

# IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA PROCURADORIAS JURÍDICAS<sup>1</sup>

Camila Borges Fontes<sup>2</sup>

## RESUMO

Está em trâmite no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 656558 o qual discute a necessidade ou a ausência do processo licitatório quando da contratação de profissional que preste assessoria jurídica aos municípios, como se sabe esta questão em âmbito nacional e estadual resta pacificada uma vez que a própria Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a necessidade do concurso público de provas e títulos nestes casos, do mesmo modo realiza a Constituição estadual de Goiás reafirmando a necessidade do feito na capital estadual. Todavia a dúvida paira sobre os Municípios vez que em se tratando de norma específica tal fato não lhe é encubido, por outro lado, há defensores de que através do princípio da simetria o referido ente federado deve seguir os preceitos postulados para os demais entes supracitados. Em decorrência da não unanimidade a jurisprudência pátria realiza julgados diversos que corroboram tanto uma vertente quanto a outra. Àqueles que defendem a exigibilidade da licitação o faz com base no princípio da simetria, como já foi ressaltado, o qual defende que em decorrência do mesmo os municípios devem prezar pela prática de concurso público de provas e títulos a fim de contratar seus procuradores jurídicos assim como os fazem os Estados e o Distrito Federal. Por outro lado os que defendem a discricionariedade da Administração Pública municipal admitem que ao não declarar de forma expressa a necessidade de realização de certame aceita a possibilidade do Administrador fazê-lo, não ficando os municípios obrigados. O caminho a ser trilhado na presente pesquisa terá como método de pesquisa o dedutivo (partindo da análise do aspecto regional seguindo para o espectro nacional através dos julgados dos tribunais brasileiro). Por se tratar de tema corriqueiro na sociedade jurídica o tema em questão se mostra importante para todos os operadores do direito, posto que, não sendo encontradas decisões que vinculem de fato toda a sociedade a exigibilidade ou não da licitação neste caso concreto se encontra realizada de modo discricionário. Será utilizado o método hipotético-dedutivo, a bibliográfica quantitativa e o dialético. Acredita-se que através do trânsito em julgado do Recurso Extraordinário em pauta na Corte brasileira a doutrina e a jurisprudência restará pacífica quanto a possibilidade de inexigibilidade de licitação para contratação de procuradores jurídicos.

**Palavras-chave:** Improbidade. Inexigibilidade de licitação. Procuradorias jurídicas.

## ABSTRACT

The Extraordinary Appeal 656558 is under discussion in the Federal Supreme Court, which discusses the need or absence of the bidding process when hiring a professional that provides legal advice to municipalities, as it is known this issue at the national and state level remains peaceful once That the Federal Constitution of 1988 establishes on the necessity of the public competition of tests and titles in these cases, in the same way realizes the state Constitution of Goiás reaffirming the necessity of the done in the state capital. However doubt about the municipalities is that in the case of a specific rule this fact is not covered up, on the other hand, there are supporters that through the principle of symmetry the said federated entity must follow the precepts postulated for the other entities mentioned above. As a result of non-unanimity, the jurisprudence of the country makes several judgments corroborating both aspects. Those who defend the enforceability of bidding do so on the basis of the principle of symmetry, as has already been pointed out, which argues that as a result of this, municipalities should value the public tender of evidence and titles in order to hire their legal prosecutors as well As do the States and the Federal District. On the other hand, those who defend the discretion of the Municipal Public

<sup>1</sup> Artigo apresentado como parte dos requisitos para obtenção de diploma de bacharel em Direito pela Faculdade de Jussara, sob orientação da Prof. Me. Graciele Araújo de Oliveira Caetano. E-mail: gracielecaetano@outlook.com.

<sup>2</sup> Discente do Curso de Direito da Faculdade de Jussara. Email: camila\_bfontes@hotmail.com

Administration admit that by not expressly declaring the need to hold a contest accepts the possibility of the Administrator to do so, and the municipalities are not obligated. The way to be traced in the present research will have as a method of research the deductive (starting from the analysis of the regional aspect following to the national spectrum through the Brazilian court judgments). Because it is a common theme in the legal society, the issue in question is important for all operators of the law, since, not being found decisions that actually bind the whole society the demandability or not of the bidding in this specific case is carried out by Discretionary mode. The hypothetical-deductive method, the quantitative bibliography, and the dialectical method will also be discussed. It is believed that through the res judicata of the Extraordinary Appeal under consideration in the Brazilian Court, the doctrine and jurisprudence will remain peaceful as to the possibility of unqualified bidding for contracting legal attorneys.

**Key-words:** Improbability. Inexigibility of bidding. Property for sale.

## INTRODUÇÃO

Existe no ordenamento jurídico grande discussão sobre a necessidade ou não do processo licitatório ou ainda, de concurso público, para a admissão dos cargos de procurador jurídico do poder Executivo.

Os atos de improbidade foram combatidos ao longo do tempo com medidas cautelosas, todavia com a Constituição de 1988 foi de fato realizado a solidificação dos instrumentos utilizados para o combate da improbidade administrativa. Conforme o artigo 37, parágrafo 4º o agente improbo pode sofrer sanções de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, ter seus bens indisponíveis e deve ressarcir o erário. Outra conquista significativa foi conquistada a partir da Súmula 329 do Superior Tribunal de Justiça o qual consolidou jurisprudência que concede ao Ministério Público amplos poderes através da sua condição de principal defensor dos interesses públicos e da sociedade como um todo.

Há divergência, principalmente social, quanto à necessidade de licitação ou a falta dela quando da contratação de advogados para os cargos de procuradores jurídicos de municípios. Parte defende a exigibilidade e parte a inexigibilidade, pautado principalmente nos artigos 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/93, este trabalho defende a inexigibilidade do processo licitatório, de concursos públicos e afins para a contratação de procuradores jurídicos junto à Administração, em âmbito municipal uma vez que se trata de cargo específico em sendo que o advogado possui formação e conhecimentos específicos que somados a inexistência de obrigatoriedade legal para a realização da licitação, possibilita ao administrador discricionariedade no feito fazendo jus a inexigibilidade do concurso público. O problema maior que se instaura parte do princípio de que a ausência de determinação jurídica para a exigência de licitação no caso concreto, quando tratado de municípios, dispõe de determinada margem de liberdade à administração pública.

Compreender o processo licitatório e as causas que possibilitam a inexigibilidade do mesmo, analisar os acontecimentos jurídicos pertinentes ao assunto e verificar a aplicabilidade da inexigibilidade da licitação quando da contratação dos profissionais jurídicos resta necessária. Para que seja possível o alcance de resolução da celeuma instaurada serão usados os métodos dedutivos, com pesquisas bibliográficas, elaboradas a partir de pesquisa em material previamente publicado, como livros, jornais e conteúdo online, e ainda a pesquisa sobre estudo de caso, culminando todo o projeto na cidade de Jussara, interior do estado de Goiás.

## **1. LICITAÇÃO**

Desde o ano de 1862 com o Decreto nº 2.926 o processo de licitação brasileiro tem sofrido mudanças. Mais tarde com o Decreto nº 4.536/1922 o processo tomou proporção nacional, sendo aplicado no âmbito federal. Com o advento da Carta Magna de 1988 a licitação tomou status de princípio constitucional, devendo ser, a partir de então, aplicada em todos os entes da Federação tanto na Administração direta quanto na indireta. Em 1993 foi promulgada a Lei nº 8.666 a qual foi responsável pela emolduração da licitação atual, juntamente com a Medida Provisória nº 2.026/2000 responsável por instituir o pregão como forma de licitação, formando o bloco jurídico pertinente à licitação.

Licitação é um processo administrativo em que a Administração Pública analisa e escolhe a proposta mais vantajosa que visa à celebração de um contrato que atenda ao interesse público e a coletividade, devendo sempre ser assegurado à igualdade aos participantes do certame. A fim de corroborar o referido conceito cabe trazer à pauta conceituações da doutrina brasileira.

Nesse sentido, Odete Medauar discorre:

Licitação, no ordenamento brasileiro, é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer a proposta mais vantajosa no interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado (MEDAUAR, 2004, p.113).

Neste diapasão José dos Santos Carvalho Filho conceitua licitação como:

[...] o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles que por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a

celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico (CARVALHO FILHO, 2014, p.238).

Por isto entende-se como licitação o processo administrativo e não um procedimento, pois um processo é constituído por várias fases, ou seja, possui um começo, meio e fim, conforme estipulação prévia em edital.

Quando um processo licitatório é realizado este deve sempre ser regido em observância aos princípios constitucionais elencados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, bem como aos princípios específicos constantes no artigo 3º da Lei de Licitações:

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:

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 (BRASIL, 1993).

Ao mesmo tempo em que o inciso XXI, no artigo 37 da CF/88, estabelece como regra geral a obrigatoriedade da licitação também prevê a possibilidade de que outra lei regulamentadora fixe hipóteses em que a licitação deixará de ser obrigatória.

Assim, considerando essa brecha dada pelo inciso mencionado, a Lei 8.666/93 permitiu, de forma excepcional, que a Administração Pública realize contratos diretos sem realizar o certame. Essas excepcionalidades são chamadas de dispensa e inexigibilidade de licitação e estão elencadas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93. Ressaltam-se as hipóteses de inexigibilidade de licitação conforme artigo 25 da lei supra:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

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;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (BRASIL, 1993).

A Administração Pública regularmente necessita de obras e serviços, adquire bens, faz compras, realiza concessões e permissões. Para realizar toda essa atividade administrativa a Administração deve fazer contratos com empresas e/ou pessoas. Para licitar na excepcionalidade de inexigibilidade o administrador público deve comprovar que a competição é inviável para poder realizar o contrato direto com fornecedor do objeto.

Conforme o inciso II, do artigo 25 da Lei de Licitações é possível a inexigibilidade de licitação quanto da contratação de serviços técnicos elencados no artigo 13 da mesma lei, o qual, de acordo com o inciso V disciplina que são considerados serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, ou seja, a contratação de advogado que patrocine ou defenda a Administração em causas judiciais ou administrativas.

## **2. PRINCÍPIO DA PROBIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Neste tópico serão apresentados conceitos e os componentes da probidade e da improbidade administrativa que ocorre no momento em que a administração através do agente público lhe gera enriquecimento ilícito, causando prejuízo ao erário, ou ainda, atenta contra princípios basilares da Administração Pública.

### **2.1. O Administrador público e a probidade administrativa**

Fazem parte da Administração Pública direta do Brasil a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, estes entes federados possuem personalidade jurídica própria, e contam com a ajuda de terceiros, sem os quais a atividade da Administração restaria lesionada. Os terceiros são denominados agentes públicos, que são pessoas físicas, que podem ser ou não contratadas pela Administração. Este indivíduo ao desempenhar as funções que lhe

é reservada deve fazê-la com determinada cautela, pois do mesmo modo que é possuidor de prerrogativas também lhes são incumbidos deveres e responsabilidades inerentes ao cargo.

Deste modo os agentes precisam desempenhar o seu dever de acordo com aqueles devidamente atribuídos ao cargo, função ou emprego em que se encontram, precisa ainda prezar pelos princípios elencados no art. 37 da CF/88<sup>3</sup>.

#### 2.1.1. Principais poderes-deveres do administrador público

Na esfera privada quando é dado um poder a uma pessoa o mesmo terá a faculdade de agir ou não em determinados casos. Já na esfera pública o agente público tem a obrigação de se portar conforme o que dispõe as necessidades da própria Administração juntamente com o que rege o ordenamento jurídico.

Neste sentido destaca José dos Santos Carvalho filho:

Quando um poder jurídico é conferido a alguém, pode ele ser exercitado ou não, já que se trata de mera dificuldade de agir. Essa, a regra geral. Seu fundamento está na circunstância de que o exercício ou não do poder acarreta na esfera jurídica do próprio titular. O mesmo não se passa no âmbito do direito público. Os poderes são outorgados aos agentes do Poder Público para lhes permitir atuação voltada aos interesses da coletividade. Sendo assim, deles emanam duas ordens de consequência: 1º) são eles irrenunciáveis; e 2º) devem ser obrigatoriamente exercidos pelos titulares (CARVALHO FILHO, 2014, p. 46).

O poder-dever de agir se mostra como a obrigação que o administrador tem de agir no exercício de suas atribuições, a fim de que a Administração esgote seu objetivo, o qual seja o interesse público.

Tem-se também o poder-dever de eficiência o qual impõe ao administrador a necessidade de que a sua função seja realizada da forma mais célere, com presteza e que se mostre perfeito, pois deste modo o administrador estará demonstrando uma elevação na qualidade do serviço, mas estará também ajudando a Administração a trazer maiores benefícios para o coletivo.

Neste diapasão têm-se os ensinamentos de Carvalho Filho:

O dever de eficiência dos administradores públicos reside na necessidade de tornar cada vez mais qualitativa a atividade administrativa. Perfeição, celeridade,

<sup>3</sup> 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.

coordenação, técnica, todos esses são fatores que qualificam a atividade pública e produzem maior eficiência no seu desempenho (CARVALHO FILHO, 2014, p. 68).

Tal dever busca a satisfação coletiva, ou seja, ao passo que o agente realiza seu serviço de forma correta a realização destes serviços também restará positivamente, fazendo com que a Administração alcance seus objetivos.

O poder-dever de prestar contas é aquele oriundo dos administradores junto aos bens públicos, uma vez que lidam frequentemente com bens de interesse coletivo precisam também prestar contas à população e às autoridades competentes do que realizou ou não quanto aos dinheiros, valores e bens que se encontram sob sua tutela.

No mesmo sentido define Carvalho Filho:

Como é encargo dos administradores públicos a gestão de bens e interesses da coletividade, decorre daí o natural dever, a eles cometido, de prestar contas de sua atividade. Se no âmbito privado o administrador já presta contas normalmente ao titular dos direitos, com muito maior razão há de prestá-las aquele que tem a gestão de toda a coletividade (CARVALHO FILHO, 2014, p. 67).

Por último tem-se o poder-dever de probidade. Tal instituto é considerado o principal dever imputado ao agente público. Disposto no art. 37 da CF/88, bem como no art. 4º da Lei de Improbidade Administrativa<sup>4</sup>, possui ligação direta com o princípio da moralidade, existe inclusive divergência doutrinária a respeito de qual é o gênero e qual é a espécie. Este dever preza pela execução harmônica do dever de administrar pautados sempre pelos princípios da moralidade e da honestidade.

Cabe primeiramente conceituar de forma clara e concreta o que venha a ser probidade, que, conforme o doutrinador Hely Lopes Meirelles (2000, p. 99-100) é *in verbis*: “o velho e esquecido conceito romano do *probus* e do *improbus* administrador público está presente na nossa legislação administrativa, como também na Constituição da República, que pune a improbidade na Administração com sanções políticas, administrativas e penais”.

Deste modo infere-se da doutrina de Carvalho Filho sobre o que venha a ser o dever de probidade:

O primeiro e talvez mais importante dos deveres do administrador público. Sua atuação deve, em qualquer hipótese, pautar-se pelos princípios da honestidade e moralidade, quer em face dos administrados, quer em face da própria administração. Não deve cometer favorecimento nem nepotismo, cabendo-lhe optar sempre pelo que melhor servir à Administração. O administrado probus há de escolher, por exemplo, o particular que melhores condições oferece para contratação; ou o

<sup>4</sup> BRASIL, Lei 8.429/92.

indivíduo que maior mérito tiver para exercer a função pública. Enfim, deverá ser honesto, conceito extraído do cidadão médio (CARVALHO FILHO, 2014, p. 65-66).

Têm-se também a disciplina de Cunha Junior, que aduz:

O dever de probidade decorre do princípio constitucional da moralidade administrativa. Com efeito, consoante o conteúdo jurídico desse princípio, a Administração Pública deve agir com probidade, isto é, com ética, honestidade, lealdade, decoro e boa-fé (CUNHA JUNIOR, 2015, p.71).

Resta comprovada que no que se refere ao desempenhar de suas funções, o administrador público não pode agir conforme a sua vontade, ou seja, sua vontade pessoal não pode se sobrepor ao interesse da Administração Pública.

## **2.2. Improbidade administrativa**

No tópico anterior conceitua-se o dever de probidade administrativa como a atuação do administrador público de acordo com os princípios éticos e morais. Ocorre que nem sempre os administradores atuam com boa-fé, lealdade, existem aqueles que veem na Administração Pública, um caminho mais fácil para o enriquecimento rápido ou como uma entidade que usará para beneficiar determinadas pessoas. A isto se denomina agente improbo, ou seja, um agente que comete atos ilícitos em proveito próprio ou de terceiros, nesse passo, o agente estará cometendo um ato de improbidade administrativa.

De acordo com Marino Pazzaglini Filho (2011, p.2) a improbidade administrativa é a constituição da violência ao princípio constitucional da probidade administrativa, isto é, ao dever do agente público agir sempre conforme a probidade, ou seja, ser honesto, decente e honrado, durante a gestão dos seus negócios. Em suma, a improbidade administrativa é a ofensa direta aos princípios constitucionais explícitos e também os implícitos da Administração Pública.

Doutrinadores como Dirley da Cunha Júnior e Maria Sylvia Zanella di Pietro partem da premissa que a improbidade administrativa é gênero e a moralidade administrativa é a espécie. Cunha Júnior alega que a violação da moralidade é apenas uma das hipóteses de atos de improbidade (CUNHA JUNIOR, 2015, p.590); e Di Pietro aborda que quando a improbidade é decorrente de ato ilícito as expressões improbidade e imoralidade deixam de ser sinônimas e fazem com que aquela possua um sentido mais amplo e preciso que esta,

abrangendo muito mais que a desonestidade e a imoralidade dos administradores (DI PIETRO, 2014, p.901).

Para Matheus Carvalho a noção de improbidade não deve se confundir com o de imoralidade:

[...] Todavia, a noção de improbidade não se confunde com a de imoralidade, sendo esta uma das modalidades daquela. O agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade, contudo, nem todo ato de improbidade tipificado em lei corresponde à violação ao princípio da moralidade (CARVALHO, 2016, p.952).

Em corrente diferente da supracitada Uadi Lamago Bulos (2015, p.1034) coloca a improbidade como a espécie qualificada de imoralidade, que “equivale a um reclamo contra a eficiência, a corrupção, a desonestidade, o desrespeito à coisa pública, o enriquecimento ilícito, a má-fé, que descredibilizam as instituições governamentais do Estado”.

No mesmo sentido dispõe Alexandre Mazza (2016, p.642) que define o princípio da probidade como um subprincípio dentro do entendimento mais abrangente da moralidade.

Levando em consideração todos os entendimentos supracitados, a improbidade administrativa será tratada como gênero e a moralidade como espécie. Assim, considerar-se-á que esta é somente um dos tipos de atos ilícitos que a Lei de Improbidade Administrativa punirá o administrador ímprobo.

Tem-se, então como improbidade administrativa a ação ou omissão dos administradores públicos, estando em pleno exercício ou não, que culminem no seu enriquecimento ilícito, na lesão ao erário ou ainda que venha a violar os princípios da Administração Pública.

### **3. A INEXIGIBILIDADE DE CONCURSOS DE PROVAS E TÍTULOS PARA OS CARGOS DE PROCURADOR JURÍDICO NAS JURISPRUDÊNCIAS BRASILEIRAS**

De acordo com a Lei nº 8.666/93 em seu art. 25, conforme citado anteriormente, é inexigível a licitação quando se tratar de contratação de serviços técnicos e de natureza singular cujo profissional ou empresa seja dotada de notória especialização.

Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. SOCIEDADE DE  
ADVOGADOS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE  
ADVOCACIA. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. NULIDADE. PARECER.

2. Não pratica ato de improbidade administrativa o Prefeito que celebra, ao arrepio da Lei nº 8.666 /93, contrato de prestação de serviços de advocacia sem licitação precedido de parecer da Procuradoria Geral do Município pela legalidade da contratação por se tratar de hipótese de inexigibilidade de licitação. (Apelação Cível Nº 70064476526, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 28/05/2015).

No mesmo diapasão decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE ADVOGADO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

2. Aplicação de precedente da Turma (AGTR114056-RN, Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães) segundo o qual a contratação direta de advogado pela Administração é correta, sendo relevante a análise do objeto contratado, da mesma forma que não se pode afirmar que toda contratação deve ser precedida de licitação. 3. A singularidade da matéria objeto do contrato - posto que nem mesmo afeta a todos os municípios - justifica a contratação de advogado por inexigibilidade, já que demanda especialização do profissional, tendo, inclusive, sido determinada a realização de perícia por engenheiro com especialização na matéria, indispensável à solução da controvérsia. 4. Dessa forma, somando-se o quanto afirmado até agora ao entendimento do STF de que a prestação de serviço de advocacia envolve uma relação pessoal e de confiança, na qual são estimados os atributos pessoais, profissionais e morais do contratado, não há mais como enfrentar, em decisão judicial, o aspecto da oportunidade e conveniência da contratação, sem invadir o âmbito da discricionariedade do administrador, em outras palavras, o mérito do ato administrativo. (Apelação Cível AC 18213120104058401, Quarta Turma, Tribunal Regional Federal 5ª Região, Relator: Desembargador Federal Manuel Maia, 2013).

Neste sentido conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça o Município pode contratar de forma direta, ou seja, sem licitação ou concurso público, a sua assessoria jurídica, vez que o advogado é considerado profissional especializado e o cargo em questão leva em consideração a confiança no profissional e a natureza do serviço.

CRIME. NECESSIDADE. LICITAÇÃO. ADVOGADO.

O advogado firmou contrato com a prefeitura para o patrocínio de causa referente à revisão contratual de confissão de dívida de vultoso valor junto à União, ação em que obteve pleno sucesso, revertendo o débito em crédito. Agora se viu denunciado pelo Ministério Público pela prática dos atos tipificados no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 c/c art. 29 do CP, pela falta de licitação em sua contratação. Sucede que há precedentes deste Superior Tribunal no sentido de que, ao se tratar de contrato em que se leva em conta a confiança e a natureza do serviço, bem como aferido que, da conduta do contratado, não se pode extrair qualquer consequência patrimonial (resultado danoso) ao órgão público, tal qual o caso, é justificada a inexigibilidade de licitação, pois o escopo da norma retrocitada é o de proteger o patrimônio público. Com esse entendimento, a Turma concedeu a ordem de habeas corpus, porém o Min. Hamilton Carvalhido manteve as ressalvas quanto à tese. Precedentes citados: RHC 16.318-SP, DJ 29/5/2006; APn 261-PB, DJ 5/12/2005, e HC 40.762-PR. HC 52.942-PR, (Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 19/9/2006).

Assim como na doutrina a jurisprudência não se mostra pacificada, embora esteja trilhando cominhos para tal feito, uma vez que há decisões como as acima citadas. Encontrase em discussão do Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 656558, autuado em 08 de setembro de 2011 tratando exatamente da matéria postulada neste título, sendo inclusive, matéria de repercussão geral. O Relator Ministro Dias Toffoli em Decisão Monocrática publicada no dia 04 de maio de 2017 colocou os autos a disposição para julgamento, fato que enseja grande expectativa ao direito, vez que poderá pacificar a discussão existente a cerca da necessidade ou não de licitação quando da contratação de advogados pela Administração municipal.

### **3.1. Inexigibilidade de licitação para procuradorias jurídicas: caso da prefeitura de Jussara**

Como é sabida uma das funções no Ministério Público é a proteção do patrimônio público e social, e a fim de defender e proteger os interesses sociais pode promover, a depender do caso concreto, o inquérito civil e a ação civil pública. Neste sentido o Ministério Público do Estado de Goiás instaurou o Inquérito Civil nº 03/2008 que possuía intuito de verificar a legalidade na execução dos serviços técnicos de direito, ou seja, os serviços de assessoria e representação jurídica, na cidade de Jussara, bem como instituir a obrigatoriedade de processos rigorosos para tal contratação.

De acordo com o Ministério Público a prática de contratação de procuradores jurídicos para o município sem a realização de processo seletivo ou concurso público gera onerosas despesas aos cofres municipais, ou seja, causando lesão ao patrimônio público. Defende-se ainda que tal medida deva ser realizada em respeito ao princípio da simetria, ainda que as leis municipais ou estaduais não obriguem a realização de concurso público em municípios é defendida em respeito à Carta Magna vez que a mesma trata em seu Título IV – Da Organização dos Poderes, da advocacia pública. De acordo com o art. 132 da Constituição Federal é obrigatória a realização de concurso para os Estados e o Distrito Federal:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso de provas e de títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas (BRASIL, 1988).

Partindo principalmente do dispositivo acima referido o Ministério Público, no caso concreto, defende o princípio da simetria, onde os municípios devem seguir as mesmas determinações realizadas aos Estados e ao Distrito Federal. No mesmo sentido a Constituição do Estado de Goiás basicamente repete o texto do artigo 132 da Carta Maior, estabelecendo tal determinação de modo expresso aos procuradores estaduais.

Para Dirley da Cunha Junior (2010) os municípios também devem ser englobados a partir do princípio da simetria uma vez que a advocacia pública é o órgão responsável pela representação estatal, seja ela judicial ou extrajudicial, devendo prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo e Legislativo, sendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios responsáveis.

Por outro lado o polo passivo representado neste caso específico pelo Município de Jussara, através da pessoa do Prefeito Municipal, e da Câmara Municipal, representado por sua vez pelo seu presidente, defende que por não haver determinação expressa em qualquer dispositivo legal para tal feito os mesmos não são obrigados a praticá-lo.

Em sentença da Ação Civil Pública oriunda do Inquérito supracitado, constantes dos autos de nº 201201330640, houve a condenação do Município e da Câmara Municipal pelo juiz de direito Joviano Carneiro Neto, *in verbis*:

- a) A obrigação de fazer, consistente em promover a organização da carreira de Procuradoria Jurídica do Município, editando a respectiva lei, em conformidade com a Constituição da Republica, no prazo de 120 dias;
- b) A obrigação de fazer consistente em realizar concurso público para ingresso na carreira da Procuradoria Jurídica do Município, publicando o respectivo edital, no prazo máximo de 180 dias após a promulgação da lei especificado no item “a”;
- c) A obrigação de não fazer, consistente na proibição de contratação de advogado ou empresa ou mesmo nomeação para cargo comissionado, exceto para chefia da correspondente unidade da estrutura organizacional (procuradoria ou departamento jurídico), para a realização de serviços afetos à Procuradoria do Município, após a posse dos aprovados no concurso para a procuradoria jurídica do município (TJGO, Autos: 201201330640, fls.433, Juiz de Direito da Comarca de Jussara Joviano Carneiro Neto, 24/09/2014).

Após os devidos recursos do Município e da Câmara Municipal, a desembargadora Elizabeth Maria da Silva em 13 de julho de 2015, determinou a reforma da sentença negando os pedidos da petição inicial, impetrada pelo Ministério Público. De acordo com a desembargadora a realização de concurso público é uma questão intrínseca ao mérito administrativo, não devendo ser imposta pelo Poder Judiciário.

## CONCLUSÃO

O agente improbo é aquele que mesmo sabendo das suas obrigações legais pratica ou deixa de praticar ato conforme os preceitos. Por isto ao se tratar da contratação de advogados se entende que a não realização de concurso público iria contra a lei de licitação bem como as Constituições tanto a Federal quanto a Estadual.

Ao longo dos julgados se viu confirmada a não obrigatoriedade aos casos considerados ímprobos respaldados na Constituição Federal e na Estadual visto que apenas é tratado em âmbito federal e estadual. Quanto aos preceitos com fulcro na lei de licitações ainda resta grande divergência, vez que parte da doutrina entende se tratar de atividade especial e, portanto ser passível da inexigibilidade de licitação, enquanto outros doutrinadores defendem que para tal feito é necessário a comprovação de notório saber e especialidade que não reste dúvidas quanto à impossibilidade de concorrência para a contratação.

Ante todo o exposto verifica-se a possibilidade da inexigibilidade de licitação através da realização de concursos públicos de provas e títulos para os cargos de procuradores jurídicos em âmbito municipal. A lei de licitações traz as possibilidades da ausência de licitação fato que inclui os serviços jurídicos, conforme parte da doutrina e jurisprudência pátria.

Acredita-se que com o julgamento do Recurso Extraordinário em trâmite no Supremo Tribunal Federal o entendimento será pacificado uma vez que tal órgão do Poder Judiciário é a Corte Maior do país, possibilitando inclusive a aplicação de tal decisão no caso concreto de Jussara-GO.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BORGES, Alice Gonzáles. **Normas gerais de licitação e contratos administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1991.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal 8.429 de 2 de junho de 1992.** 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm)>. Acesso em: 07 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal 12.846 de 1 de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 16 mar. 2017.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional.** 9ª ed. Ed: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo.** 3ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 30.ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito administrativo.** 27.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** Editora: Juspodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional.** Editora: Juspodivm, 2015.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** - 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação.** 5. ed. Brasília jurídica, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade Administrativa:** comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson. **Repreensão à Corrupção no Brasil:** entre realidade e utopia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa:** o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92. 3 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

\_\_\_\_\_. **Licitação e contrato administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: Legislação e jurisprudência atualizadas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.