. VERBA INTEGRANTE DO PATRIMÔNIO PÚBLICO DO ENTE ESTATAL. 1. Preceitua o art. 4º da Lei 9.527/97 que as "disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista". 2. Os honorários de sucumbência, quando devidos aos entes estatais, visam recompor o patrimônio público da entidade, não configurando verba individual, mas sim pública. 2. "A jurisprudência desta Corte tem apontado no sentido de que a titularidade dos honorários advocatícios de sucumbência, quando vencedora a Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, ou as empresas públicas, ou as sociedades de economia mista, não constituem direito autônomo do procurador judicial, porque integram o patrimônio público da entidade" (REsp 1.213.051/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8/2/2011). 4. Recurso especial provido. (STJ. REsp 1247909 / RS, RECURSO ESPECIAL 2011/0077961-5 Relator(a)

Com a mudança introduzida pelo novo CPC, que entrará em vigor em 2016, ao utilizar a expressão *nos termos da lei*, o legislador o fez exatamente porque há entendimento segundo o qual, caso haja lei municipal, estadual ou federal prevendo, expressamente, forma diversa de destinação da verba honorária, o referido artigo 4º da Lei nº 9.527/97 poderá ser relativizado, havendo julgados que admitem a aplicação da lei especial, mesmo que de natureza municipal.

Mas é claro - frise-se novamente -, a destinação diversa a que se referem (ou a que podem se referir referidas leis, sob pena de inconstitucionalidade), somente poderá estar ligada ao *advogado público* (concursado), não atingindo, em hipótese alguma, o advogado contratado por outra forma, principalmente no caso de dispensa ou inexigibilidade, sob pena de criar-se mais um viés de associação de interesses escusos entre políticos e advogados, salvo, naturalmente, as honrosas exceções.

Através de uma busca aleatória, pudemos verificar a existência de leis municipais (Lei Municipal nº 4.635/2011, do Município de Barretos/SP) com soluções interessantes, como, por exemplo, a previsão de destinação de 50% dos honorários de sucumbência a um determinado fundo especial (que possa cuidar, por exemplo, de melhorias físicas da Procuradoria ou até mesmo que tenha um viés social), e os 50% restantes para rateio entre os advogados concursados.

Há casos em que o magistrado negou o levantamento de verba de honorários de sucumbência e o município apressou-se em enviar lei ao Poder Legislativo, autorizando a destinação e o pagamento de tais verbas ao advogado, com efeitos retroativos há mais de dez anos, a partir de sua imediata vigência.

O magistrado declarou inconstitucional a lei, notadamente na parte que cuidou do caráter retroativo, determinando o encaminhamento dos autos ao Ministério Público, para análise de medidas relativas ao artigo 129, IV, da CF/88. (TJSP. Processo nº 0001470-77.2013.8.26.0142, Comarca de Colina/SP, Publicação 14/03/2014, Diário 4, Página 1641/1649)

A nosso ver, ocorrendo o levantamento indevido das verbas honorárias, é possível, também, que se analise a possibilidade da prática de atos de improbidade administrativa e até de possível tipificação penal da conduta, envolvendo todos aqueles que de alguma forma tenham não somente se beneficiado, mas, também, facilitado ou concorrido para a prática, em tese, ilícita verificada.

## Conclusão

Conforme demonstrado, a corrupção sempre esteve arraigada à humanidade, fazendo emergir a necessidade de se tutelar a probidade na administração pública. Este problema está ligado ao ser humano e não às instituições em si.

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 (art. 37, *caput*) evidenciou a necessidade de a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios atuarem com obediência ao princípio da moralidade, o qual é gênero, tendo como espécie a probidade administrativa.

Assim, a regra na administração pública é a ascensão ao cargo através de concurso (art. 37, II, CF/88). Os desvios praticados pelo administrador público e por aqueles que com ele atuam, podem configurar atos de improbidade administrativa, punidos nos termos da Lei nº 8.429/92.

Tais desvios do administrador público podem ser investigados por meio do Inquérito Civil, que é um procedimento administrativo instaurado pelo Ministério Público para investigação de fatos que causem danos aos interesses difusos e coletivos tutelados pelo *Parquet*, tais como, meio-ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, com o objetivo de colheita de provas para o ajuizamento de ação civil pública ou ação que tem por fundamento a lei de improbidade administrativa.

Nas ações que têm por fundamento a lei de improbidade administrativa, a prescrição e a defesa preliminar são matérias de suma importância e devem ser observadas principalmente pelo Judiciário e pelos legitimados, haja vista que se não tratadas com o cuidado necessário, podem ensejar o perecimento do direito à ação ou mesmo a nulidade por falta de oportunização para apresentação de Defesa Preliminar, ocasionando um desperdício da máquina judiciária, já tão assoberbada pelo ajuizamento excessivo de ações.

Com relação à contratação de advogado com inexigibilidade de licitação, há entendimento pacífico no sentido de que é necessária a conjugação dos requisitos da notória especialização, singularidade do objeto, confiança objetiva e razoabilidade.

Na jurisprudência, a questão não é pacífica, havendo julgados que entendem pela licitude na contratação de advogado com inexigibilidade de licitação e outros que entendem pela configuração de improbidade administrativa na contratação de escritório de advocacia (ou advogado) por inexigibilidade de licitação, se não preenchidos os requisitos legais.

No Supremo Tribunal Federal foi atribuído o reconhecimento da Repercussão Geral no AI 791811 RG, que discute a possibilidade de contratação de determinados serviços, com dispensa de licitação, ainda em tramitação.

Com o novo CPC os honorários de sucumbência poderão ser destinados aos *advogados públicos* (concurados), *nos termos da lei*, segundo o artigo 85, § 19. Já há vários diplomas locais, específicos (municipais, estaduais e federais) tratando do assunto, atribuindo a destinação de diversas formas, cuja inexistência ou lacuna enseja a aplicação da regra do artigo 4º da Lei nº 9.527/97.

### Referências:

ALTAVILA, Jaime de. *Origem dos direitos dos povos*. 5 ed. São Paulo: Ícone Editora, 1989.

Bíblia de Estudo NTLH. Barueri, 2005, Sociedade Bíblica do Brasil. Versão Nova Tradução na Linguagem de Hoje.

Bíblia Sagrada: antigo e novo testamento. Barueri, 2012, Sociedade Bíblica do Brasil. Versão Revista e Atualizada.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 55.315/SE. Primeira Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 19/02/2013, DJe 26/02/2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 79.268/MS. Segunda Turma, Brasília, DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 19/11/2013, DJe 29/11/2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1159035/MG. Segunda Turma, Brasília, DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 21/11/2013, DJe 29/11/2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1038736/MG. Segunda Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Herman Benjamim, julgado em 04/05/2010, DJe 28/04/2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1192332/RS. Primeira Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 12/11/2013, DJe 19/12/2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1290824/MG. Segunda Turma, Brasília, DF, Relator Ministra Eliana Calmon, julgado em 19/11/2013, DJe 29/11/2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RMS 28.989/RS. Primeira Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 23/03/2010, DJe 26/08/2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1247909/RS. Segunda Turma, Brasília, DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 01/10/2013, DJe 09/10/2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1377703/GO. Segunda Turma, Brasília, DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, julgado em 03/12/2013, DJe 12/03/2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 481955 ED. Primeira Turma, Brasília, DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 10/05/2011, DJe-099. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 669069 RG. Brasília, DF, Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 02/08/2013, DJe-166 Divulg 23-08-2013 Public 26-08-2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. AI 791811 RG. Brasília, DF, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado em 16/09/2010, DJe-190 Divulg 07-10-2010 Public 08-10-2010 Ement Vol-02418-11 PP-02340 LEXSTF v. 32, n. 382, 2010, p. 98. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0249.08.002163-0/001. Belo Horizonte, MG, Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível, Relator Desembargador Raimundo Messias Júnior, julgado em 27/08/13, publicado em 04/09/2013. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação 2010.036556-7. Florianópolis, SC, Relator Desembargador Cesar Abreu, julgado em 26/03/2013. Disponível em <<http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0242450-62.2009.8.26.0000. 5ª Câmara de Direito Público, São Paulo, SP, Relator Desembargador Fermino Magnani Filho, julgado em 18/03/2013, DJe 21/03/2013. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0000868-55.2011.8.26.0660. 4ª Câmara de Direito Público, São Paulo, SP, Relator Desembargador Paulo Barcello Gatti, DJ 23/02/2015. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em 02 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo 0001470-77.2013.8.26.0142. Comarca de Origem: Colina, SP, Juiz Leopoldo Vilela de Andrade da Silva Costa, Publicação 14/03/2014, Diário 4, Página 1641/1649. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Acórdão 6.1025088-1. Curitiba, PR, Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Guido Döbeli, julgado em 26/11/13, publicado em 12/12/2013. Disponível em < <http://www.tjpr.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70056054562. 2ª Câmara de Cível, Porto Alegre, RS, Relator Desembargador Almir Porto da Rocha Filho, julgado em 20/11/2013. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2015.

BUGALHO, Gustavo Russignoli. *Improbidade administrativa: comentários à lei nº 8.429*. Leme: JH Mizuno, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 795.

Campanha Impunidade, não! MP com poder de investigação! Disponível em: < <http://www.change.org/pt-BR/peti%C3%A7%C3%B5es/impunidade-n%C3%A3o-mp-com-poder-de-investiga%C3%A7%C3%A3o-n%C3%A3opec37>>. Acesso em 13 fev. 2015.

Campanha Não Aceito Corrupção. Disponível em: < <http://naoaceitocorruptao.com.br/>>. Acesso em 13 fev. 2015.

COPOLA, Gina. O particular na Lei de Improbidade Administrativa: Lei Federal nº 8.429/92, art. 3. *Fórum administrativo: direito público*, Belo Horizonte, v. 8, n. 91, set. 2008.

DELGADO, José Augusto. Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a lei de improbidade administrativa. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/9555> >. Acesso em: 14 fev. 2015.

FERNANDES, Francisco. et al. *Dicionário brasileiro globo*. 22 ed. São Paulo: Globo, 1991.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011. p. 125.

MARTINES JÚNIOR, Eduardo. República e Isonomia: licitação e sua inexigibilidade na contratação de serviços advocatícios pelo Poder Público. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/3229> >. Acesso em: 14 fev. 2015.

MARTINS, Tiago do Carmo. *Anotações à lei de improbidade administrativa*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos e em juízo*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1995.

ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n. 50, out. 2012. Disponível em: < [http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/51350/conceito\\_tipologia\\_atos\\_osorio.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/51350/conceito_tipologia_atos_osorio.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 14 fev. 2015.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

QUESTÕES PRÁTICAS SOBRE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Brasília: ESMPU, 2011. Disponível em: < [http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/questoes\\_praticas\\_miolo.pdf](http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/questoes_praticas_miolo.pdf) >. Acesso em: 16 fev. 2015.

SALDANHA, Gisela Potério Santos. *A improbidade administrativa e a vontade social*. *Revista JUS*, Belo Horizonte, v. 43, n. 26, jan./jun. 2012.

SANTOS, Lisandro. *A Fábula da Corrupção*. 2013. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=a8423f6Aw1A> >. Acesso em 10 de fevereiro de 2015.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *A ação civil pública como via de combate à improbidade administrativa*. *Paradigma*. Ribeirão Preto, v. 12, 101-112, 2002.

SPITZCOVSKY, Celso. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2009.

TÁCITO, Cáo. *Moralidade Administrativa*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 218/2, 1999.