

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

ARTHUR DE SOUSA RAMOS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIOS
DE ADVOCACIA PELO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL:** Questões controvertidas
e uma interpretação conforme a Constituição

São Luís

2016

ARTHUR DE SOUSA RAMOS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIOS
DE ADVOCACIA PELO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL: Questões controvertidas
e uma interpretação conforme a Constituição**

Monografia apresentado ao Departamento de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como requisito
básico para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai

São Luís

2016

ARTHUR DE SOUSA RAMOS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIOS
DE ADVOCACIA PELO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL: Questões controvertidas
e uma interpretação conforme a Constituição**

Monografia apresentado ao Departamento de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como requisito
básico para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai

Doutor em Direito

Orientador

1º Examinador (a)

2º Examinador (a)

Dedico esta monografia a minha família por todo o suporte durante esses anos.

Aos meus amigos por dividirem comigo não só os momentos de alegria, bem como os mais difíceis.

Ao Professor Chai pela disposição em ajudar, pela motivação e amizade durante esses anos.

Enfim, a todos que de alguma forma tornaram este caminho mais fácil de ser percorrido.

AGRADECIMENTOS

Este momento é separado para agradecer àqueles que me acompanham e me ajudam na minha caminhada, e me ajudaram, de algum modo, a alcançar este objetivo.

Acima de tudo, à Deus, por me permitir ter tudo o que tenho ao meu redor, e sempre me guiar nas escolhas de acordo com sua vontade.

Minha mãe e meu irmão, por estarem comigo sempre, como se fôssemos um, e por me darem a criação e determinação que me trouxeram até aqui.

Ao meu pai, por ser o maior de todos os meus professores do Direito, e um exemplo de profissional que luta pela busca da Verdade e Justiça.

Aos meus amigos, que compartilham os momentos de felicidade, em especial Amanda Costa, Isabela Salgado, Camus Soares, Gabriel Lima, Ilanna Soeiro, Anna Tereza, Carla Medeiros e Lais França que me auxiliaram muito e fizeram diversas críticas construtivas.

Todos os professores que contribuíram para minha formação educacional, em especial meu orientador Cássius Guimarães Chai, que acima de tudo é um grande amigo.

RESUMO

Estudo acerca da inconstitucionalidade da contratação direta de escritórios de advocacia pelo poder executivo municipal. Trata-se de um estudo exploratório de caráter analítico-descritivo, com metodologia qualitativa, em que se prioriza a revisão de literatura. Nesta perspectiva, objetiva refletir sobre a compatibilidade das carreiras da advocacia pública com o exercício da advocacia privada. Analisa as mudanças acarretadas pelo Estado Democrático de Direito e reflete sobre os conceitos de supremacia do interesse público e ato administrativo discricionário. Mostra as atividades típicas dos procuradores municipais e a discussão em torno da autonomia e da regulamentação, à nível constitucional, da carreira. Confronta julgados referentes à hipótese de inexigibilidade de licitação listada no art. 25, II da Lei de Licitações e Contratos a fim de clarear os requisitos existentes e construir novos possíveis critérios objetivos para o instituto.

Palavras-chave: Ato Administrativo. Advocacia Pública. Inexigibilidade de Licitação. Singularidade do objeto. Notória Especialização.

ABSTRACT

Study on the unconstitutionality of the direct hiring of law firms by the municipal executive. This is an exploratory study of analytical and descriptive, qualitative methodology, in which prioritizes the literature review. In this regard, objectively reflect on the compatibility of the careers of public law with the practice of private law. Analyzes the changes brought about by the democratic rule of law and supremacy reflects on the concepts of public interest and discretionary administrative act. It shows the typical activities of municipal prosecutors and the discussion of autonomy and regulation, at the constitutional level, of the career. Confront judged referring to the possibility of bidding unenforceability listed in art. 25, II of Bids and Contracts Act in order to clarify existing requirements and build new possible objective criteria for the institute.

Keywords: Administrative Act. Public advocacy. Exemption from Tender. Uniqueness of the object. Notorious Specialization.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. O REDIMENSIONAMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: a releitura da noção de legitimidade dos atos discricionários a partir dos novos paradigmas contemporâneos.....	13
2.1. OS NOVOS MARCOS TEÓRICOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	14
2.2. UMA RELEITURA DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	15
2.2.1. Supremacia do interesse público.....	16
2.2.2. A nova ótica da Administração: a legitimidade através da efetiva participação.....	19
2.3. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA VINCULADA AOS PRINCÍPIOS.....	20
2.3.1. Atos discricionários x atos vinculados.....	22
2.3.2. O dever discricionário.....	23
2.3.3. A Administração sob a ótica do administrado como fundamento de legitimidade.....	25
3. A PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA DA ADVOCACIA PÚBLICA.....	27
3.1. PREVISÃO LEGISLATIVA.....	28
3.2. A FUNÇÃO DE PROCURADOR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	30
3.2.1. A atividade consultiva.....	30
3.2.2. A atividade contenciosa.....	32
3.2.3. Advocacia pública preventiva: a necessária defesa do interesse público.....	33
3.3. O PROBLEMA DA ATRIBUIÇÃO DE ATIVIDADES TÍPICAS DA ADVOCACIA PÚBLICA SEREM EXERCIDAS POR PESSOAS ESTRANHAS AOS SEUS QUADROS.....	35
3.3.1. A defesa da Administração por escritórios de advocacia.....	35
3.3.2. A influência política exercida pelos gestores e a falta de autonomia dos escritórios contratados.....	37
3.4. A ESTRUTURAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL COMO PRESSUPOSTO NECESSÁRIO À REALIZAÇÃO DO CONTROLE INTERNO DA JURIDICIDADE DAS POSTURAS ADMINISTRATIVAS.....	38

4. A CONSTRUÇÃO DE NOVOS LIMITES OBJETIVOS AO ART. 25, II, DA LEI 8.666/93.....	41
4.1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SETOR PRIVADO.....	42
4.2. A LICITAÇÃO E SUAS FINALIDADES.....	43
4.3. CONTRATAÇÃO DIRETA.....	45
4.3.1. Inexigibilidade de licitação.....	45
4.3.2. Serviços técnicos a serem prestados por profissionais de notória especialização.....	47
4.4. A DESCONEXÃO ENTRE A INEXIGIBILIDADE DO ARTIGO 25, II E A ADVOCACIA PRIVADA.....	48
4.4.1. O rol do art. 13 e a notória especialização do profissional.....	50
4.4.2. A singularidade do serviço de patrocínio de causas judiciais ou administrativas.....	52
4.5. O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA.....	54
4.6. A NECESSÁRIA REALIZAÇÃO DE CONCURSOS PÚBLICOS.....	57
5. CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública, com a finalidade de realizar o interesse público, muitas vezes sente necessidade de convencionar com o particular para equipar-se com instrumentos que oferecem suporte ao exercício dos afazeres públicos. Nessa conjuntura, para que seja garantida a observância dos princípios constitucionais que regem o Poder Público e a seleção da proposta mais vantajosa, realiza-se o certame licitatório.

A despeito da realização da licitação ser regra, em algumas situações, o legislador admitiu a contratação direta, devidamente motivada. Ocorre que, na hipótese de inexigibilidade de licitação, o único pressuposto é a inviabilidade de competição. O Poder Legislativo, por sua vez, teve o cuidado de estabelecer um rol exemplificativo de circunstâncias em que se presume a inviabilidade de competição. Dentre elas, destaca-se a contratação de serviços técnicos, enumerados no art. 13 da Lei nº 8.666/93, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

Percebe-se que essa hipótese de inexigibilidade de licitação, especificamente, é regulada exclusivamente por conceitos indeterminados, quais sejam, objeto de natureza singular e profissionais ou empresas de notória especialização. Em tal contexto, os requisitos da contratação direta por inexigibilidade de licitação merecem ser repensados à luz do Estado Democrático de Direito e da necessária observância dos princípios constitucionais vinculadores da atuação do administrador público.

O posicionamento que prevalece hoje e a maneira com que a matéria foi regulada dão ao gestor um enorme grau de subjetividade para a escolha do profissional a ser contratado para o patrocínio de causas que envolvem o Poder Público Municipal. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que, vencidos os demais requisitos, restaria o critério de confiança pessoal do gestor para a escolha, gerados privilégios desproporcionais ao escritório de advocacia contratado.

Tentou-se mostrar que, diante da influência exercida pelo direito constitucional no Direito Administrativo, o conceito de ato administrativo discricionário deve ser repensado. Este passa a vincular-se aos princípios do ordenamento jurídico e deixa de ser visto como uma autorização em branco para que o administrador, dentre as várias hipóteses abstratamente abrangidas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto.

Ausente a referida vinculação, a discricionariedade pode ser comparada à arbitrariedade do administrador público. Aquela, na realidade, deve ser vista como um

conceito determinável que, diante de dada situação concreta e das especificidades de sua aplicação, exige uma única e determinada postura ou ação jurídica e constitucionalmente vinculada da Administração, para cada caso.

Esta aplicação, ainda, é limitada pelos princípios da finalidade, da razoabilidade, da lealdade e da boa fé. O administrador é obrigado a adotar a conduta capaz de satisfazer perfeitamente a finalidade legal. A decisão, todavia, só será legítima caso garanta a participação popular e, mesmo que discricionária, apresente a devida motivação.

Da mesma forma, o papel das procuradorias, principalmente, no âmbito municipal foi ampliado a ponto de ser o principal meio de controle interno da juridicidade dos atos administrativos, devendo essa atividade ser exercida por procuradores detentores de cargos efetivos e blindados contra as influências políticas por parte dos gestores.

Nesse cenário, os procuradores têm por objetivo corrigir e prevenir os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo, aperfeiçoando-o com vistas a realizar o interesse geral. Da mesma forma a atividade exercida, a partir de uma análise crítica dos atos da Administração, enseja a reparação a direitos ou interesses individuais que possam ter sido denegados ou preteridos em consequência do erro ou omissão na aplicação da lei.

Disso decorrem ganhos por parte da Administração e do coletivo. A primeira adquire cada vez mais legitimidade por efetivamente realizar o interesse público e o segundo passa a ter maior previsibilidade jurídica das condutas do ente estatal, assim como, diante do trabalho diligente dos procuradores no controle do agir administrativo, passa a litigar menos com o Poder Público.

Ocorre que muitas vezes as atividades típicas dos procuradores vão de encontro aos interesses dos gestores. É necessário o fortalecimento e estruturação das procuradorias para que se tornem entidades autônomas. Longe de serem apenas responsáveis por uma advocacia de governo, devem exercer uma legítima advocacia de Estado, instrumentalizadas à defesa do interesse público.

Nesse contexto, a discussão gira em torno da aprovação da PEC 17/2012, que visa estender aos Municípios a obrigatoriedade de organizar a carreira de procurador. Analisam-se os impactos que a referida imposição poderá causar, principalmente, de natureza financeira para o orçamento desses entes federativos que se mostram inseguros diante de uma norma abstrata que não leva em consideração as peculiaridades locais de cada município.

Com efeito, inúmeros órgãos e entidades se mostram a favor da PEC e o debate cresce fervorosamente. A omissão do constituinte quanto às procuradorias municipais faz com que seja possível conferir a escritórios de advocacia e servidores comissionados o exercício da

função típica de advocacia pública. Todavia, a despeito do vácuo legislativo, a doutrina moderna vem defendendo que cabe aos municípios cuidar para que os profissionais que desempenham a atividade de controle estejam imunes às represálias dos gestores, fato este que se mostra praticamente impossível quando as funções típicas de procuradores do município são exercidas por servidores não estáveis.

Num outro plano, quanto aos critérios utilizados para a contratação de escritórios ou profissionais pela inexigibilidade de licitação, é fundamental a construção de novos limites objetivos. Os critérios taxados pela lei mostram-se insuficientes e geram insegurança jurídica por se tratarem exclusivamente de conceitos indeterminados.

Deve ser analisado o contexto histórico para que se identifique a verdadeira intenção do legislador com a eleição dos requisitos, ou seja, verificar quais situações este pretendia elencar. Da mesma forma, tratar os requisitos abrangidos pela Lei 8.666/93 à luz da jurisprudência para que a análise dos critérios se torne cada vez mais objetiva, facilitando a sua aplicação tanto para o Poder Judiciário, quanto para o Poder Executivo.

Ainda, tratar-se-á a inexigibilidade de licitação como um verdadeiro ato discricionário, melhor dizendo, um ato que deve se adequar à finalidade da norma. Eliminando-se, então, a ampla carga de subjetividade conferida ao Administrador quando da sua edição e vinculando-o, cada vez mais, aos princípios gerais do direito.

É imperioso destacar, também, a fragilidade da adequação entre as hipóteses do art. 25, II da Lei de Licitações e Contratos e a advocacia privada. Embora a soma de alguns fatores possa, eventualmente, acarretar a impossibilidade de licitação, no que concerne à contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, o pressuposto de inviabilidade de competição resta enfraquecido face à expansão do ensino jurídico e a do acesso aos cursos especializados.

Progressivamente, a exceção vem deixando de ser usada como se regra fosse e sendo regulada de maneira mais rígida pelos ditames da jurisprudência. Os tribunais, longe de utilizar exclusivamente os critérios elencados pela lei, vêm analisando a situação fática de cada caso concreto para a correta aplicação do direito. No âmbito do STF, sobretudo, está em pauta o RE 656.558. Espera-se que, finalizado esse julgamento, a Corte Suprema estabeleça qual a correta interpretação do dispositivo à luz da Constituição de 1988 e defina quais requisitos devem ser utilizados, quando da sua aplicação.

Por fim, mostrar-se-ão os problemas práticos quanto à conformação do procedimento licitatório a ser adotado nessas situações. A Administração Pública deve optar, preferencialmente, pela execução direta dos serviços advocatícios. É relevante a manutenção

de quadro próprio de advogados, que desempenhe atuação permanente e contínua, em favor do Poder Público.

Assim, a seleção mediante concurso público mostra-se o meio mais eficaz de garantir a autonomia das procuradorias, bem como permite a escolha dos mais capacitados. Além de garantir a segurança jurídica, efetiva os princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade, que devem nortear a conduta dos gestores públicos.

2 O REDIMENSIONAMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: a releitura da noção de legitimidade dos atos discricionários a partir dos novos paradigmas contemporâneos

No bojo do Estado Democrático de Direito, o Estado se mostra como fermentador do bolo democrático. Nesse contexto, cresce na noção de cidadania o dever e a necessidade de participação efetiva dos verdadeiros detentores do poder na administração da vida pública e na tomada de decisões desta. Assim, a questão do público e do privado torna-se central e, conseqüentemente, o primeiro deixa de ser visto como exclusivamente estatal e o segundo como egoísmo.

O conjunto de mudanças que incluem a força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional fizeram com que aquilo que era tido como discricionário ao aplicador do direito fosse de tal sorte considerado arbítrio. Essas mesmas mudanças provocaram, ainda, no Direito Administrativo a chamada constitucionalização. Esta trouxe à tona a figura do administrado e sobrelevou seus interesses de maneira que vários institutos daquele ramo das ciências jurídicas viessem a serem adaptados a eles.

Tomando por assento esse processo de constitucionalização da administração pública, ocorre o que Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹ chama de mudança de uma administração imperial para uma administração cidadã. Com esta se pretende resgatar, com certo atraso, as duas aspirações liberais, por tanto tempo contidas – a impessoalidade e a eficiência.

Em primeiro lugar, a noção clássica de um interesse público sempre sobreposto ao interesse particular vem se apagando e sendo modificada. Hoje, a doutrina administrativista vem entendendo que até mesmo os conceitos indeterminados devem ser interpretados sistematicamente com os princípios ordenadores do sistema jurídico. Desta feita, o interesse público deixa de se confundir com o interesse do administrador ou do erário e torna-se o resultado de uma ponderação dos interesses em jogo, de modo a aperfeiçoá-los o máximo possível.

A ideia de discricionariedade, que nasceu como um atributo de poder real absoluto, ou seja, um espaço decisório externo ao Direito, encontra-se em processo de

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 142.

redefinição. Aquela não pode mais ser vista como um amplo espaço de subjetividade disposta, sem limitações, ao administrador. Isto porque a abertura das decisões políticas e administrativas à vontade absoluta do administrador lesa o interesse coletivo sob pena de se tornar um puro exercício do arbítrio estatal.

Cresce também, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a necessidade dos atos administrativos discricionários serem alvo de controle por parte tanto do Judiciário quanto dos cidadãos. Tal medida obsta o exercício arbitrário do poder e tem dois pilares principais: (a) a efetiva participação popular; e (b) a fundamentação de todos os atos editados, devendo estes se submeter ao crivo popular e podendo, até mesmo, ser rejeitados ou revistos.

2.1 OS NOVOS MARCOS TEÓRICOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O Direito Administrativo surgiu na Revolução Francesa num movimento em que os administrados, insatisfeitos com o governo dos homens, buscam a limitação do poder do Estado e a proteção dos cidadãos. Para tanto, consagram-se os ideais liberais revolucionários da burguesia, dentre eles: a separação de poderes, a legalidade e a proteção e realização dos direitos fundamentais.

A Revolução Francesa, porém, não rompeu completamente com o antigo regime que vigorava. A despeito de considerar a continuidade de alguns institutos, Odete Medauar sintetiza as inovações trazidas pela revolução, destacando: (a) o surgimento de preceitos obrigatórios para as autoridades administrativas, limitativos, em grande medida, do poder; (b) o reconhecimento de direitos dos particulares perante a Administração Pública, acompanhados dos respectivos remédios jurisdicionais; (c) a profunda elaboração doutrinária específica; e (d) a importância da jurisprudência administrativa que vinculava a Administração e norteava a produção de institutos jurídicos.²

O Estado, regido pelo Direito Administrativo, passa por diversas mutações influenciadas pelo contexto histórico. A evolução do Estado influencia a Administração de modo a mensurar a intervenção daquele nas relações econômicas e sociais, tanto entre o Estado e os administrados, quanto estes entre si.

A necessidade de desburocratização da Administração Pública, ainda, traz consigo a redefinição das atividades administrativas que devem ser prestadas diretamente pelo Estado

² MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 22-23.

e das demais atividades que podem ser prestadas por particulares, com o intuito de agilizar a atuação estatal e torná-la eficiente.

Vale lembrar que a substituição da Administração Pública burocrática pelo modelo gerencial, marcada pela descentralização de atividades e avaliação de desempenho, não significa um simples retorno ao Estado Liberal. Isso porque o Estado não abdica da intervenção na área econômico, apenas utiliza uma nova técnica para tanto.³

Ao lado do novo paradigma estatal, na segunda metade do século XX, desenvolveu-se na Europa, e, no Brasil, após a Constituição de 1988, o novo Direito Constitucional ou neoconstitucionalismo. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Esse novo paradigma do Estado Constitucional promove uma reaproximação entre o Direito e a Ética num esforço de superação do legalismo estrito que não recorre às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Assim, as ideias de direitos fundamentais e democracia são difundidas amplamente e, na opinião de Gustavo Binbenojm, toda a discussão sobre “o que é, para que serve e qual origem da autoridade do Estado e do direito” converge para as relações entre as teorias daqueles institutos.⁴

2.2 UMA RELEITURA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Nessa perspectiva, o reconhecimento da normatividade da Constituição e de sua superioridade hierárquica exige a adequação de todo o ordenamento jurídico ao texto constitucional. Em corroboração a esse pensamento, o Direito Administrativo, assim como os outros ramos da ciência do Direito, passa por profundas mutações geradas pela evolução da sociedade e do Estado.

Como bem afirma Rafael Carvalho Rezende⁵, a constitucionalização do Direito Administrativo:

³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 5.

⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 49.

⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 107.

“exige que a Administração Pública efetive, ao máximo, a Constituição da República. Para tanto, a Administração, não raras vezes, deverá conciliar e ponderar os diversos interesses privados e públicos em jogo a fim de atender, com maior eficiência, à vontade constitucional.”

À luz do Estado Democrático de Direito, as novas mudanças da matéria são especialmente no que toca à interpretação e aplicação das normas jurídicas. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶ lista as principais alterações: (a) o alargamento do princípio da legalidade; (b) o fortalecimento da democracia participativa; (c) processualização do direito administrativo; (d) pressão no sentido da ampliação da discricionariedade administrativa; (e) crise na noção de serviço público; (f) movimento de agencificação; (g) aplicação do princípio da subsidiariedade; (h) tentativa de instauração da administração pública gerencial; (i) reação contra o princípio da supremacia do interesse público; e (j) tentativa de fuga do direito administrativo.

Na mesma linha, Diogo Figueiredo Moreira Neto afirma ser o novo objetivo do aparato estatal a atualização da atividade de administração pública, com a finalidade de levá-la à eficiência de desempenho, sem incorrer em deficiência de juridicidade. E, para alcançar a conjugação desses patamares, o autor lista as principais características do Direito Administrativo que representam um atraso, dentre elas: (a) a imperatividade sem limites, à *outrance*; (b) a intangibilidade de atos políticos da Administração Pública; (c) a insindicabilidade da discricionariedade administrativa; (d) a exclusão do administrado das decisões, inclusive por deficiências processuais; e (e) a persistência mítica dos conceitos de razões de Estado e de supremacia do interesse público.⁷

Como meios de superação a esses pontos considerados críticos, o mesmo autor traz cinco posicionamentos necessários, a saber: (a) a introdução da consensualidade sempre que possível; (b) a submissão ao controle de qualquer ato da Administração Pública; (c) os controles de realidade e de razoabilidade do ato discricionário; (d) as garantias de crescente participação do administrado; e (e) a afirmação da supremacia dos direitos fundamentais, notadamente do megaprincípio da dignidade da pessoa humana.⁸

2.2.1 Supremacia do interesse público

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27 – 40.

⁷ NETO, Diogo Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Administrativo**: novas considerações (avaliação e controle das transformações). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitdoestado.com.br>>. Acesso em: 22 jan 2016.

⁸ NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Op. Cit.

A doutrina e a jurisprudência brasileira, majoritariamente, sustentam a existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, implícito no texto constitucional. Dentre essa vasta gama de doutrinadores, destaca-se Celso Antônio Bandeira de Mello.

Para o autor⁹, a noção de interesse público é apresentada como uma projeção de interesses individuais e privados em um plano coletivo, ou seja, um interesse comum a todos os indivíduos, e que representa o ideal de bem-estar e segurança almejado pelo grupo social. Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e garantia deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰, em sintonia com a postura de Celso Antônio, assinala que, mesmo diante de uma relativização desse princípio trazida pelos novos tempos, há determinados axiomas que não podem ser ignorados. Dentre eles, ressalta a função específica das normas de direito público, qual seja, “atender os interesses públicos, o bem-estar coletivo”. Nesse diapasão, menciona o interesse particular como mero interesse reflexo, quando em análise no contexto de normas de direito público. No mesmo sentido, encontram-se as disposições de Fábio Medina Osório¹¹ e Hely Lopes Meirelles¹².

Caminhando rumo à doutrina moderna, Luis Roberto Barroso¹³ apresenta uma visão intermediária do problema. Se, de um lado, não descarta inteiramente a utilidade da ideia de supremacia do interesse público, de outro lado, procede a uma ampla revisão de seus pressupostos teóricos, o que resulta numa versão fraca do princípio. Para Barroso, o interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem estar social. Já o interesse público secundário é caracterizado como o interesse da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 60 – 62.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 65 – 68.

¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?**. Revista de Direito Administrativo nº 220, p. 87 – 106.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 43.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Prefácio à obra “Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público”**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. vii – xviii.

Consoante aos argumentos de Luis Roberto Barroso, a Professora Alice Gonzáles Borges¹⁴ propõe reconstruir, em vez de desconstruir, o princípio da supremacia do interesse público. Para este fim, ela sustenta que os interesses públicos não se confundem com os interesses do Estado, identificando-se antes com os principais valores do ordenamento, entre os quais os próprios direitos fundamentais. Daí por que, diante de colisões entre direitos fundamentais e metas coletivas, dever-se-ia recorrer a uma ponderação de interesses, pautada pelo princípio da proporcionalidade.

Sob outra perspectiva, existe um posicionamento de desconstrução de tal princípio, que teve seu alicerce no trabalho de Humberto Bergmann Ávila¹⁵, em que se demonstrou de forma cabal o vazio conceitual do dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que o tema está a carecer de um tratamento sistemático. O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado.

Aderindo a concepção de Ávila, Paulo Ricardo Schier¹⁶ afirma que:

“a assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado, como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, onde os direitos, liberdade e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclamos do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo o que toca”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁷, na mesma linha, aduz que após a sequência de mutações por que passou o direito administrativo nas últimas décadas, tanto a supremacia do interesse público em tese cedeu à supremacia dos princípios fundamentais constitucionais, garantidores dos direitos das pessoas, como a indisponibilidade dos interesses públicos foi revista em função da reavaliação dos interesses juridicamente protegidos quando ocasionalmente concorrente com duas distintas categorias de interesses públicos – os primários e os secundários.

¹⁴ BORGES, Alice Gonzáles. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?** Revista Interesse Público: Porto Alegre, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006. p. 30 – 31.

¹⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99- 127.

¹⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 223.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 161 – 162.

Sob a égide da concepção moderna de tais princípios, doutrinam, também, os professores Daniel Sarmiento¹⁸ e Alexandre Santos Aragão¹⁹.

Num discurso brilhante abordando o método da ponderação, Gustavo Binbenbojm²⁰ classifica-o como sendo destinado a estabelecer relações de prevalência relativa entre elementos que entrelaçam, a partir de critérios formais e materiais postos ou pressupostos pelo sistema jurídico. Ademais, a circunstância de o Estado democrático de direito contemplar juridicamente uma vasta miríade de bens, princípios, finalidades e interesses cria a necessidade de incontáveis juízos de ponderação, como forma de proporcionar uma acomodação otimizada entre eles, de acordo com as circunstâncias fáticas e normativas de determinada situação. Afirma ser o Estado Democrático de Direito um Estado de ponderação.²¹

2.2.2 A nova ótica da Administração: a legitimidade através da efetiva participação

O Estado Democrático de Direito traz mudanças ao conceito de interesse público. Este passa a ser visto não necessariamente como oposto ao privado. Isto pode ser observado na atuação do Poder Público, pautada pela defesa e promoção dos direitos fundamentais e respeito à dignidade humana. Em outras palavras, quando o Estado promove direitos fundamentais de determinados cidadãos, está ele satisfazendo finalidades públicas estabelecidas pela própria Constituição.²²

Os fundamentos da atuação administrativa, dessa forma, saem de um estado abstrato e indecifrável para ganharem forma com a juridicidade, auferida à luz da ordem jurídica, especificamente com os princípios norteadores da atividade administrativa e os direitos fundamentais. Torna-se cada vez mais necessária a motivação e justificação das atuações administrativas. Isto posto, a Administração no Estado Democrático de Direito

¹⁸ SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. In: Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 171-216.

¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum. 2008.

²⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 109 - 112.

²¹ O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituídos pela Constituição e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. Assim, impõe-se ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.

²² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a reeleitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 104.

possui um ônus argumentativo maior para demonstrar a legitimidade de sua atuação para o verdadeiro dono do poder.

Nessa linha de inovações no pensamento jurídico, Rafael Rezende Oliveira, partindo da premissa de que não existe um interesse público único, afirma que seria mais adequado falar em princípio da finalidade pública, justificando:

“O núcleo da nomenclatura ora proposta ressalta a ideia de que a atuação estatal deve sempre estar apoiada em finalidades públicas, não egoístas, estabelecidas no ordenamento jurídico. Com o intuito de satisfazer essas finalidades públicas, que deverão ser alcançadas prioritariamente pela Administração, a legislação vem estabelecendo a possibilidade de participação dos cidadãos nas tomadas de decisões públicas.”²³

Não basta garantir o direito da população de eleger seus representantes em determinados momentos políticos. É fundamental conceber a democracia como um processo dinâmico em que os canais de diálogo entre o Estado e a sociedade civil estejam abertos e operativos, oportunizando-se a deliberação pública e livre sobre questões atinentes à população.

Habermas, citado por Bernardo Fernandes Gonçalves²⁴, corrobora com tal entendimento quando aduz que o paradigma do Estado Democrático de Direito reclama por condições sempre crescentes de participação e de inserção no processo de tomada de decisão estatal. Para o autor, por meio do diálogo no qual todos os destinatários da decisão poderiam tomar parte na condição de seus coautores é que se pode atestar a legitimidade de uma decisão que foi tomada como proporcional.

2.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA VINCULADA AOS PRINCÍPIOS

Os atos jurídicos em geral são emanações unilaterais de vontade, admitidas licitamente à luz de uma determinada ordem jurídica positiva. Na lição de Nelson Rosenvald²⁵, conceitua-se ato jurídico como:

“derivados de uma atuação do ser humano ou de sua exteriorização de vontade, produzindo efeitos reconhecidos pelo direito (fato jurídico humano voluntário). São

²³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. Cit., p. 106 – 107.

²⁴ HABERMAS, Jürgen; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 244.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: v.1, parte geral e LINDB. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 596 – 597.

aqueles que, derivando da exteriorização da vontade do agente, se dirigem à obtenção de um resultado jurídico concreto (não vedado por lei).”

Os atos administrativos, por sua vez, são, antes de tudo, atos jurídicos, editados pela Administração, em matéria administrativa. Partindo dessa premissa, José Cretella Júnior define o ato administrativo como sendo:

“a manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa”.²⁶

Lúcia Valle Figueiredo, completa, afirmando que a conceituação dos atos administrativos deve ser extraída dos vetores principiológicos da Constituição, espelhando com fidedignidade as garantias dos administrados. Assim sendo, a respeitável autora conceitua o ato administrativo em sentido estrito da seguinte maneira:

“a norma concreta, emanada pelo Estado, ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (o Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário”.²⁷

Consolidando o significado de ato administrativo, vale destacar o posicionamento de Juarez Freitas:

“denominam-se atos administrativos aqueles atos jurídicos expedidos por agente públicos no exercício das atividades da administração (peculiares, em relação aos atos jurisdicionais ou legislativos), cuja regência, até mesmo quando envolvem, de maneira oblíqua, atividade de exploração econômica, há de ser matizada por normas juspublicistas, pois qualquer atuação estatal somente se legitima se imantada por uma subordinação a relevantes princípios concorrentes para o interesse público [...]”.²⁸

O ato administrativo possui elementos, dentre os quais se podem destacar: a finalidade e o motivo. A primeira relaciona-se com o atendimento do interesse público consagrado no ordenamento jurídico pátrio e guarda relação íntima com a competência do

²⁶ CRETILLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 123 – 124.

²⁷ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 162 – 163.

²⁸ FREITAS, Juarez. **“Os atos administrativos e a discricionariedade vinculada aos princípios”**. In: Estudos de direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 126.

agente público, posto que estes devem desempenhar suas funções para atingir a finalidade prevista nas normas.

O motivo, por sua vez, é a situação de fato ou de direito que justifica a edição do ato administrativo. Em outras palavras, é a causa do ato. Divide-se em motivo de fato, cuja lei elenca os motivos que podem justificar a edição de determinado ato e o agente público elegerá o motivo mais conveniente e oportuno para a prática daquele, e motivo de direito, em que a lei menciona os motivos que existem no caso concreto que, existentes no caso concreto, vincularão a atuação do administrador.

2.3.1 Atos discricionários x atos vinculados

Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹, a atuação é vinculada quando a norma a ser cumprida predetermina de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos. Opostamente, na atuação discricionária o administrador dispõe de um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos.

Certo é que há enorme discussão na doutrina quanto à obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos. Nesse contexto, mostrou-se necessário repensar a vinculação e a discricionariedade administrativa e repensar os traços principais desses institutos.

Sobre o tema, inúmeros autores se manifestaram resultando em cinco grandes posições. Para Hely Lopes Meirelles³⁰, a motivação é obrigatória para os atos vinculados e facultativa para os atos discricionários.

Oswaldo Aranha Bandeira Mello³¹, em sentido oposto, aponta a necessidade de motivação nos atos discricionários, tendo em vista a necessidade de controle da liberdade do administrador, com o intuito de evitar a arbitrariedade, sendo facultativa a motivação nos atos vinculados, em que os elementos conformadores já estão predefinidos na legislação.

Há, ainda, quem entenda pelo dever de motivação de todos os atos administrativos, independentemente de sua classificação ou natureza, tendo em vista o

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 9.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 183.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I, p. 537-539.

princípio democrático – pelo qual a motivação seria imprescindível para efetivação do controle social pelos verdadeiros donos do poder (o povo) – e o art. 93, X da Constituição de 1988, analogicamente aplicada aos demais Poderes executores da função administrativa. Além disso, afirmam que a motivação permite um controle efetivo da legalidade do ato. Nesse sentido, manifestam-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello.³²

O ilustre professor José dos Santos Carvalho Filho³³, por sua vez, defende a inexistência de obrigatoriedade de motivação, salvo disposição legal expressa em contrário, em razão da inexistência de norma constitucional que exija motivação para os atos do Poder Executivo.

Por fim, há quem opte pela exigência de motivação obrigatória das decisões administrativas, bem como para as hipóteses que a lei expressamente exige. Nesse eixo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁴ afirma que tal exigência garantiria a moralidade e facilitaria o controle do ato.

2.3.2 O dever discricionário

A ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas. O Estado, ao receber parcelas de poder, fica vinculado à origem desse poder por a busca dessas finalidades terem caráter de dever, e não, poder. Em outras palavras, uma finalidade a ser obrigatoriamente cumprida por alguém, mas no interesse de outrem.

A discricionariedade administrativa, vista como um espaço carecedor de legitimação está em vias de ser superada. As transformações do direito administrativo tornam necessária a revisão dessa noção adotada pela doutrina. Assim, a discricionariedade passa de um campo de escolhas subjetivas para um de fundamentações dos atos políticos e políticas públicas adotadas.

Como bem afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos principais defensores desse pensamento, a ordenação propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para quaisquer agentes estatais, como obrigatórias. A

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 211; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros. p. 382.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 109-112.

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 157.

busca destas finalidades, antes de ser considerada um poder, deveria ser articulada em torno da ideia de dever.³⁵

A presunção de que o agente público, quando a lei lhe outorga a chamada discricionariedade, dispõe de um poder para fazer escolhas livres, na suposição de que dentre as alternativas comportadas pela norma em abstrato, quaisquer delas são de indiferente aplicação no caso concreto, não condiz com a vinculação imposta pelos princípios jurídicos e pelo sistema, como um todo. Estar-se-ia minando, pela arbitrariedade, o ordenamento.

Juarez Freitas³⁶ afirma a necessária vinculação dos atos administrativos discricionários aos princípios constitutivos do sistema jurídico. Para o autor, a ausência de vinculação entre os institutos é, à luz do Estado Democrático, manifestação de arbitrariedade e a subtração dos limites indispensáveis à liberdade e à abertura – características fundantes do ordenamento.

Corolariamente, Celso Antonio Bandeira de Mello³⁷ nega a discricionariedade administrativa vista como um campo de liberdade para que o administrador, dentre as várias hipóteses abstratamente comportadas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto. Como consequência desse pensamento, aduz o notório doutrinador:

“Ter-se-á uma intensificação e ampliação da investigação dos atos administrativos, porque as autoridades controladoras de legitimidades deixarão de se sensibilizar pelo argumento, *prima facie* (mas apenas *prima facie*) impressionante, de que a norma permitia tomar a conduta A ou B, o que é verdade apenas ao nível da norma; ou de que a norma permitia que se deferisse ou indeferisse algo. Deixar-se-á de aceitar esta afirmação como um empeco, como um embargo, um exame do ato.”

Ao respeito, Luciano Ferreira Leite³⁸ considera que a insindicabilidade do mérito administrativo não significa que não possa o Judiciário verificar se os agentes atuaram com exorbitância, transpondo os limites da valoração subjetiva a ele inerente. Isso porque cabe ao Judiciário verificar se a escolha levada a efeito pela Administração se manteve nos limites do razoável.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 13 – 15.

³⁶ FREITAS, Juarez. “Os atos administrativos e a discricionariedade vinculada aos princípios”. In: Estudos de direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 145 - 146.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 44.

³⁸ LUCIANO FERREIRA LEITE – Discricionariedade administrativa e controle judicial, Ed. Rev. dos Tribunais, 1981, p. 74.

Em resumo e numa atual visão do dever discricionário Menelick de Carvalho Netto³⁹ afirma que:

“Os denominados conceitos abertos ou indeterminados levaram-nos, com Garcia de Enterría, por exemplo, a ver que o poder discricionário da Administração não é sinônimo de uma autorização em branco dos administrados dada à mesma, mas que, ao contrário, tratam-se de conceitos determináveis, que sempre são aplicados em uma certa situação concreta dada, e que as especificidades da situação de aplicação exigem, a cada caso, uma única e determinada postura ou ação jurídica e constitucionalmente vinculada da Administração.”

Como salienta Juarez Freitas, “*a discricionariedade não vinculada aos princípios é, por si mesma, arbitrariedade*”⁴⁰. Isto posto, a introdução desses novos conceitos servirão, em sintonia com a luta contra as arbitrariedades e imunidades do poder, como instrumental importante para a elaboração de uma teoria jurídico-funcionalmente adequada do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

2.3.3 A Administração sob a ótica do administrado como fundamento de legitimidade

O principal instrumento de garantia dos administrados é a motivação. Esta, mesmo quando não imposta explicitamente pela lei, é exigível devido à necessidade de sua existência como meio para aferir-se a consonância do ato com as condições e a finalidade normativamente previstas. Além disso, a fundamentação dos atos é indispensável nos casos em que a ausência de motivação contemporânea ao ato impeça ulterior certeza de que foi expedido segundo os exatos termos e requisitos da lei.

A motivação dos atos administrativos diminui a possibilidade de atuação arbitrária da Administração. Aquela inibe esta e confere maior legitimidade à atuação estatal, servindo como parâmetro importante de controle judicial e social. A transparência pública, vista como meio de exteriorização do motivo dos atos, impõe a exposição das razões de fato e de direito que ensejaram a prática de determinado ato.

A razoabilidade, a lealdade e boa fé, tanto como o respeito ao princípio da isonomia, são princípios gerais do Direito que também concorrem para conter a

³⁹ CARVALHO NETTO, Menelick. **A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição**. Revista do TST, Brasília: vol. 68, nº 2, abr/jun. 2002. p. 67 – 68.

⁴⁰ FREITAS, Juarez. “**Os atos administrativos e a discricionariedade vinculada aos princípios**”. In: Estudos de direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 140.

discricionariedade dentro de seus reais limites, sujeitando os atos administrativos a parâmetros de obediência inadversável⁴¹.

Em uma reflexão, ao nível da Teoria da Constituição, Menelick de Carvalho Netto⁴² apresenta, ainda, os princípios estruturantes do constitucionalismo como garantias da exigência de que a Constituição se apresente como algo que pertença intersubjetivamente a todos os cidadãos. Afirma, também, que é essa comunidade aberta de intérpretes que impede que a Constituição possa ser arbitrariamente considerada como doada a um determinado órgão que, a título de se apresentar como o seu guardião, não guardaria nada mais do que os próprios interesses egoísticos e as visões privadas de seus membros.

Depreende-se do exposto, assim como leciona Celso Antonio Bandeira de Mello, que a despeito da discricionariedade administrativa, o administrador é obrigado a adotar a conduta capaz de satisfazer perfeitamente a finalidade legal, caso contrário, a própria lei o teria feito vinculativamente.

Ocorre que, como já visto, o interesse público não é único. Dessa maneira, cabe ao chefe do executivo otimizar os interesses em conflito. Trata-se da transferência do exercício de ponderação ao administrador público que, tendo em vista as peculiaridades locais e em busca da realização da finalidade da norma, efetua tal atividade sopesando os fatores e interesses que influenciam no caso concreto.

Enfim, Gustavo Binenbojm⁴³ apresenta alguns elementos que auxiliam no sopesamento entre direitos individuais e interesse coletivo, para evitar um exercício monocrático, talvez até autoritário do poder, o Direito Administrativo, quais sejam: (a) Participação popular: o Direito Administrativo preconiza, cada vez mais, que a decisão do administrador seja aberta à participação popular, nos casos em que isso seja possível; e (b) Exigência de fundamentação de qualquer opção discricionária do administrador: os motivos do administrador serão expostos e submetidos ao crivo popular e, na medida do possível, revistos por ele.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 96 – 98.

⁴² CARVALHO NETTO, Menelick. **A contribuição do direito administrativo focado da ótica do administrador para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição**. Revista do TST, Brasília: vol. 68, nº 2, abr/jun. 2002. p. 84.

⁴³ BINENBONJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade**: um novo paradigma para o direito administrativo. In: Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 117-170.

3 A PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA DA ADVOCACIA PÚBLICA

Muito se discute sobre o papel da advocacia pública frente às novas exigências impostas pelo Estado Democrático de Direito. No atual cenário jurídico, é evidente a necessidade de fortalecimento da autonomia e estruturação da Advocacia Geral da União e das Procuradorias dos Estados, Distrito Federal e, principalmente, dos Municípios.

A discussão em âmbito legislativo gira em torno do Projeto de Emenda Constitucional nº 17/2012, que propõe alteração do artigo 132 da Constituição de 1988. O debate ganha cada vez mais força à medida que diversas instituições manifestam-se fervorosamente pela inclusão, no texto constitucional, da obrigatoriedade de organizar carreira de procurador do município (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), com ingresso por concurso público, assegurada a participação da OAB em todas as suas fases.

Importante destacar que a orientação jurídica prestada pelos advogados aos governantes e aos demais agentes estatais não deve ser confundida como simples atividade legitimadora de opções administrativas previamente estabelecidas pelos gestores. Longe de ser uma advocacia de governo, ao procurador cumpre a realização do interesse público e a observação do princípio da legalidade.

Diante de tais submissões, “*os advogados públicos, quando exercem atividade consultiva, não podem se afastar dos limites impostos pelo ordenamento jurídico-positivo à intervenção do Estado na esfera das disponibilidades jurídicas do cidadão*”.⁴⁴ Desse modo, cumpre-lhes “*aplicar corretamente o direito ou, quando menos, orientar a Administração Pública para que o aplique adequadamente*”.⁴⁵

É oportuno registrar, todavia, que muitas vezes as atividades típicas dos procuradores vão de encontro aos interesses dos gestores. Nessas circunstâncias, torna-se inviável o exercício das mesmas por profissionais que não detenham plena autonomia funcional, que não detenham cargos efetivos e com atuação vinculada a influências políticas.

Dessa forma, a autonomia funcional dos procuradores torna-se elemento fundamental para possibilitar uma terceira atividade típica da carreira, qual seja, o controle interno da juridicidade administrativa. Este, uma vez exercido por servidores detentores de cargos comissionados ou escritórios de advocacia contratados, contraria a opção da

⁴⁴ MADUREIRA, Claudio. **Advocacia pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 306.

⁴⁵ MADUREIRA, Claudio. Op., cit., p. 306.

Constituição de um controle interno convertendo-o em um controle realizado com o auxílio externo.

A polêmica vive em função da lacuna legislativa quanto à organização e estruturação das procuradorias municipais. Na atualidade, existe uma resistência ao fenômeno por parte dos Municípios que alegam possíveis impactos negativos traria, diante da eventual imposição constitucional. Com efeito, a maioria dos Municípios dispõe de poucos recursos financeiros e encontram-se em realidades diferentes, a instituição do assessoramento jurídico não poderia ser unificada, ou seja, deveria variar de acordo com os interesses locais de cada um.

3.1 PREVISÃO LEGISLATIVA

A Constituição de 1988 confere aos advogados públicos as atividades de consultoria jurídica e de contencioso judicial do Poder Executivo. Quanto à União, as disposições de representação, consultoria e assessoramento feitos pela Advocacia Geral da União (AGU) estão previstas no artigo 131:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Tais atividades, no âmbito estatal e distrital, foram conferidas às Procuradorias dos Estados (PGE's) e do Distrito Federal (PGDF), conforme mencionado no artigo 132, da Constituição:

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

No atual cenário jurídico, nada se dispôs sobre a advocacia pública municipal. Muitos doutrinadores tentaram apontar justificativas para essa lacuna e, como principais fatores, destacaram a quantidade de municípios e o fato que seria um encargo excessivo às

pequenas localidades tratá-las sem considerar as diversidades de situações. Tal fato engessaria essas unidades estatais.⁴⁶

É evidente que existem Municípios sem condições de se organizarem a ponto de instituírem e autenticarem Procuradorias. Todavia, não se mostra razoável a ausência de previsão constitucional sobre o assunto, uma vez que, a Carta Magna poderia regular o tema através de conceitos indeterminados e de maneira abstrata para que, vinculando-se ao interesse público e a princípios estruturantes do ordenamento, garanta-se a adequação, por parte do administrador, da realidade dos municípios ao texto constitucional.

Tentando suprir essa injustificada omissão do constituinte, propôs-se a PEC 17/2012⁴⁷ que busca alterar a redação do art. 132 da Constituição Federal para estender aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), com ingresso por concurso público com a participação da OAB em todas as suas fases, garantida a estabilidade dos procuradores após 3 anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho.

Em atenção às críticas e fundamentos do vácuo constitucional, convém destacar o seguinte trecho da justificativa do projeto de Emenda Constitucional:

“Nada mais justifica excluir os Municípios da exigência constitucional de organizarem suas carreiras de Procurador. Nada mais justifica a possibilidade de ausência de controle de legalidade, ou um controle deficiente, decorrente da falta de mão-de-obra especializada ou de entrega de tal controle a pessoas estranhas ao quadro efetivo da Administração Municipal. [...] Cabe esclarecer que os Municípios com menor potencial econômico instituirão a carreira de Procurador Municipal de forma proporcional as suas possibilidades”.⁴⁸

Ainda, destaca-se o teor do ofício nº 297-SSA/2015/Atricon, encaminhado à Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Senado Federal pelo presidente da Associação dos Membros Tribunais de Contas do Brasil, destacando a necessidade urgente de aprovação da PEC 17/2012:

“Se não bastasse os argumentos acima, a PEC nº 017/2012: (i) é norma programática, cujo objetivo é que todo município tenha ao menos um procurador concursado, evitando descontinuidades comprometedoras do interesse público municipal; e (ii) não vincula a remuneração dos Procuradores Municipais à de

⁴⁶ GRANDE JÚNIOR, Cláudio. **Advocacia Pública**: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 63.

⁴⁷ O projeto de Emenda Constitucional nasceu como pretensão da Associação Nacional dos Procuradores Municipais – ANPM, tendo por escopo regulamentar a questão da advocacia pública no âmbito dos Municípios.

⁴⁸ Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=105535&tp=1>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

qualquer outra carreira jurídica, sendo competência municipal estabelecer a remuneração dos seus procuradores de acordo com sua capacidade financeira, peculiaridade e conveniência locais”.⁴⁹

Do exposto, conclusão diferente não se poderia extrair da Constituição de 1988, senão, que os municípios, guardadas as suas respectivas proporções territoriais e disponibilidades financeiras, devem, de fato, instituir órgãos de advocacia pública em semelhança à prescrição do constituinte para a atuação em âmbito federal e estadual.

3.2 A FUNÇÃO DE PROCURADOR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O projeto do Estado Democrático de Direito traz a necessidade de mecanismos que efetivem esse programa. A Advocacia Pública é a função de Estado encarregada de realizar a vontade majoritária democraticamente estabelecida, adequando-a aos marcos do ordenamento jurídico. Assim, a relação pode ser explicada pela vinculação das suas funções institucionais aos três valores fundamentais de qualquer democracia constitucional: a legitimidade democrática, a governabilidade e o controle de juridicidade.

As atividades exercidas pela advocacia pública podem ser divididas como preventivas, no que toca à consultoria jurídica, e postulatórias, quanto à representação no contencioso judicial. Além dessas classificações, Silva Filho⁵⁰ leciona que “*a Advocacia Pública, no Estado Democrático de Direito brasileiro, insere-se basicamente no contexto do controle jurídico da função administrativa, acautelando, promovendo e defendendo os interesses públicos sob a ótica da justiça.*”

3.2.1 A atividade consultiva

É comum, no dia a dia do gestor público, que este se depare com dúvidas quanto à forma e conteúdo dos atos que pretende praticar. Para resolver esse problema, a Administração dispõe da atividade de consultoria jurídica. Esta, então, se destina à orientação dos agentes estatais sobre como deve se dar a aplicação do direito naquelas situações.

Nessa sua atividade, os advogados públicos são chamados a se manifestar em processos administrativos instaurados para a prática de atos cuja confecção dependa de prévia

⁴⁹ Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=185481&tp=1>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

⁵⁰ SILVA FILHO, Derly Barreto. **O controle da legalidade diante da remoção e inamovibilidade dos advogados públicos**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, n. 772, fev. 2000. p. 48.

análise jurídica, como por exemplo, nos processos que demandem a análise de minutas de editais de licitação, contratos administrativos, acordos, convênios ou ajustes, de que trata o parágrafo único do art. 38, da Lei nº 8.666/93⁵¹.

Luciane Moessa de Souza sustenta ser essa uma das mais relevantes das funções da advocacia pública, tendo em vista que a situação ideal de realização do direito é o cumprimento espontâneo da norma. Nas palavras da autora:

“Sabendo-se que ao Poder Público, em sociedades extremamente desiguais como a nossa, são acometidas constitucionalmente missões gigantescas, tanto do ponto de vista qualitativo como quantitativo, as quais serão detalhadas pelo Poder Legislativo e postas em prática pelo Poder Executivo, percebe-se que a orientação jurídica aos governantes e demais integrantes da Administração Pública sobre o correto cumprimento das normas jurídicas dirigidas ao Estado é tarefa das mais espinhosas e, ao mesmo tempo, necessárias, de molde a evitar que, face ao gigantismo de suas funções, venha o Poder Público a se omitir quando na poderia fazê-lo ou venha a atropelar os direitos daqueles que ele deveria ao contrário, proteger.”⁵²

Há quem diferencia, ainda, a atividade consultiva do assessoramento jurídico. Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵³ afirma que a assessoria jurídica não é função essencial à justiça, pois não tem eficácia jurídica direta sobre a atuação do Estado. Seus pronunciamentos ou encaminhamentos (exceto pareceres) não vinculam o Estado e nem mesmo o assistido, que poderá não só deixar de seguir a orientação pedida como não solicitá-la, e, se o fizer, até ignorá-la. Em outras palavras, aqueles podem ser dispensados pelo agente, órgão ou entidade beneficiários deles, sendo apenas uma orientação. Assim, não se outorga ao advogado qualquer responsabilidade sobre a decisão técnica a respeito da juridicidade de interesse.

De outro lado, o mesmo autor leciona que na consultoria jurídica o advogado tem a decisão técnico-jurídica a seu cargo e sob sua plena responsabilidade. Com efeito, o consultor jurídico do Poder Público emite uma vontade estatal como órgão do Estado que é, vinculando-o de tal forma que, se a Administração não seguir o ditame, deverá justificar porque não o faz, sob pena de nulidade do ato.⁵⁴ No mesmo sentido, para Rommel Macedo⁵⁵

⁵¹ Lei 8.666/93. Art. 38 [...] Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

⁵² SOUZA, Luciane Moessa de. **Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública**: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 166.

⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **As funções essenciais à justiça e as procuradorias constitucionais**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez. 1991. p. 21.

⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 22.

⁵⁵ MACEDO, Rommel. **A advocacia pública consultiva e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas**: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In:

“na consultoria o advogado possui inequívoca responsabilidade sobre a decisão que será proferida com base no seu parecer jurídico”.

Essa dissociação proposta pela doutrina parece haver induzido a suposição de que a advocacia pública ora serve à sociedade (quando realiza consultoria jurídica), ora ao Estado (quando exerce atividade de assessoramento).⁵⁶

3.2.2 A atividade contenciosa

A função postulatória cumpre demandar, junto ao Poder Judiciário, a defesa dos interesses entregues à cura do Estado. Nessas atividades, os advogados públicos atuam como partes na aplicação e interpretação do direito, ou seja, sua missão é convencer o Poder Judiciário de que as posturas defendidas pela Administração Pública encontram amparo no ordenamento jurídico.

Dessa maneira, quando alguém demanda em face do Estado, o advogado público deve apresentar todos os argumentos jurídicos, se existentes, contrários à pretensão deduzida.

Daí a importância de o advogado público, mesmo que pessoalmente não concorde com o mérito do ato impugnado, se for ele juridicamente válido e legítimo, apresentar todos os argumentos para defendê-lo em juízo. Primeiro porque não é o advogado público quem define as políticas públicas do Estado, mas, sim, a Constituição e o povo. Segundo porque, assim agindo, estará ele efetivando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa na formação do provimento jurisdicional.⁵⁷

Contudo, no Estado Democrático de Direito, tal defesa não pode ser cega e irrestrita. Aquela velha noção de que o advogado público recorre, até as últimas instâncias, contra qualquer decisão que for contrária ao ente apresentado, ou que defende qualquer ato administrativo, por mais ilegal que seja, não se ajusta ao paradigma vigente. É preciso que se abandone, imediatamente, tal concepção. Tal postura afigura-se, a par de um gravame ao erário, absolutamente inconstitucional.

GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 468.

⁵⁶ GRANDE JÚNIOR, Cláudio. **Advocacia Pública**: estudo classificatório de direito comparado. *In*: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 64.

⁵⁷ MADEIRA, Danilo Cruz. **O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito**. *Revista Virtual da AGU*, ano 10, n. 107, dez. 2010. p. 19. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=152998&id_site=1115&ordenacao=1> Acesso em: 12 fev. 2016.

Resta superado, então, o entendimento de que é dever do procurador defender em juízo o ato impugnado mesmo quando convencido de sua ilegalidade. Ao contrário, a importância da atividade contenciosa fica evidente quando o Estado, mesmo cumprindo seus deveres, se situa como réu em juízo. Nessas hipóteses, é legítimo e justificado que os advogados públicos o defendam até as últimas instâncias, buscando a vitória processual.

Nesse contexto, é pertinente destacar o pensamento de Aldemário Araújo Castro⁵⁸:

“A defesa de atos de autoridades públicas não pode ser efetivada de forma acrítica, em todos os casos e em quaisquer circunstâncias. Afinal, existem inúmeras situações onde impera a ilegalidade, a imoralidade, a improbidade, a má-fé e o dolo. Esse olhar criterioso está em harmonia com a advocacia de Estado. A tal advocacia de Governo não consegue trabalhar bem a transgressão jurídica (pontual ou “patológica”) do gestor. Nesse sentido, a Portaria AGU n. 408, de 2009, editada pelo então Advogado-Geral da União José Antônio Dias Toffoli, bem demonstra o processo de construção de uma advocacia de Estado. O aludido ato, entre outras hipóteses, não viabiliza a defesa judicial de autoridades quando: a) não tenham sido os atos praticados no estrito exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares; b) não tenha havido a prévia análise do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, nas situações em que a legislação assim o exige; c) tenha sido o ato impugnado praticado em dissonância com a orientação, se existente, do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, que tenha apontado expressamente a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, salvo se possuir outro fundamento jurídico razoável e legítimo; d) ocorra incompatibilidade com o interesse público no caso concreto; e) identificada conduta com abuso ou desvio de poder, ilegalidade, improbidade ou imoralidade administrativa, especialmente se comprovados e reconhecidos administrativamente por órgão de auditoria ou correição.”

Com efeito, evidenciado algum equívoco na interpretação do direito pela Administração, aos advogados públicos cabe promover a realização da conciliação e o reconhecimento do direito por parte do interessado como medidas de economia processual.

3.2.3 Advocacia pública preventiva: a necessária defesa do interesse público

Os advogados públicos, quando exercem a consultoria jurídica e o contencioso judicial, realizam uma terceira atividade típica que consiste no controle da aplicação do direito pelo Poder Público. Este, por sua vez, restringe-se aos aspectos jurídicos das posturas

⁵⁸ CASTRO, Aldemário Araújo. **Advocacia de Estado versus Advocacia de Governo**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2052_Aldemario_Castro&ver=591>. Acesso em: 12 fev. 2016

adotadas pela Administração, ou seja, o controle da atividade administrativa no que toca aos aspectos jurídicos.⁵⁹

Quando atuam desse modo, os integrantes da advocacia pública, para além de contribuírem para que o Poder Público não se omita quando tem o dever de agir nem desrespeite direitos subjetivos que deve proteger, induzem, na prática, a prevenção de conflitos judiciais. Ainda, disso decorrem ganhos por parte da Administração e do coletivo. A primeira adquire mais legitimidade por efetivamente realizar o interesse público e o segundo passa a ter maior previsibilidade jurídica das condutas do ente estatal.

Trata-se da promoção de atos concretos para a efetiva prevenção e resolução dos problemas inerentes ao Estado de Direito. Conforme as lições do professor Gustavo Binenbojm⁶⁰:

“o compromisso jurídico da Advocacia Pública deve conviver paralela e simultaneamente com o compromisso democrático. A imposição de limites jurídicos à vontade de gestores públicos é condição sine qua non da Advocacia Pública diferenciada da Advocacia Privada. Se o Advogado Privado é o profissional que atende aos interesses do seu cliente, dentro dos limites da sua ciência e da sua consciência, o Advogado Público, além da sua ciência e da sua consciência, deve reverência aos limites impostos pelo ordenamento jurídico. E esses balizamentos jurídicos devem ser estabelecidos tanto no exercício da consultoria, como no exercício da representação judicial.”

Em síntese, é dever do advogado público, ao se deparar com ato manifestamente ilegal, reconhecer tal vício, mesmo que tal atitude implique deixar a parte contrária ver julgado procedente seu pleito deduzido em juízo. Nesse caso, o advogado público deve, até mesmo, reconhecer a procedência do pedido contrário. Tal atitude decorre não só do Estado Democrático de Direito, mas também dos princípios da moralidade administrativa e da boa-fé que devem nortear a atuação estatal.

Conforme Seabra Fagundes⁶¹, esse autocontrole “*tem por objetivo corrigir os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo, aperfeiçoando-o no interesse geral*”, bem como “*ensejar reparação a direitos ou interesses individuais que possam ter sido denegados ou preteridos em consequência do erro ou omissão na aplicação da lei*”.

⁵⁹ MADUREIRA, Claudio. **Advocacia pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 102 – 103.

⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. **A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 31, julho/agosto/setembro de 2012. p. 3. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-31-JULHO-2012-GUSTAVO-BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

⁶¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 108.

Nessa nova ordem constitucional, convém destacar que, além da consultoria jurídica e do contencioso judicial, o controle interno da juridicidade do agir administrativo também se qualifica como atividade típica de advocacia pública. Este é realizado, em concreto, quando do exercício, pelos procuradores, dessas duas funções típica e deve ser feito com precedência sobre o controle externo posteriormente realizado pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público.

3.3 O PROBLEMA DA ATRIBUIÇÃO DE ATIVIDADES TÍPICAS DA ADVOCACIA PÚBLICA SEREM EXERCIDAS POR PESSOAS ESTRANHAS AOS SEUS QUADROS

A autonomia técnica da advocacia pública é um fenômeno jurídico decorrente de dois fatores. Em primeiro lugar, das prerrogativas da advocacia, também estendidas aos advogados públicos, de independência funcional e a liberdade para o exercício da profissão⁶². Também, no fato de a Constituição de 1988 haver atribuído aos procuradores a realização das atividades de consultoria jurídica e contencioso judicial em benefício do Poder Público e, conseqüentemente, o controle interno da juridicidade do agir administrativo. Por meio deste último, o exercício da função administrativa é conformado aos ditames da legalidade e torna-se possível promover a efetiva realização do interesse público.

Com a finalidade de evitar que o controle interno de juridicidade seja exercido por pessoas estranhas aos quadros da Administração Pública, a Constituição de 1988, taxativamente, disciplinou o exercício das atividades consultivas e contenciosas aos órgãos de advocacia pública. Caso contrário, estar-se-ia contrariando a opção político-normativa assentada em âmbito constitucional, transformando a atividade de controle interno em um controle realizado com auxílio externo.

3.3.1 A defesa da Administração por escritórios de advocacia

É evidente a capacidade técnica dos profissionais que exercem a advocacia em âmbito privado para o patrocínio de quaisquer causas que envolvam tanto particulares quanto

⁶² Lei nº 8.906: “Art. 7º São direitos do advogado: I – Exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional”.

“Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe da advocacia. §1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.”

o Poder Público. Tal presunção decorre de uma série de fatores, inerentes ao exercício da advocacia, dentre eles: (a) a condição prevista pelo Estatuto da OAB para a inscrição em seus quadros da obtenção de diploma de graduação em direito e a prévia aprovação no Exame de Ordem; (b) a disposição constitucional de conformidade entre a atuação do profissional com o direito; e (c) a proibição de manifestarem-se contra literal disposição de lei, deturpar o teor de dispositivo de lei e, ainda, incidir em erros reiterados que evidenciam inépcia profissional.

A capacidade técnica, todavia, nem sempre é o único requisito para o bom exercício da função pública. À luz da nova perspectiva constitucional da advocacia pública, não se pode flexibilizar as previsões constitucionais taxativas que dizem respeito à advocacia pública. Uma eventual participação de profissionais fora dos quadros públicos deve se dar apenas em situações excepcionais.

Na lição de Ronny Charles Lopes de Torres⁶³, *“admitir tal ajuste para a defesa ordinária ou consultoria jurídica rotineira da entidade fere a determinação constitucional de que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos”*. O mesmo autor afirma, ainda, que *“as atividades de consultoria jurídica e de patrocínio rotineiro das diversas causas judiciais propostas em favor ou em face dos entes e órgãos da Administração [...] caracterizam-se como atividades próprias de carreira funcional que recebeu status específico da Carta Política”* e reputa ser *“impreterível a existência de quadro de carreira, para cumprir tais atribuições”*.

Do exposto, vale destacar os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

“A atuação do profissional da advocacia exige, não apenas o domínio do conhecimento técnico-jurídico e uma sensibilidade acerca dos eventos futuros, mas também, das praxes administrativas e dos fatos passados. É extremamente problemático obter atuação satisfatória de um advogado que não conhece o passado da instituição e desconhece a origem dos problemas enfrentados.”

Por fim, a existência de um procurador com vínculo efetivo com a Administração permitirá que seja preservada a autonomia funcional daquele e a memória jurídico-institucional do município. Ademais, a consultoria jurídica especializada e isenta de influências de ordem política prestada por procuradores concursados em relação aos atos de governo e às políticas públicas a serem implementadas, trará benefícios não apenas aos Municípios e seus governantes, mas também à população.

⁶³ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva**. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 145.

3.3.2 A influência política exercida pelos gestores e a falta de autonomia dos escritórios contratados

A presente discussão guarda relação direta com a polêmica da advocacia de Estado em face da advocacia de governo. Na primeira, o Poder Público instrumentaliza-se pela Advocacia-Geral da União e pelas Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, visando à defesa dos interesses públicos primários e secundários. Na segunda, por sua vez, ocorre uma cuidadosa seleção dos advogados patronos das causas públicas e estes, quando chamados para uma decisão, apenas acordam com a que está pronta e acabada, sem qualquer participação na construção da solução. Cuida-se, **necessariamente, de** atestar a constitucionalidade e a legalidade da pretensão do governante.

Em resumo, será advocacia de Estado se os advogados forem recrutados de um modo impessoal e tiverem a independência suficiente para, em casos-limite, optar pelo respeito à Constituição e às leis. Será advocacia de governo se os advogados forem livremente nomeados e exonerados pelo governante, ficando deles inteiramente reféns.

Uma das consequências da advocacia de governo é que, em tempos de crise político-institucional, a população torna-se refém da ausência de uma produção legislativa totalmente desvinculada do interesse público e das ideologias partidárias. É necessário o controle interno das posturas administrativas.

Como função de Estado, a Advocacia Pública deve ser uma instituição capaz de se organizar e se estruturar em carreiras. Carreiras profissionais e permanentes aptas a realizar de forma imparcial esse papel. O engajamento do Advogado Público na realização de políticas públicas não é um engajamento político partidário. É um engajamento institucional. E para que ele possa realizar as políticas públicas, de um lado, e mantê-las dentro do quadro da juridicidade, de outro, é preciso que ele tenha garantias institucionais e garantias funcionais. Com isto, o Advogado Público não será reduzido ao papel de mero Advogado do governo.

Como bem afirma Gustavo Binenbjm:

“Essas garantias envolvem, por exemplo, além da instituição permanente do corpo profissional qualificado e concursado, uma relação de isonomia que pressupõe não apenas a equiparação vencimental com as demais carreiras jurídicas do Estado, mas, sobretudo, uma equiparação no seu status funcional em relação ao Ministério Público, à Magistratura e às demais carreiras de Estado. Esse status deve levar a Advocacia Pública a ter autonomia funcional, autonomia administrativa e orçamentária como o Poder Judiciário, como o Tribunal de Contas e como hoje o Ministério Público já detém. [...] Ninguém consegue exercer a Advocacia Pública responsabilmente negociando de joelhos com o governo. Só é possível ser Advogado Público plenamente se a Advocacia Pública for compreendida como uma

função do Estado e como uma instituição de Estado, e não como um órgão intestino à própria estrutura do governo. [...] Essas garantias funcionais vão além da mera autonomia funcional, administrativa e orçamentária e devem alcançar garantias funcionais contra perseguições e contra responsabilizações fora das hipóteses de dolo ou fraude, aquelas hipóteses em que Juízes e membros do Ministério Público podem ser responsabilizados.”⁶⁴

Na mesma linha, Danilo Cruz Madeira, tratando sobre as situações em que o advogado público se depara com atos administrativos violadores do direito e, até mesmo, sobre as conjunturas em que aquele estaria contrariando os interesses dos governantes:

“Em situações como essa, o advogado público não se pode ver compelido a agir dessa ou daquela forma pelo Administrador. Vale dizer, este último não pode direcionar a atividade do advogado público, sob pena de inviabilizar o cumprimento da função essencial da qual foi incumbido pelo legislador constituinte. [...] No âmbito consultivo, deve ele, ao se deparar com alguma pretensão ilegal ou ilegítima, opinar pela abstenção da prática do ato pretendido, sem sofrer qualquer espécie de retaliação por sua conduta. Em seu parecer, o advogado público não pode agir apenas para dar supedâneo legal ao ato pretendido pelo Administrador.”

3.4 A ESTRUTURAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL COMO PRESSUPOSTO NECESSÁRIO À REALIZAÇÃO DO CONTROLE INTERNO DA JURIDICIDADE DAS POSTURAS ADMINISTRATIVAS

A despeito da possibilidade de se conferir a escritórios de advocacia e servidores comissionados o exercício da função típica de advocacia pública, a atribuição dessas atividades a profissionais sem vínculo efetivo com a Administração Pública torna imprecisos os mecanismos de controle interno da juridicidade do agir administrativo. Do exposto, cabe aos municípios cuidar para que os profissionais que desempenham essa atividade de controle estejam imunes às represálias que lhes podem ser impostas caso contrariem interesses dos governantes e demais gestores públicos.

Nesse contexto, é oportuno destacar as contribuições de Ronny Charles Lopes de Torres sobre o tema:

“Diante da importância a que foi alçado o Município, na Constituição de 1988, não parece admissível deixar de conceber a necessidade de que o ente detenha órgão jurídico formado por membros selecionados através de concurso público. Essa função de controle, por um órgão jurídico autônomo, é uma forte arma contra a corrupção e os abusos políticos, devendo ser exigida pelo Ministério Público e

⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. **A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 31, julho/agosto/setembro de 2012. p. 6 – 7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-31-JULHO-2012-GUSTAVO-BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

ordenada pelo Poder Judiciário. Firme-se, assim, a necessidade de que a Advocacia de Estado, em regra, seja exercida por membros de carreira.”⁶⁵

Em reforço, Fabiano André de Souza Mendonça qualifica as atividades advocatícias exercidas por procuradorias públicas como:

“[...] verdadeiro princípio constitucional extensível, dito hoje na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de motivo de simetria das normas de organização do Estado. Pode mesmo ser considerado, no caso dos Estados, princípio constitucional estabelecido como limitação expressa mandatária ao Constituinte Estadual face às prescrições relativas às Procuradorias, Consultorias e Advocacias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal. [...] Trata-se da garantia de que os atos do governante serão passíveis de averiguação do seu compromisso para com o Direito e de que o administrado não terá alguém que o persiga ou permita privilégios a alguns. Sem falar na defesa do patrimônio público, da educação, da previdência etc. De modo que se revela inconstitucional a sua extinção ou não instituição pelos Estados e Municípios.”⁶⁶

Em resumo, mostra-se razoável supor que o constituinte originário, longe de uma omissão, preferiu deixar a cargo do poder constituinte derivado estabelecer, considerando as peculiaridades e interesses locais, as suas disponibilidades financeiras, e outros fatores, a disciplina normativa para exercício das atividades típicas de advocacia pública em âmbito municipal. Isso porque o desempenho do controle interno da juridicidade do agir administrativo, também conferido pela Constituição de 1988 aos municípios, pressupõe plena autonomia do advogado para interpretar o direito aplicável em âmbito administrativo.

Assim, a seleção mediante concurso público mostra-se, para tanto, o meio mais eficaz de garantir a autonomia das procuradorias. Aquela permite a escolha dos mais capacitados, garantindo segurança jurídica e protegendo os prefeitos de eventuais ações de improbidade, além de efetivar os princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade, que devem nortear a conduta dos gestores públicos.

Ainda, destaca-se o posicionamento da Associação dos Membros Tribunais de Contas do Brasil, em ofício encaminhado à Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Senado Federal tratando sobre os impactos econômicos para os municípios da regulamentação à nível constitucional das respectivas procuradorias (PEC 17/2012):

⁶⁵ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva.** In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para construção de um Estado de Justiça.* Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 145 – 146.

⁶⁶ MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Comentários aos arts. 131 ao 132.** In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988.* Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1659.

“A nomeação de Procurador Municipal selecionado mediante concurso público não aumentará as despesas dos municípios, pois todos os entes federativos, sem exceção, necessitam de assistência jurídica e por isso certamente já vêm contratando advogados privados (sejam eles contratados ou cargo comissionados) e/ou escritórios de advocacia”

Nesse sentido, inclusive, é o artigo 182 do Novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/15) que, dispõe acerca da necessidade de realização de concurso público para integrar a Advocacia Pública. Vejamos:

“Art. 182. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta.”

Assim, como o exercício da consultoria jurídica e do contencioso judicial são meios necessários ao desenvolvimento dessa atividade de controle, é recomendável que essas funções sejam atribuídas exclusivamente a servidores efetivos, pela sua condição de estabilidade no serviço público, que lhes permite opor-se, quando tal se fizer necessário, à vontade pessoal de gestores públicos.

Conclui então Claudio Madureira⁶⁷ que de tal contexto decorre que os municípios: (i) devem instituir, a partir de suas respectivas Leis Orgânicas, procuradorias com modelagem semelhante àquela conferida pela Carta da República à Advocacia Geral da União e às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal; (ii) ou, quando menos, se não tiverem meios materiais para fazê-lo, em vista de suas particularidades locais (extensão territorial, escassez de disponibilidades financeiras etc.), que cuidem para que os profissionais que ordinariamente exerçam em suas respectivas estruturas administrativas as atividades de consultoria jurídica e de contencioso judicial sejam procuradores detentores de cargos efetivos.

⁶⁷ MADUREIRA, Claudio. **Advocacia pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 257.

4 A CONSTRUÇÃO DE NOVOS LIMITES OBJETIVOS AO ART. 25, II, DA LEI 8.666/93

À luz do princípio da impessoalidade e da isonomia, os requisitos da contratação direta pela inexigibilidade de licitação merecem uma releitura. Não cabe ao Administrador Público dispor de uma subjetividade ampla para a escolha do profissional a ser contratado para prestar os serviços desejados. Caso contrário, estar-se-ia gerando privilégios desproporcionais e injustificada discriminação no exercício da função pública.

O princípio da finalidade e a constitucionalização do direito administrativo, também limitam a atuação do administrador ao interesse público. Dessa maneira, o exercício da atividade administrativa é vinculado à concretização dos direitos e garantias fundamentais. O interesse público seria fruto de um processo de ponderação idealizado como controle da proporcionalidade dos atos pela aplicação de 3 subprincípios: Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O interesse público, enfim, faz com que seja necessária a avaliação objetiva dos critérios adotados pela Administração para a contratação direta de escritórios de advocacia. Tais quesitos realizariam o princípio da segurança jurídica de modo a evitar decisões contraditórias tanto no âmbito administrativo quanto no judicial.

Tratando-se de acesso a cargos públicos, o cidadão, em nosso direito, tem os seguintes direitos públicos subjetivos: o de ser tratado com igualdade; o de ser escolhido de acordo com a lei; o de inscrever-se em concurso público, preenchidos os requisitos legais; o de concorrer, em licitações e concursos, com os que se encontrem nas mesmas condições ou em condições equivalentes, segundo critérios legais, constitucionalmente válidos; o de não ter acesso condicionado de modo diferente do acesso de outros concorrentes que se acharem nas mesmas condições.⁶⁸

Nesse diapasão, as construções doutrinárias vêm caminhando no sentido de somar aos requisitos legais para a contratação pela inexigibilidade de licitação (serviços técnicos profissionais especializados, singularidade do objeto e notória especialização) novos preceitos, que tornariam as controvérsias enfrentadas pelos tribunais estáveis. Aqueles seriam fundamentais para nortear a aplicação das leis ao caso concreto.

⁶⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 325.

A questão em debate gira, ainda, em torno de um Recurso Extraordinário aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal e que, após sentenciado, trará a correta interpretação e alcance dos dispositivos da Lei 8.666/93.

4.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SETOR PRIVADO

Com o advento do Estado Social, a Administração Pública assume posição ativa na prestação de serviços públicos a fim de assegurar à população os direitos fundamentais. Mais tarde, com o Estado Democrático, percebeu-se a necessidade de trazer para o ordenamento jurídico a confirmação dessas funções estatais junto à incorporação do princípio democrático.

A Administração Pública é o instrumento do qual se vale o Estado para realizar os seus fins constitucionais. Porém, diante da incapacidade do Estado responder aos anseios da população, verificou-se a sua desqualificação como instrumento capaz de satisfazer às funções sociais ou democráticas que dele se esperava. Nesse momento, nasce o processo que se chamou de “fuga do Direito Administrativo”.

A falsa percepção da incapacidade do Estado de atender às expectativas da sociedade fez com que este buscasse no Direito Privado a regulação da Administração Pública. Em nome da eficiência, surge o Estado Cooperativo, que busca na iniciativa privada o apoio necessário ao exercício de afazeres públicos. Este marco caracterizou-se pelo municiamento da Administração Pública com instrumentos capazes de fazer com que esta se relacione com os segmentos privados de modo a atender, com eficiência, as necessidades da população.⁶⁹

Nesse novo segmento, os contratos de concessão e de permissão de serviços públicos, as parcerias público-privadas, os convênios, os contratos de gestão, os termos de parceria, dentre outros acordos de vontade, assumem papel cada vez mais importante no desempenho das novas e variadas atividades estatais.

Uma vez observado que, no exercício da sua atividade material e para a realização do interesse público, a Administração Pública sente a necessidade de firmar acordos com as entidades privadas, observa-se a importância assumida pelos princípios da impessoalidade, legalidade e do Estado Democrático de Direito.

⁶⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 63 – 65.

É necessário que a Administração assegure a todos os interessados que preenchem os requisitos legais a oportunidade de apresentarem propostas e de serem escolhidos para o fornecimento de bens, prestação de serviços, execução de obras etc. Tal garantia se dá através do procedimento licitatório, regulado em caráter geral pela União e concorrente pelos demais entes públicos.

4.2 A LICITAÇÃO E SUAS FINALIDADES

Na lição de Marçal Justen Filho⁷⁰,

“a licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração, assegurando-se a ampla participação dos interessados, com observância de todos os requisitos legais exigidos”.

Com o autor, corrobora Celso Antônio Bandeira de Mello⁷¹ ao dizer:

“Licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”.

José dos Santos Carvalho Filho⁷² completa o pensamento da doutrina, em apertada síntese, afirmando se tratar de:

“procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles 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”.

Percebe-se, então, que é um procedimento prévio à realização do contrato e visa à realização de valores fundamentais e a concretização dos fins impostos à Administração. Vale dizer, a licitação não é considerada atividade fim, e sim o instrumento pelo qual a Administração escolherá a empresa com que celebrará o contrato.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 11.

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 532.

⁷² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 238.

O certame deve obedecer ao princípio da isonomia. Assim, não se autoriza a violação de garantias individuais ou o tratamento favorecido a determinados participantes em detrimento de outros. A lei procura evitar tratamento discriminatório injustificado.

Nesse sentido, dispõe o art. 3º da Lei 8.666/98:

“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, 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 lhe são correlatos”.

Estabelece, ainda, a Constituição de 1988, em seu art. 37, XXI, que “*ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes*”.

Do dispositivo constitucional, percebe-se que a licitação é a regra. Ademais, estão obrigadas a licitar tanto as pessoas de direito público de capacidade política quanto às entidades de suas Administrações indiretas. Esta vinculação se aplica aos três Poderes.

Todavia, existem hipóteses em que o administrador estará autorizado a contratar diretamente, sem que tenha de proceder à realização de licitação. São exceções que se encontram expressamente mencionadas na Lei 8.666/93.

O Estatuto dos Contratos e Licitações, como chamado por José dos Santos Carvalho Filho, é a fonte legislativa primária disciplinadora das licitações. Por isso, as vedações nele estabelecidas, também a Estados, Distrito Federal e Municípios, devem ser seguidas fielmente. Destacam-se as que proíbem a ampliação dos casos de dispensa e inexigibilidade e dos limites de valor para cada modalidade de licitação, bem como a redução dos prazos de publicidade e dos recursos.⁷³

Vale ressaltar que a não realização de licitação é punida severamente. Tal conduta implica no cometimento de crime, nos termos do art. 89 da Lei 8.666/93: “*Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa*”.⁷⁴

⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 240.

⁷⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 5. ed. rev e atual. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 79.

4.3 CONTRATAÇÃO DIRETA

A obrigatoriedade do processo licitatório não é uma regra absoluta. O art. 37, XXI, da Constituição de 1988 evidencia a relatividade da regra constitucional e a instrumentalidade do certame quando prevê: “*ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública*”.

Percebe-se então, que, em algumas situações, o legislador admitiu a contratação direta, devidamente motivada e independente de licitação prévia. Nessas hipóteses, a realização da licitação pode ser facultativa ao administrador ou, até mesmo, impraticável pela ausência de competição ou por aquela ser inoportuna para o atendimento do interesse público.

Os casos de contratação direta, porém, não dispensam, em regra, a observância de um procedimento formal prévio, como a apuração das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, por meio da motivação da decisão administrativa.

As hipóteses de contratação direta são: (a) licitação dispensada (art. 17 da Lei 8.666/93); (b) dispensa de licitação (art. 24 da Lei 8.666/93); e (c) inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei 8.666/93).⁷⁵

4.3.1 Inexigibilidade de licitação

Estabelece o art. 25, *caput*, da Lei 8.666/93: “*é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição [...]*”.

Sabe-se que a competição é um dos fundamentos básicos da licitação. O fim primordial desta é obter a proposta mais vantajosa à Administração e, assim, não poderá ser realizada quando não houver competitividade em relação ao objeto licitado. Em outras palavras: “*quando não há pluralidade de opções, não existe sentido em aludir a escolha. Quando se trata de contratação administrativa, a licitação adquire sentido quando for possível satisfazer os interesses perseguidos pelo Estado através de diferentes alternativas*”⁷⁶.

Um destaque é dado à doutrina de Marçal Justen Filho quanto à decorrência da inviabilidade de competição:

⁷⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 374 – 375.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 344.

“É imperioso destacar que a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma ideia única. Trata-se de um gênero, comportando diferentes modalidades. Mais precisamente, a inviabilidade de competição é uma consequência, que pode ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação.”⁷⁷

Elucidando os ensinamentos do professor Marçal, Ronny Charles⁷⁸ apresenta fortes argumentos quanto à definição de competição inviável. O autor afirma que, devido a inexigibilidade se confundir com a verificação do pressuposto jurídico da licitação (ser apta a satisfazer o interesse da Administração), competição inviável não seria apenas aquela em que é impossível haver disputa, mas sim aquela em que a disputa ofereça obstáculos ao interesse público, tornando sua realização inútil ou prejudicial.

Diferente parece ser o entendimento de Joel de Menezes Niebuhr⁷⁹:

“A ordem positiva, como dito, delimitou o espectro da inexigibilidade às situações em que a competição não tem condições de se desenvolver, em que a competição, a disputa, é inviável. Destarte, havendo possibilidade de competição, mesmo que ela impeça a satisfação de interesses públicos, não se configura inexigibilidade.”

Essa também é a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁰:

“Em suma: sempre que se possa detectar uma invidiosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica incuba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e, se esta na for dispensável com base em um dos critérios dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput.”

Corroborando com o entendimento da doutrina majoritária e de forma esquematizada, o autor Rafael Carvalho Oliveira⁸¹ afirma que a inviabilidade de competição pode decorrer de duas situações distintas: (a) Impossibilidade fática de competição (ou impossibilidade quantitativa), ou seja, o produto ou o serviço é fornecido por apenas um fornecedor; e (b) impossibilidade jurídica de competição (ou impossibilidade qualitativa),

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 345.

⁷⁸ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 305.

⁷⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de Licitação Pública**. São Paulo. Dialética, 2003. p. 325.

⁸⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 514.

⁸¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 396 - 397.

melhor dizendo, a ausência de critérios objetivos para definir a melhor proposta, de modo que a licitação não teria o condão de estabelecer julgamento objetivo.

O doutrinador, ainda, traz duas características da inexigibilidade de licitação: (a) rol legal exemplificativo, isto é, os casos de inexigibilidade não dependem de expressa previsão legal, pois decorrem de circunstância fática que demonstra a inviabilidade da competição; e (b) vinculação do administrador, que significa a necessidade de afastamento do processo licitatório, uma vez constatada no caso concreto a impossibilidade de competição.

Em síntese, o art. 25 da Lei 8.666/93 traz um rol exemplificativo das hipóteses de inexigibilidade de licitação, não esgotando as possíveis situações em que será verificada a inviabilidade de competição e autorizada a contratação direta por inexigibilidade licitatória. Dessa forma, as hipóteses de inexigibilidade tipificadas são: fornecedor exclusivo, serviços técnicos especializados e a contratação de serviços artísticos⁸².

4.3.2 Serviços técnicos a serem prestados por profissionais de notória especialização

A inviabilidade de competição pode decorrer da inviabilidade de seleção da alternativa mais vantajosa segundo critérios objetivos, ou seja, das hipóteses de serviços não avaliáveis objetivamente. Assim, uma vez que tais serviços não se compatibilizam com o princípio do julgamento objetivo, não se pode aferir com precisão um resultado concernente à relação custo-benefício.

Tal dispositivo, caso observado isoladamente, seria dotado de um elevado grau de subjetividade, visto que a notória especialização se refere a uma característica do particular contratado. Dessa maneira, o §1º do art. 25 da lei buscou definir o perfil conceitual da notória especialização ao prescrever:

Art. 25, §1º “se considera de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior,

⁸² 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.

estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto encontrado”.

Isto posto, não basta a indicação de um dos serviços técnicos especializados apontados pelo art. 13 da Lei. É necessária, ainda, a notória especialização do contratado e a natureza singular (singularidade) do serviço, para que eles sejam inexigíveis.⁸³

O Superior Tribunal de Justiça⁸⁴ já firmou entendimento sobre o tema, afirmando: “a inexigibilidade da licitação, nos termos do art. 25, II, da Lei 8.666/1993, pressupõe a presença concomitante dos seguintes requisitos: a) serviço técnico listado no art. 13; b) profissional (pessoa física) ou empresa de notória especialização; c) natureza singular do serviço a ser prestado.”

Toshio Mukai⁸⁵ também faz considerações sobre o tema, afirmando:

“não há necessidade de que o serviço seja único, inédito, extraordinário, raro. Basta que detenha características que o aproxime em certo grau daquelas características singulares. (...) Portanto, o serviço de natureza singular é aquele que guarda certo grau (maior do que o normal) de complexidade a justificar a contratação de um profissional ou firma de notória especialização.”

Conforme o entendimento do STJ⁸⁶, a demonstração da natureza singular do serviço prestado tem o objetivo maior de permitir a concorrência entre as empresas e pessoas especializadas no mesmo ramo profissional e, garantir ampla transparência à contratação pública assim assegurando a possibilidade de controle pela sociedade e os sujeitos intermediários (Ministério Público, ONGs, etc.).

4.4 A DESCONEXÃO ENTRE A INEXIGIBILIDADE DO ARTIGO 25, II E A ADVOCACIA PRIVADA

O patrocínio de causas judiciais está entre as hipóteses em que, em teses, o art. 25, II, da Lei 8.666/93 admite a contratação direta, por se tratar de serviço técnico relacionado no art. 13 da mesma lei. Porém, listados os limites impostos às hipóteses do art. 25, deve-se

⁸³ Nesse sentido: Marçal Justen Filho, Ronny Charles, Rafael Oliveira, Lucas Furtado e outros.

⁸⁴ STJ, 2ª Turma, REsp nº 942.412/SP (2006/0152916-1), Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 09/03/2009.

⁸⁵ MUKAI, Toshio. **A empresa privada nas licitações públicas**: manual teórico e prático. São Paulo: Atlas, 2000. p. 23.

⁸⁶ STJ, 2ª Turma, REsp nº 942.412/SP (2006/0152916-1), Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 09/03/2009.

evidenciar a falta de entrosamento entre estas e a prestação de serviços por escritórios de advocacia quando se referirem a assessoramento jurídico cotidiano.

O Tribunal de Contas da União tem considerado irregular a contratação de escritórios de advocacia em face da ausência de demonstração de singularidade dos serviços a serem prestados. Em outras hipóteses, a contratação dos mesmos serviços foi considerada regular em face da complexidade e características singulares.⁸⁷

Segundo entendimento do TCU, “a regra para a contratação de serviços advocatícios é a licitação, sendo a inexigibilidade “exceção”, a qual deve ser precedida, obrigatoriamente, da comprovação da inviabilidade fática ou jurídica de competição, da singularidade do objeto e da notoriedade do contratado”⁸⁸. No mesmo sentido, o Tribunal se manifestou em outro julgado afirmando que a contratação de serviço de advocacia, por inexigibilidade de licitação, com suporte no permissivo contido no inciso II do art. 25 da Lei 8.666/93, demanda não só a demonstração da notória especialização do profissional ou escritório escolhido, mas também a comprovação da singularidade do objeto da avença, caracterizada pela natureza “excepcional, incomum à praxe jurídica” do respectivo serviço.⁸⁹

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁹⁰, em seus ensinamentos, lista uma série de requisitos para que se configure a inviabilidade de competição inerente à inexigibilidade:

- (a) Referentes ao objeto do contrato: deve se tratar de serviço técnico, deve ser um dos serviços elencados no art. 13 da Lei 8.666/93, o serviço deve apresentar determinada singularidade e que este serviço não seja de publicidade ou divulgação;
- (b) Referentes ao contratado: o profissional necessita ter habilitação pertinente, que o profissional ou empresa possua especialização na realização do objeto pretendido, que essa especialização seja notória e que a notória especialização esteja relacionada com a singularidade pretendida pela Administração.

Vale destacar o alerta dado por Ronny Charles no sentido de que os serviços de assessoramento jurídicos, naturais à advocacia pública, e o patrocínio ou defesa habitual das diversas causas judiciais propostas em favor ou em face dos entes ou órgãos da Administração, caracterizam-se como atividades próprias de carreira funcional. Imperioso evidenciar a necessidade de a contratação de tais serviços de assessoramento jurídico cotidiano deveria se restringir às contratações que se alinhassem aos limites traçados pelo

⁸⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 370.

⁸⁸ Acórdão nº 3795/2013 – Segunda Câmara, TC 012.998/2005-9, rel. Min. Aroldo Cedraz, 2.7.2013.

⁸⁹ Acórdão nº 3924/2012 – Segunda Câmara, TC 012.314/2005-6, rel. Min. José Jorge, 6.6.2002. Info 109.

⁹⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Vade Mecum de licitações e contratos**. Legislação: organização e seleção, jurisprudência, notas e índice de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 491.

legislador, não somente no pertinente à notória especialização, tão flexibilizada pelos gestores, mas, sobretudo, no que concerne à singularidade dos serviços prestados⁹¹.

4.4.1 O rol do art. 13 e a notória especialização do profissional

É indubitável que os serviços de assessoramento jurídico estão catalogados no art. 13, que leciona: “*Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: V – Patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas*”. Tais atividades listadas refletem a atuação pessoal de um ser humano, com habilidade de produzir a transformação do conhecimento teórico em solução prática.

Todavia, o elenco do artigo 13, da lei 8.666/93 faz referência genérica a certas atividades, que comportam diferentes graus de complexidade. Assim, o inciso II do art. 25 acrescenta duas exigências à contratação, a saber, a notória especialização e a singularidade do objeto da contratação.

Acerca da relação entre notória especialização e o serviço que é pretendido, sumulou o Tribunal de Contas da União, no enunciado ° 39, que a “*notória especialização só tem lugar quando se trata de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insusceptível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação*”.

Nos casos de inexigibilidade, a seleção do terceiro a ser contratado envolve critérios que tendem a ser subjetivos. Isso porque tais serviços visam obter não apenas uma utilidade material. É evidente que a produção de resultados importa à Administração, mas a contratação também é norteada pela concepção de que esse resultado só poderá ser alcançado se for possível contar com uma capacidade intelectual extraordinária. Significa dizer que cada sujeito encarregado de promover o serviço produzirá alternativas qualitativamente distintas.

O Poder Público, todavia, não poderá contratar quem bem entender. Isso porque a ausência de critérios objetivos de julgamento não conduz à possibilidade de escolhas arbitrárias ou inadequadas à satisfação do interesse sob tutela estatal. Sobre essa situação o Supremo Tribunal Federal⁹² já se manifestou:

“Serviços técnicos profissionais especializados são serviços que a administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última

⁹¹ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 317.

⁹² AP nº 348/SC, Plenário, rel. Min. Eros Grau, j. em 15.12.2006, DJ de 03.08.2007.

instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à plena satisfação do objeto do contrato. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança”.

A lei estabelece os parâmetros a serem utilizados para aferição da notoriedade, com o fito de reduzir a margem de discricionariedade e subjetivismo. São eles: (a) desempenho anterior; (b) estudos, publicados ou não; (c) experiências, em andamento ou já concluídas; (d) publicações; (e) organização; (f) aparelhamento; (g) equipe técnica; (h) outros requisitos relacionados com suas atividades⁹³.

Por outro lado, deve-se ter em vista a relação custo-benefício para a Administração. Inúmeras circunstâncias inferem para a seleção da alternativa mais adequada. Um exemplo é a situação em que o profissional de maior qualificação apresenta honorários muito elevados, motivo pelo qual a Administração contrate outro de qualificação inferior, mas com remuneração inferior. Aquela deverá determinar quanto deve desembolsar e, dentro desse limite, escolher a solução mais satisfatória.

A notória especialização, por si só, não inviabiliza a competição a menos que ela seja imprescindível à realização de um determinado serviço singular e, mais do que isso, que a notoriedade apresente relação direta e imediata com a singularidade do objeto. A esse respeito, no julgamento do Processo TC-013.263/93-5, mesmo a contratação de profissionais renomados, inclusive Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, foi considerada irregular porque os serviços contratados não eram, a rigor, de natureza singular a ponto de justificar a inviabilidade de competição.

Evidencia-se, à luz do princípio da impessoalidade, que o posicionamento da Corte Suprema, supracitado, merece revisão na sobreposição do elemento subjetivo da confiança. Fato é que não é a singularidade do prestador do serviço que justifica a não realização de licitação, porém não pode o intérprete legal, existindo vários possíveis concorrentes, se valer da sua confiança na especialização do contratado como último requisito da escolha deste pela inexigibilidade de licitação.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 0011356-06.2008, oportunamente evidenciou esse posicionamento. Nessa hipótese, o

⁹³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Vade Mecum de licitações e contratos**. Legislação: organização e seleção, jurisprudência, notas e índice de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 496 – 497.

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública contra o Município de Niterói por este ter contratado diretamente os serviços de advocacia, sem licitação, quando outros escritórios poderiam ser contratados para a mesma finalidade. O Des. Relator em seu voto observou: “*Penso que, no caso concreto, os serviços de advocacia não eram singulares, tanto que a Administração utilizou dois escritórios distintos. Isso já demonstra a viabilidade da licitação, pelo menos entre os dois contratados.*”⁹⁴

Ainda, numa breve análise do contexto histórico, percebemos que a legislação que trata sobre licitações é do ano de 1993. À época, parece razoável cogitar a existência de profissionais de direito especializados, sobremaneira, de forma que se destacavam facilmente como únicos em determinadas matérias. Isso se dava devido à escassez de profissionais no mercado, à baixa oferta de cursos de especialização e o restrito acesso a estes, à dificuldade de troca de informações e outros inúmeros fatos sociais e tecnológicos.

Hoje, a velocidade com que as informações são compartilhadas e a diferente formação que os juristas recebem muda drasticamente a leitura do dispositivo. Dessa maneira, para que se alcance o reconhecimento acadêmico e profissional em determinada área, a fim de obter um grau de notória especialização, o operador do direito necessita, além do conhecimento técnico, conhecimento interdisciplinar e uma vasta e destacada carreira.

Percebe-se, então, que a notória especialização decorre não só do conhecimento jurídico ou da titulação do profissional contratado, mas também, da reserva de mercado, local da prestação do serviço, grau de jurisdição, tempo de exercício da atividade jurídica em determinada matéria, do custo benefício que a relação contratual resultaria, entre outros.

A análise singular da notória especialização e, conseqüentemente, a não observância dos demais requisitos geraria um grau de subjetividade amplo para a Administração, o que não pode ser tido como a correta interpretação do texto legal.

4.4.2 A singularidade do serviço de patrocínio de causas judiciais ou administrativas

A singularidade do objeto pretendido pela Administração é o ponto fundamental da inexigibilidade. A essência daquela é distinguir os serviços dos demais a serem prestados. Ou seja, a fórmula “natureza singular” destina-se a evitar a generalização da contratação direta para todos os casos enquadráveis no art. 13.

⁹⁴ TJRJ, 13ª Câmara Cível, Apelação nº 0011356-06.2008/RJ, Rel. Des. Agostinho Teixeira, DJRJ 02/12/2015.

A natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado. Desse modo, é forçoso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse sob tutela estatal é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não.

Percebe-se, todavia, que não é possível definir a natureza singular de modo mais preciso devido à natureza diversa das atividades presentes no rol do artigo 13 da Lei 8.666/93. A identificação de um caso anômalo depende da conjugação da natureza própria do objeto a ser executado com as habilidades titularizadas por um profissional-padrão que atua no mercado.

O conceito de “natureza singular”, portanto, é relativo. Depende das circunstâncias históricas e geográficas. Sua identificação, no caso concreto, depende das condições generalizadas de conhecimento e de técnica. Um certo serviço pode ser reputado como de natureza singular em certas regiões do país e não ser assim qualificável em outras.

Nos serviços de assessoramento jurídico de causas que envolvem o Poder Público, por sua vez, a singularidade envolve situações bastante diversas entre si. O referido requisito caracterizar-se-á quando analisados, de maneira sistemática, alguns elementos do objeto do contrato, dentre eles: a complexidade da questão, a especialidade da matéria, a sua relevância econômica, o local em que se exercitará a atividade, o grau de jurisdição e assim por diante. Da mesma maneira, a singularidade pode derivar do conjunto de atividades e tarefas: se consideradas de maneira individual, o objeto poderia ser comum, porém, levando em conta a soma de todas elas, a circunstância quantitativa pode ensejar a singularidade.

Vê-se, ainda, que a jurisprudência do TCU tem reiteradamente afirmado a possibilidade de contratação direta de advogados de notório saber quando a situação assim exige, ainda que o órgão ou a entidade possua quadro próprio de advogados. Os requisitos necessários à contratação de escritórios de advocacia sem licitação foram examinados nos autos do TC 019.893/93-0, tendo sido firmado o seguinte entendimento pelo TCU⁹⁵:

“1. A circunstância de entidade pública ou órgão governamental contar com quadro próprio de advogados não constitui impedimento legal a contratar advogado particular para prestar-lhe serviços específicos, desde que a natureza e as características de singularidade e de complexidade desses serviços sejam de tal ordem que se evidencie não poderem ser normalmente executados pelos profissionais de seus próprios quadros, justificando-se, portanto, a contratação de pessoa cujo nível de especialização a recomende para a causa;

2. O exame da oportunidade e da conveniência de efetuar tal contratação compete ao administrador, a quem cabe analisar e decidir, diante da situação concreta de cada caso, se deve promover a contratação de profissional cujos conhecimentos, renome

⁹⁵ Decisão nº 494/94, Plenário. Ata n. 36.

ou grau de especialização sejam essenciais para a defesa do interesse público que lhe cabe resguardar, e que não encontrem paralelo entre os advogados do quadro de pessoal da entidade sob sua responsabilidade;

3. A contratação deve ser feita entre advogados pré-qualificados como os meios aptos a prestar os serviços especializados que se pretende obter;

4. A contratação deve ser celebrada estritamente para prestação de serviço específico e singular, não se justificando, portanto, firmar contratos da espécie visando à prestação de tais serviços de forma continuada.”

4.5 O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

A hipótese do inciso II do art. 25, da Lei 8.666/93 tem gerado controvérsias prática intensas. A instabilidade causada pelas interpretações e julgados distintos acerca dos arts. 13 e 15 da Lei n. 8.666/93 acarreta diversos entendimentos sobre a legalidade, ou não, da contratação direta de profissionais para patrocínio de causas jurídicas. Pode-se observar, então, tanto no âmbito administrativo quanto no judicial, a consolidação jurisprudencial é fundamental para alcançar-se a segurança jurídica.

O Tribunal de Justiça do Maranhão⁹⁶, em seu julgado mais recente sobre o tema, datado de dezembro de 2015, se manifestou no sentido ora exposto quanto à necessidade de observação dos critérios objetivos mencionados na Lei de licitações e contratos.

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PELO MUNICÍPIO SEM LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE PREVISTA NA LEI DE LICITAÇÕES. ILEGALIDADE E LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO NÃO COMPROVADAS.

1. Em regra, as contratações com o Poder Público exigem o prévio procedimento licitatório como forma de garantir a igualdade de condições entre os interessados e a seleção da proposta mais vantajosa para o Poder Público. 2. A própria lei excepciona tal regra, permitindo a contratação direta, inclusive em casos de serviço de advocacia. Possibilidade, entretanto, que não pode ser generalizada, mas sopesadas as circunstâncias concretas. Como enfatiza o Ministro Herman Benjamin: "A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei 8.666/1993. Ou seja, envolve serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição" (*STJ, REsp 448442/MS, Segunda Turma, julgado em 23.2.10*). 3. Compete ao autor da ação popular comprovar, de modo concreto, a ilegalidade do ato administrativo e a lesividade ao patrimônio municipal. Se não houve tal comprovação, merece ser mantida a sentença de improcedência dos pedidos autorais. 4. Apelo desprovido.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp 488.842/SP, acompanhou o entendimento de que configura patente ilegalidade a carência de um dos requisitos exigidos pelo artigo 25 da lei 8.666/93. Todavia, a acusação rejeitada, tanto pela primeira quanto pela

⁹⁶ TJMA, 3ª Câmara Cível, Apelação nº 0001164-31.2012/MA (028368/2014), Rel. Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa, DJe 03/12/2015.

segunda instância, teve sucesso perante a Corte, trazendo inovações para a discussão. Assim, entendeu o Tribunal Superior que a prática, além de incidir o artigo 59 da lei de licitações e contratos, resulta na violação ao "dever de legalidade" e ao "dever de imparcialidade", bem como num "fim proibido em lei". Dito isso, não se pode afastar a incidência do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, pois a infração independe de dano ao erário e dolo ou culpa do agente.

Isto posto, resta evidente o novo argumento de que a contratação de serviços jurídicos sem licitação caracteriza também a improbidade administrativa.

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

1. A contratação dos serviços descritos no art. 13 da Lei 8.666/93 sem licitação pressupõe que sejam de natureza singular, com profissionais de notória especialização. 2. A contratação de escritório de advocacia quando ausente a singularidade do objeto contratado e a notória especialização do prestador configura patente ilegalidade, enquadrando-se no conceito de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, *caput*, e inciso I, que independe de dano ao erário ou de dolo ou culpa do agente. 3. A multa civil, que não ostenta feição indenizatória, é perfeitamente compatível com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos), independentemente de dano ao erário, dolo ou culpa do agente. 4. Patente a ilegalidade da contratação, impõe-se a nulidade do contrato celebrado, e, em razão da ausência de dano ao erário com a efetiva prestação dos serviços de advocacia contratados, deve ser aplicada apenas a multa civil, reduzida a patamar mínimo (10% do valor do contrato, atualizado desde a assinatura). 5. Recurso especial provido em parte.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do caso supracitado e o RE 656.558 aguarda julgamento. Tal decisão terá impactos positivos e, possivelmente, dará fim às controvérsias. Todavia, destaca-se que a Corte já se pronunciou em alguns momentos de maneira, data vênia, insatisfatória e contrária ao ordenamento jurídico. Na ocasião, destacou-se que uma vez presente a notória especialização, a Administração desfruta amplamente do elemento subjetivo da confiança, como se pode ver:

“Trata-se da contratação de serviços de advogado, definidos pela lei como ‘serviços técnicos profissionais especializados’, isto é, serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposita na especialização desse contratado. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo. Vale dizer: nesses casos, o requisito da confiança da Administração em que deseje contratar é subjetivo; logo, a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do ‘trabalho essencial e

indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (cf. o parágrafo 1º do artigo 25 da Lei nº 8.666/93). Ademais, a licitação desatenderia ao interesse público na medida que sujeitaria a Administração a contratar com quem, embora vencedor da licitação, segundo a ponderação de critérios objetivos, dela não merecesse o mais elevado grau de confiança”⁹⁷

Do exposto, percebe-se a dificuldade em definir alguns conceitos utilizados pela lei como natureza singular e notória especialização. O parágrafo 1º do artigo 25, apesar de reduzir a subjetividade do caput deste artigo, traz consigo limitações imprecisas devido às atividades previstas no art. 13 serem muito diversas entre si. Dessa maneira, em última análise, qualquer hipótese de inviabilidade de competição pode ser reportada a um objeto singular, resultando num amplo grau de subjetividade para o gestor público. Este, inclusive, devido à carência, dispõe de critérios como confiança, situação incompatível com o princípio da impessoalidade e isonomia.

Os tribunais, uma vez que a matéria não está uniformizada, devem aplicar ao caso concreto os critérios que melhor se adequarem à situação, de maneira a verificar a observância, ou não, do dispositivo legal. Todavia, a ausência de critérios objetivos para a aplicação da lei pelo Administrador se reflete também para o Judiciário. Essa situação fica evidente com as conflitantes decisões que emanam tanto do Poder Judiciário como dos Tribunais de Contas, gerando verdadeira insegurança jurídica.

Os julgados revelam, ainda, a enumeração dos requisitos do parágrafo 1º, do artigo 25, de forma equivocada. Em regra, o administrador público verifica se o serviço a ser contratado está previsto no rol do art. 13 da lei de licitações e contratos, se o objeto a ser contratado é singular e, por último, a notória especialização dos possíveis contratados. Esgotados os requisitos legais, a escolha do contratado entre os possíveis se dá pelo critério de confiança, em virtude da ausência de outras determinações para a Administração.

Destaca-se então, a errônea ordem cronológica dos critérios listados pela legislação. Não se pode, primeiro, verificar a singularidade do objeto e, após, dispor de ampla subjetividade para a escolha do profissional adequado. Os princípios inerentes ao certame licitatório evidenciam a necessidade de verificação dos dois últimos critérios de maneira conjunta. O objeto só será singular quando poucos profissionais especializados são capazes de enfrentá-la satisfatoriamente.

Suplantados tais preceitos, o princípio da supremacia do interesse público, a fim de reduzir a abstração legal, impõe a observância de outros quesitos para que a inviabilidade

⁹⁷ Voto do Min. Eros Grau, no RE nº 466.705/SP, 1ªT., rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 14.03.2006, DJ de 28.04.2006.

de competição seja comprovada e a decisão da Administração legitimada. O Judiciário, ao analisar esses outros parâmetros, poderá, enfim, analisar com segurança a observância, ou não, pela Administração, dos critérios explicitados pela lei.

Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto⁹⁸ aduz que a imparcialidade cobra um sentido oposto ao que anteriormente era empregado, ou seja, “*não mais pode ser compreendida como a cegueira do aplicador às especificidades das situações concretas de aplicação do Direito como se a tarefa constitucionalmente a ele encomendada fosse a mesma do legislador.*”

Sempre que não se configurar um serviço singular e que qualquer profissional em condições normais puder atender satisfatoriamente à necessidade estatal, é incabível a contratação direta por inexigibilidade. Todavia, a singularidade nesse tipo de serviço pode decorrer de incontáveis fatores como, por exemplo: a complexidade da questão, a especialidade da matéria, a sua relevância econômica, o local em que se exercitará a atividade, o grau de jurisdição, o conjunto de atividades e a sobrecarga dos procurados de carreira, a reserva de orçamento destinada à contratação, a reserva de mercado no local da prestação de serviços e assim por diante.

Dessa maneira, é inviável a exaustão objetiva dos requisitos inerentes a essa qualidade, por isso, surge uma série de problemas práticos quanto à conformação da licitação a ser adotada.

4.6 A NECESSÁRIA REALIZAÇÃO DE CONCURSOS PÚBLICOS

Todas as fórmulas usualmente utilizadas para licitar serviços de advocacia são defeituosas. Critérios de preços e técnica, por exemplo, seriam impertinentes a essa situação. O primeiro seria inviável, isoladamente, deveriam ser impostas exigências técnicas elevadas. Estas, por sua vez, apresentam uma grande dificuldade de serem estabelecidas e, ainda, só poderiam ser evidenciadas através do tempo de exercício da profissão, através dos resultados obtidos e assim por diante.

A solução para o aparente impasse é apresentada pelo art. 13, §1º: “*ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a*

⁹⁸ CARVALHO NETTO, Menelick. **A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição.** Revista do TST, Brasília: vol. 68, nº 2, abr/jun. 2002. p. 68.

realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração”. A Administração Pública deve optar, preferencialmente, pela execução direta dos serviços advocatícios. É relevante a manutenção de quadro próprio de advogados, que desempenhe atuação permanente e contínua, em favor do Poder Público.

A atuação do profissional da advocacia exige, não apenas o domínio do conhecimento técnico-jurídico e uma sensibilidade acerca dos eventos futuros, mas também, das praxes administrativas e dos fatos passados. É extremamente problemático obter atuação satisfatória de um advogado que não conhece o passado da instituição e desconhece a origem dos problemas enfrentados. De fato, o concurso, direcionado para o exercício concreto da advocacia, permitiria a avaliação do conhecimento técnico-científico dos candidatos e excluiria a contratação de pessoas destituídas de condições de desempenho das atividades fundamentais à satisfação da necessidade estatal.

Marçal Justen Filho⁹⁹ apresenta, ainda, como alternativa o credenciamento. Estabelecer-se-iam requisitos mínimos e se admitiria o credenciamento de todos os advogados interessados. Após, distribuir-se-iam os processos aos advogados credenciados. O autor, porém, chama atenção ao fato de que tal prática pressupõe um número ilimitado de credenciados e, conseqüentemente, a dispersão e a impossibilidade de controle das causas pela Administração.

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 366.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que a constitucionalização do direito administrativo, de fato, deve ser vista como uma crescente onda de democratização da Administração Pública. Esta, além de estar cada vez mais vinculada aos princípios estruturantes do constitucionalismo, deve equipar-se com os instrumentos necessários para a efetiva garantia dos direitos fundamentais.

Tal fenômeno, considerado por Menelick de Carvalho Netto como um pequeno exercício de teoria da constituição, provocou mudanças profundas em alguns institutos do direito administrativo, dentre eles, a noção de interesse público, a natureza do ato administrativo discricionário e, ainda, nas atividades típicas exercidas pelos membros da AGU e procuradores dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

As modificações buscam conferir, no exercício da atividade administrativa, legitimidade ao gestor público e, conseqüentemente, a garantia da participação popular. A última, compreendida em seu sentido amplo, abrangendo tanto a integração da sociedade na tomada de decisões quanto a possibilidade de revisão dos atos do administrador público em decorrência da sua exposição de motivos.

Evidenciou-se, também, a correlação entre o princípio da supremacia do interesse público e os atos administrativos discricionários. O primeiro alcança a noção de interesse público como o resultado de juízos de ponderação que visam proporcionar uma acomodação otimizada entre a vasta miríade de bens, princípios, finalidades e aspirações coletivas. Em outras palavras, tendo em vista que o interesse público não é único, cabe ao chefe do executivo otimizar os interesses em conflitos para viabilizar a realização dos direitos e garantias fundamentais.

Essa potencialização de vontades coletivas se dá por meio dos atos administrativos vinculados ou discricionários. Isto posto, este, especificamente, passa a vincular-se aos princípios do ordenamento jurídico e deixa de ser visto como uma autorização em branco para que o administrador, dentre as várias hipóteses abstratamente abrangidas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto.

Em resumo, trata-se da transferência do exercício de ponderação ao administrador público que, tendo em vista as peculiaridades locais e em busca da realização da finalidade da norma, efetua tal atividade sopesando os fatores e interesses que influenciam no caso concreto. Dessa forma, impede-se que a Constituição possa ser instrumento da arbitrariedade

de órgãos que, apresentando-se como seus guardiões, a usariam unicamente para a defesa dos seus próprios interesses privados.

Percebeu-se, inclusive, que a função e as atividades típicas da advocacia pública merecem destaque nesse cenário. Se antes a carreira era vista como uma mera advocacia de governo, cujos membros eram cuidadosamente escolhidos pelos chefes do executivo para legitimar suas opções administrativas previamente estabelecidas, hoje o Estado Democrático de Direito exige que os procuradores sejam recrutados de um modo impessoal e que tenham independência suficiente para, em casos-limite, optar pelo respeito à Constituição e às leis, muitas vezes contrários aos interesses dos administradores públicos.

A discussão ganha relevância no âmbito das procuradorias municipais. Frente à omissão constitucional acerca da obrigatoriedade dos Municípios organizarem a carreira de procurador, o movimento encabeçado pela Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANMP) para a aprovação da PEC nº 17/2012 ganha repercussão e se torna um anseio cada vez mais tangível.

Não merece mais subsistir o argumento de que a estruturação de procuradorias aumentará as despesas dos Municípios.

Em primeiro lugar, a PEC nº 17/2012 é uma norma programática, ou seja, não vincula a remuneração dos Procuradores Municipais à de outras carreiras jurídicas, sendo competência municipal estabelecer a remuneração dos seus procuradores de acordo com sua capacidade financeira, peculiaridade e conveniência locais. Igualmente, a exigência de que o Município tenha ao menos um procurador concursado não aumentará seu orçamento uma vez que, sem exceção, todos os entes federativos necessitam de assistência jurídica e, para tanto, já vêm contratando advogados privados ou escritórios de advocacia.

Verificou-se, aliás, que o papel da advocacia pública foi ampliado. Seu efetivo exercício é considerado o principal meio de controle interno da juridicidade dos atos administrativos. Nesse cenário, os procuradores têm por objetivo corrigir e prevenir os defeitos e equívocos da Administração Pública, aperfeiçoando-os com vistas a realizar o interesse geral. Da mesma forma, essa atividade enseja a reparação a direitos ou interesses individuais que possam ter sido denegados ou preteridos em consequência do erro ou omissão na aplicação da lei.

Assim, é necessário o fortalecimento e estruturação das procuradorias para que, quando o exercício das suas atividades típicas for de encontro aos interesses dos gestores, possam ter autonomia suficiente para primar pela realização do interesse público e pela observação do princípio da legalidade. Desta forma, é recomendável que essas funções sejam

atribuídas exclusivamente a servidores efetivos, pela sua condição de estabilidade no serviço público, autonomia funcional e desvinculação de quaisquer influências políticas.

Resta indubitável, então, a desconexão entre as carreiras da advocacia pública e o exercício da advocacia privada. Não por outro motivo, o artigo 37, II, da Constituição de 1988 previu a necessidade de prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. Igualmente, quando o Poder Público precisa convencionar com o particular para realizar o interesse público, é necessária a realização do certame licitatório. Tais previsões visam garantir a observância dos princípios constitucionais que regem o Poder Público e a seleção da proposta mais vantajosa.

O legislador, porém, em situações excepcionais admitiu a contratação direta, devidamente motivada. Demonstrada a inviabilidade de competição, torna-se inexigível a licitação, em especial, na contratação de serviços técnicos, enumerados no art. 13 da Lei nº 8.666/93, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

Constatou-se, ademais, a insuficiência semântica dos requisitos elencados para a inexigibilidade de licitação de serviços jurídicos a serem prestados à Administração Pública. A natureza singular do objetivo e a notória especialização tratam-se de conceitos indeterminados eivados de uma ampla e injustificada margem de subjetividade conferida ao gestor público.

À época em que a lei foi publicada, tais conceitos eram palpáveis devido à escassez de profissionais no mercado, à baixa oferta de cursos de especialização, bem como o seu restrito acesso, à dificuldade de troca de informações e outros inúmeros fatos sociais e tecnológicos. Hoje, a velocidade com que as informações são compartilhadas e a diferente formação que os juristas recebem muda drasticamente a leitura do dispositivo.

A notória especialização e a singularidade do objeto decorrem não só do conhecimento jurídico ou da titulação do profissional contratado, mas também, da reserva de mercado, local da prestação do serviço, grau de jurisdição, tempo de exercício da atividade jurídica em determinada matéria, do custo benefício que a relação contratual resultaria, da limitação orçamentária do município, entre outros. A análise isolada dos critérios elencados na lei gera um grau de subjetividade amplo para a Administração. Essa não pode ser considerada a correta interpretação do texto legal que visa excepcionar as situações de inexigibilidade.

Conclui-se, além disso, que a ausência de critérios objetivos vem acarretando a instabilidade e a insegurança jurídica no âmbito do Poder Judiciário.

O STF já se manifestou pela subjetividade do administrador, devendo este escolher o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que deposita na especialização desse contratado. De outro lado, o STJ afirma a necessidade de observância cumulativa dos 3 requisitos listados na lei e, ainda, que a sua não observância, além de incidir o artigo 59 da lei de licitações e contratos, resulta na violação ao "dever de legalidade" e ao "dever de imparcialidade", bem como num "fim proibido em lei", assim, resta caracterizada a improbidade administrativa.

No âmbito administrativo, o Tribunal de Contas da União, na análise da contratação de advogado, sem licitação, por empresa estatal que possuía quadro próprio de advogados, apresentou detalhada e criteriosa apreciação acerca da possibilidade de contratação de advogados particulares pelo Município. Dentre os critérios adotados destacam-se:

- a) A circunstância de entidade pública ou órgão governamental contar com quadro próprio de advogados não constitui impedimento legal a contratar advogado particular para prestar-lhe serviços específicos, desde que a natureza e as características de singularidade e de complexidade desses serviços sejam de tal ordem que se evidencie não poderem ser normalmente executados pelos profissionais de seus próprios quadros, justificando-se, portanto, a contratação de pessoa cujo nível de especialização a recomende para a causa;
- b) A contratação deve ser feita entre advogados pré-qualificados como os meios aptos a prestar os serviços especializados que se pretende obter;
- c) A contratação deve ser celebrada estritamente para prestação de serviço específico e singular, não se justificando, portanto, firmar contratos da espécie visando à prestação de tais serviços de forma continuada.

Do exposto, resta evidente que quanto mais claros se tornam os limites impostos pelo ordenamento à contratação de advogados e escritórios de advocacia, mais objetivo o julgamento proferido.

Depreende-se, também, que a inconstitucionalidade da contratação de escritórios de advocacia para o patrocínio de causas do Poder Público, quando ausentes os requisitos elegidos pela lei, é indubitável. É impreterível a existência de quadro de carreira para cumprir tais atribuições, devendo o exercício por outros advogados ser sempre em caráter excepcional. Tal argumento pode ser deduzido do Estado Democrático de Direito e da obrigatoriedade da realização de licitação para o ingresso em cargos e empregos públicos.

Nesse sentido, a inconstitucionalidade é existente mesmo que o Município não possua procuradoria nem procuradores concursados e sejam poucos os problemas jurídicos enfrentados por ele. A opção Constitucional pode ser deduzida dos artigos 70, 131 e 132 da Carta Magna. Esses artigos demonstram a eleição do controle interno do agir administrativo e não um controle realizado com o auxílio externo. Diferente seria se, dispondo de um quadro de advogados públicos, estes não dispunham de conhecimento técnico suficiente para atuar na resolução do problema jurídico. Nesse caso, seria possível a contratação de advocacia especializada.

É incabível, todavia, a repetida adoção de medidas excepcionais para a solução dos casos concretos que surgem frente à Administração. Veja-se que, para atender casos não pontuais, por exemplo, é inadmissível a promoção do concurso público, caso o município não disponha de quadro de procuradores próprios, ou a devida capacitação técnica do quadro de procuradores quando dispuser de, pelo menos, um procurador concursado. A reiterada contratação que serviços considerados excepcionais estará eivada pela inconstitucionalidade e deverá ser declarada nula nos termos do art. 59 da Lei 8.666/93.

Finalmente, apesar da Constituição estabelecer atividades típicas à advocacia pública e a obrigatoriedade de, caso necessário a contratação de serviços, realizar o certame licitatório, é possível, extraordinariamente, a contratação de escritórios de advocacia para desempenharem tais funções. Porém, essa contratação deve ter objetivo específico e pontual, excepcional e não pode ser exclusiva dos advogados privados. Ainda, cabe ao poder contratante, a cada contratação, demonstrar a impossibilidade de atuação de seus procuradores próprios.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum. 2008.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724**: Informação e documentação, trabalhos acadêmicos, apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2011. 15 p.

_____. **NBR 6023**: informação e documentação, referências, elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, 2003. 24 p.

_____. **NBR 6028**: informação e documentação, resumo, apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2003. 2 p.

_____. **NBR 10520**: informação e documentação, citações em documentos, apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2002. 7 p.

_____. **NBR 6027**: informação e documentação, sumário, apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2013. 3 p.

_____. **NBR 6024**: informação e documentação, numeração progressiva das seções de um documento, apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2012. 8 p.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99- 127.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I.

BARROSO, Luís Roberto. **Prefácio à obra “Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público”**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 31, julho/agosto/setembro de 2012. p. 3. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-31-JULHO-2012-GUSTAVO-BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade:** um novo paradigma para o direito administrativo. In: Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 117-170.

BORGES, Alice Gonzáles. **Supremacia do interesse público:** desconstrução ou reconstrução? Revista Interesse Público: Porto Alegre, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil:** anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 381. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Diário Oficial, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 fev 2016.

_____. Senado Federal. Projeto de Emenda Constitucional. PEC nº 17/2012. Altera o art. 132 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=105535&tp=1>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REsp nº 942.412/SP (2006/0152916-1), Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 09/03/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4360863&num_registro=200601529161&data=20090309&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. Ação Penal nº 348/SC. Plenário, rel. Min. Eros Grau, j. em 15.12.2006, DJ de 03.08.2007. Disponível em:

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2937965/acao-penal-ap-348-sc>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União, Segunda Câmara. Acórdão nº 3924/2012. Rel. Min. José Jorge, 6.6.2002. Info 109. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DB4AFB3014DBB3AED3C18A9&inline=1>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União, Segunda Câmara. PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL. OCORRÊNCIAS RELACIONADAS COM A CONTRATAÇÃO INDEVIDA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E ALTERAÇÕES CONTRATUAIS ACIMA DOS LIMITES LEGAIS PERMITIDOS. AUDIÊNCIA. ACOLHIMENTO PARCIAL DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. REGULARIDADE COM RESSALVAS DAS CONTAS DOS GESTORES OUVIDOS EM AUDIÊNCIA. REGULARIDADE DAS CONTAS DOS DEMAIS RESPONSÁVEIS. Acórdão nº 3795/2013. Rel. Min. Aroldo Cedraz, 2.7.2013. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DB4AFB3014DBAD1D5BC1FA8&inline=1>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. Denúncia formulada por advogado contra a RFFSA. Contratação de advogado, sem licitação. Entidade possui quadro próprio de advogado. Conhecimento. Improcedência. Considerações sobre a matéria. Decisão nº 494/94, Plenário. Ata n. 36. Rel. Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. DJe 15/08/1994. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19940208%5CGERACG_TC-22022.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick. **A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição**. Revista do TST, Brasília: vol. 68, nº 2, abr/jun. 2002.

CASTRO, Aldemário Araújo. **Advocacia de Estado versus Advocacia de Governo**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&columista=2052_Aldemario_Castro&ver=591>. Acesso em: 12 fev. 2016

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: v.1, parte geral e LINDB. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Vade Mecum de licitações e contratos**. Legislação: organização e seleção, jurisprudência, notas e índice de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 5. ed. rev e atual. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. **Advocacia Pública**: estudo classificatório de direito comparado. *In*: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.

LUCIANO FERREIRA LEITE – **Discrecionabilidade administrativa e controle judicial**, Ed. Rev. dos Tribunais, 1981.

MACEDO, Rommel. **A advocacia pública consultiva e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas**: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da

Advocacia-Geral da União. *In*: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MADEIRA, Danilo Cruz. **O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito**. Revista Virtual da AGU, ano 10, n. 107, dez. 2010. p. 19. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=152998&id_site=1115&ordenacao=1> Acesso em: 12 fev. 2016.

MADUREIRA, Claudio. **Advocacia pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça, 3ª Câmara Cível. APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. Apelação nº 0001164-31.2012/MA (028368/2014). Rel. Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa, DJe 03/12/2015. Disponível em: <<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/263972143/apelacao-apl-283682014-ma-0001164-6120128100022>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Comentários aos arts. 131 ao 132**. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1659.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **As funções essenciais à justiça e as procuradorias constitucionais**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez. 1991.

_____. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MUKAI, Toshio. **A empresa privada nas licitações públicas**: manual teórico e prático. São Paulo: Atlas, 2000.

NETO, Diogo Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Administrativo**: novas considerações (avaliação e controle das transformações). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitdoestado.com.br>>. Acesso em: 22 jan 2016.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de Licitação Pública**: São Paulo. Dialética, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo**: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?**. Revista de Direito Administrativo nº 220.

Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça, 13ª Câmara Cível. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA CONTRATADOS, SEM LICITAÇÃO, PARA DEFESA JUDICIAL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI. Apelação nº 0011356-06.2008/RJ, Rel. Des. Agostinho Teixeira, DJRJ 02/12/2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042C9F9378C3E016A29305683F19789408C50425505341&USER=>>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. In: Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 171-216.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 219- 248.

SILVA FILHO, Derly Barreto. **O controle da legalidade diante da remoção e inamovibilidade dos advogados públicos.** Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, n. 772, fev. 2000.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro.** *In:* GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para construção de um Estado de Justiça.* Belo Horizonte: Fórum, 2010.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva.** *In:* GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para construção de um Estado de Justiça.* Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. **Leis de licitações públicas comentadas.** 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.