

28/10/2024**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558 SÃO PAULO**

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: ANTONIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA
ADV.(A/S)	: RODRIGO ALEXANDRE DE OLIVEIRA
ADV.(A/S)	: ANTONIO SERGIO BAPTISTA
ADV.(A/S)	: JULIANA ARANHA FONTES
ADV.(A/S)	: MARIA FERNANDA PESSATTI DE TOLEDO E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: BRUNA SILVEIRA SAHADI
RECDO.(A/S)	: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S)	: ADILSON FRANCO PENTEADO
ADV.(A/S)	: JOSÉ GERALDO SIMIONI
RECDO.(A/S)	: PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITATIBA
ADV.(A/S)	: NATALINA APARECIDA DELFORNO DOS SANTOS ALVES
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ITATIBA
RECDO.(A/S)	: CELSO APARECIDO CARBONI
ADV.(A/S)	: CELSO APARECIDO CARBONI
ASSIST.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: EGON RAFAEL DOS SANTOS OLIVEIRA
ADV.(A/S)	: CLAUDIA PAIVA CARVALHO
ADV.(A/S)	: MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO
ADV.(A/S)	: RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO
ADV.(A/S)	: OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JUNIOR
ADV.(A/S)	: FERNANDA MARINELA DE SOUSA SANTOS NUNES
ADV.(A/S)	: LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE
ADV.(A/S)	: ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE
ADV.(A/S)	: MANUELA ELIAS BATISTA
ADV.(A/S)	: BRUNA SANTOS COSTA
AM. CURIAE.	: CESA - CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE

RE 656558 / SP

ADVOGADOS

ADV.(A/S)

:RUBENS NAVES

AM. CURIAE.

:UNIÃO

PROC.(A/S)(ES)

:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA

Direito constitucional e administrativo. Improbidade administrativa. Necessidade de dolo. Inexigibilidade de licitação. Contratação pelos municípios de escritório de advocacia para patrocínio e defesa de causas perante os tribunais de contas estaduais. Requisitos.

1. O ato de improbidade administrativa deve ser entendido como ato violador do princípio constitucional da probidade administrativa, ou seja, aquele no qual o agente pratica o ato violando o dever de agir com honestidade. Isso é, o agente ímprobo atua com desonestidade, ao que se conectam a deslealdade e a má-fé.

2. Estando a desonestidade relacionada com o dolo, não é possível desvincular a improbidade administrativa, a qual depende da desonestidade, do referido elemento subjetivo, isso é, do dolo. Nessa toada, o dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal), sendo inconstitucional a modalidade culposa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, com sua redação originária.

3. No que diz respeito aos arts. 13, inciso V, e 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93, deve-se ter em mente, como bem apontou o Ministro **Roberto Barroso**, que a disciplina constitucional da advocacia pública (arts. 131 e 132 da CF) impõe que, em regra, a assessoria jurídica das entidades federativas, tanto na vertente consultiva como na defesa em juízo, caiba aos advogados públicos. Excepcionalmente, caberá a contratação de advogados privados, desde que plenamente configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pelos membros da advocacia pública.

4. Ainda em relação aos dispositivos mencionados, insta realçar que, mesmo que a contratação direta envolva atuações de maior complexidade

RE 656558 / SP

e responsabilidade, é necessário que a Administração Pública demonstre que os honorários ajustados se encontram dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional.

5. Foram fixadas as seguintes teses de repercussão geral: “a) O dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal), de modo que é inconstitucional a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária. b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com a responsabilidade profissional exigida pelo caso, observado, também, o valor médio cobrado pelo escritório de advocacia contratado em situações similares anteriores.”

6. RE nº 610.523/SP julgado prejudicado e RE nº 656.558/SP ao qual se dá provimento, restabelecendo-se a decisão em que se julgou improcedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento, por unanimidade de votos, em julgar prejudicado o RE 610.523/SP. Por maioria, apreciando o tema 309 da repercussão geral, dar provimento ao RE nº 656.558/SP, a fim de se restabelecer a decisão em que se julgou improcedente a ação, e fixar a seguinte tese: “a) O dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, §

RE 656558 / SP

4º, da Constituição Federal), de modo que é inconstitucional a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária. b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com a responsabilidade profissional exigida pelo caso, observado, também, o valor médio cobrado pelo escritório de advocacia contratado em situações similares anteriores.” Tudo nos termos do voto aditado do Relator, vencidos parcialmente os Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Edson Fachin, André Mendonça e Cármen Lúcia. Plenário, Sessão Virtual de 18.10.2024 a 25.10.2024.

Brasília, 28 de outubro de 2024.

Ministro Dias Toffoli

Relator



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : ANTÔNIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA

ADV.(A/S) : MARIA FERNANDA PESSATTI DE TOLEDO E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S) : ADILSON FRANCO PENTEADO

ADV.(A/S) : JOSÉ GERALDO SIMIONI

INTDO.(A/S) : PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITATIBA

ADV.(A/S) : NATALINA APARECIDA DELFORNO DOS SANTOS ALVES

INTDO.(A/S) : CELSO APARECIDO CARBONI

ASSIST.(S) : CONSELHO FEDERAL DA OAB

ADV.(A/S) : OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CESA - CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS

ADV.(A/S) : RUBENS NAVES E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Adiado por indicação do Relator. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 06.08.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : ANTÔNIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA

ADV.(A/S) : MARIA FERNANDA PESSATTI DE TOLEDO E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S) : ADILSON FRANCO PENTEADO

ADV.(A/S) : JOSÉ GERALDO SIMIONI

INTDO.(A/S) : PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITATIBA

ADV.(A/S) : NATALINA APARECIDA DELFORNO DOS SANTOS ALVES

INTDO.(A/S) : CELSO APARECIDO CARBONI

ASSIST.(S) : CONSELHO FEDERAL DA OAB

ADV.(A/S) : OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CESA - CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS

ADV.(A/S) : RUBENS NAVES E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Adiado por indicação do Relator. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 06.08.2014.

Decisão: O Tribunal, apreciando pedido formulado, adiou o julgamento do feito. Ausentes, nesta assentada, os Ministros Celso de Mello e Roberto Barroso. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 04.02.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : ANTÔNIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA

ADV.(A/S) : MARIA FERNANDA PESSATTI DE TOLEDO (228078/SP) E

OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : BRUNA SILVEIRA SAHADI (0040606/DF)

RECDO.(A/S) : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S) : ADILSON FRANCO PENTEADO

ADV.(A/S) : JOSÉ GERALDO SIMIONI (00062280/SP)

INTDO.(A/S) : PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITATIBA

ADV.(A/S) : NATALINA APARECIDA DELFORNO DOS SANTOS ALVES
(138019/SP)

INTDO.(A/S) : CELSO APARECIDO CARBONI

ASSIST.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL -
CFOAB

ADV.(A/S) : RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO (19979/DF)

ADV.(A/S) : OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR (16275/DF) E

OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CESA - CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS

ADV.(A/S) : RUBENS NAVES (19379/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Adiado por indicação do Relator. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 06.08.2014.

Decisão: O Tribunal, apreciando pedido formulado, adiou o julgamento do feito. Ausentes, nesta assentada, os Ministros Celso de Mello e Roberto Barroso. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 04.02.2015.

Decisão: Adiado por indicação do Relator. Ausentes, nesta assentada, os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.08.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário

14/06/2017**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558 SÃO PAULO**

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: ANTÔNIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA
ADV.(A/S)	: RODRIGO ALEXANDRE DE OLIVEIRA
ADV.(A/S)	: ANTONIO SERGIO BAPTISTA
ADV.(A/S)	: JULIANA ARANHA FONTES
ADV.(A/S)	: MARIA FERNANDA PESSATTI DE TOLEDO E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: BRUNA SILVEIRA SAHADI
RECDO.(A/S)	: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S)	: ADILSON FRANCO PENTEADO
ADV.(A/S)	: JOSÉ GERALDO SIMIONI
RECDO.(A/S)	: PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITATIBA
ADV.(A/S)	: NATALINA APARECIDA DELFORNO DOS SANTOS ALVES
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ITATIBA
RECDO.(A/S)	: CELSO APARECIDO CARBONI
ADV.(A/S)	: CELSO APARECIDO CARBONI
ASSIST.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: EGON RAFAEL DOS SANTOS OLIVEIRA
ADV.(A/S)	: CLAUDIA PAIVA CARVALHO
ADV.(A/S)	: MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO
ADV.(A/S)	: RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO
ADV.(A/S)	: OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JUNIOR
ADV.(A/S)	: FERNANDA MARINELA DE SOUSA SANTOS NUNES
ADV.(A/S)	: LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE
ADV.(A/S)	: ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE
ADV.(A/S)	: MANUELA ELIAS BATISTA
ADV.(A/S)	: BRUNA SANTOS COSTA
AM. CURIAE.	: CESA - CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE

RE 656558 / SP

	ADVOGADOS
ADV.(A/S)	:RUBENS NAVES
AM. CURIAE.	:UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

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

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

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

RE 656558 / SP

II, da Lei nº 8.429/92.

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

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

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

Contra esse acórdão o Ministério Público estadual opôs embargos de declaração. O Tribunal Local, considerando não haver contradição ou omissão no acórdão impugnado, não conheceu dos declaratórios.

Na sequência, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs ao acórdão da Corte paulista, de forma simultânea, recursos extraordinário e especial. A referida parte, com o fundamento de que o acórdão da Corte paulista teria violado os arts. 5º, inciso LXXIII; 37, **caput**, inciso XXI e § 4º; 93, inciso IX, da Constituição Federal, interpôs recurso extraordinário com fundamento no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal. A Quarta Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo admitiu, em parte, o recurso extraordinário, para que ele fosse julgado apenas sob a perspectiva da eventual inconstitucionalidade da decisão impugnada em face do disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal (fls. 1.165/1.171).

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

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

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

RE 656558 / SP

“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” (REsp nº 488.842/SP, Segunda Turma, red. do ac. Min. **Castro Meira**, DJe de 5/12/08, fl. 1243 – grifos nossos).

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

Irresignado contra o acórdão em que o STJ deu provimento ao

RE 656558 / SP

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

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

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

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

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

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

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

RE 656558 / SP

configura ilícito civil e a sua correspondente sanção.

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

(...)

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

O prequestionamento foi exaustivo e nenhum obstáculo impede a admissão do recurso: o v. acórdão guerreado expressamente afirmou que não analisaria a questão sob o viés constitucional” (fl. 1344).

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

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

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

“[a] inexigibilidade de licitação tem amparo em

RE 656558 / SP

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

(...)

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

Ao final, reitera o recorrente que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça teria violado o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

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

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

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

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

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

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

RE 656558 / SP

matéria suscitada nesse feito.

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

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

O assunto corresponde ao Tema nº 309 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na **internet**. Segue trecho dos fundamentos utilizados em minha manifestação sobre a existência da repercussão geral, os quais balizam as discussões jurídicas no apelo extremo:

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

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

Ademais, como o referido recurso extraordinário foi

RE 656558 / SP

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

A questão posta apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, sendo relevante para todas as esferas da Administração Pública, que podem deparar-se com situações que demandem a celebração de contratos de prestação de serviços e que poderão, depois de estabelecida por este Supremo Tribunal Federal a exata compreensão dos comandos constitucionais em debate nestes autos, agir com maior segurança, evitando a celebração de avenças passíveis de anulação, bem como sujeitas a imposição de graves sanções para aqueles que tomarem parte em tal tipo de contratação” (fls. 1680/1681 – grifos nossos).

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

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

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

RE 656558 / SP

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

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

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

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

3. A noção conceitual de improbidade administrativa não se encerra e não se confunde com mera ilegalidade. Traduz, antes, a ideia de imoralidade e de ilegalidade qualificadas. É o

RE 656558 / SP

agir administrativo imoral, ilegal, desonesto e corrupto, que destoa dos princípios regentes da administração pública.

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

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

6. Não há falar em ausência de prejuízo ao Erário quando o agente público, ao invés de se valer dos quadros de procuradores municipais, contrata com escritório de advocacia a prestação do serviço público incluído no campo de atuação ordinária do quadro de advogados públicos municipais. A conduta do agente viola os deveres de honestidade, impessoalidade, legalidade e [atenta] contra o patrimônio moral e ético do Poder Público.

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

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

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

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA AO RECURSO ESPECIAL.

RE 656558 / SP

REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO PARA JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OCORRÊNCIA DO EFEITO SUBSTITUTIVO: CPC, ART. 512. PREJUDICIALIDADE DO EXTRAORDINÁRIO.

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

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

Parecer pelo não-conhecimento do recurso.”

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

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

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

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

RE 656558 / SP

resultado da conversão do AI nº 791.811/SP, no qual foi reconhecida a repercussão geral do tema ora em análise).

Em 14/6/17, após meu voto, o julgamento foi suspenso, a fim de que retornasse à apreciação do Plenário, preferencialmente, após a inclusão em pauta da ADC nº 45.

Após refletir sobre o tema da responsabilidade por atos de improbidade administrativa, apresento novo voto e submeto o processo para julgamento no ambiente virtual, avançando na análise da matéria, contextualizada com a Lei nº 14.320/21.

É o relatório.

14/06/2017

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Senhora Presidente, prometo falar apenas 5 minutos se Vossa Excelência e os eminentes Colegas atenderem a um pedido: quando retomarmos o julgamento, já que não vamos concluí-lo na data de hoje, eu poderia retomar o conteúdo mais extenso de meu voto, cuja conclusão vou sintetizar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, Vossa Excelência, faria a leitura do voto, eu indicaria o adiamento do julgamento, em razão do horário, para retomada em data que, previamente, agendarei.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

E, aí, como Relator, eu retomaria a palavra já delineando...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Anunciaria, nesta assentada, apenas a conclusão?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Exatamente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Fica garantido, da minha parte, que eu darei de volta a palavra a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Agradeço a compreensão da eminente Presidente, dos eminentes Colegas e das partes, do Ministério Público e dos eminentes advogados.

E, desde logo, digo tanto ao Ministério Público quanto aos eminentes advogados que o voto, na íntegra, estará à disposição no gabinete e também pedirei para que já seja disponibilizado no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Em poucos minutos, já estará disponibilizado.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

14/06/2017**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558 SÃO PAULO****VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):****DA INTRODUÇÃO**

Os presentes RE nºs 656.558/SP (substituto do AI nº 791.811/SP) e 610.523/SP estão afetados ao Tema nº 309, no qual se debate o alcance das sanções impostas pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal aos condenados por improbidade administrativa.

Nos recursos extraordinários, os seguintes pontos foram levantados, tendo os dois primeiros questionamentos sido apontados em minha manifestação e reconhecidos por esta Corte no plenário virtual como sendo de repercussão geral: a) o simples vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito configura a improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal?; b) é constitucional a regra inserta no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que estabelece a possibilidade de inexigibilidade de licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 dessa lei, os quais devem ter natureza singular e serem prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, em especial no que tange à execução de serviços de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, a despeito do que prevê o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal?; c) no caso concreto, o contrato firmado entre as partes importou em ilicitude e na prática de ato de improbidade administrativa?

Na sessão de 14/6/17, proferi voto dando provimento RE nº 656.558/SP e negando provimento do RE nº 610.523/SP. Na ocasião, sustentei a impossibilidade de se aplicar a tese de responsabilidade objetiva aos atos de improbidade administrativa.

E consignei que, para a configuração desses atos, seria necessária a demonstração de dolo no caso dos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92 ou de dolo ou culpa no caso do art. 10 da mesma lei (atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário), em sua redação originária.

RE 656558 / SP

Após muito refletir sobre o assunto e considerando o advento da Lei nº 14.230/21, bem como os debates no julgamento do Tema nº 1.199, evoluo no entendimento. A meu ver, os atos de improbidade administrativa somente se configuram se presente o dolo, qualquer que seja a espécie na qual esses atos se enquadram (atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário, atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário ou atos que atentam contra os princípios da Administração Pública). Isso é, a culpa, inclusive quando grave, não é suficiente para que a conduta de um agente seja enquadrada em ato de improbidade administrativa, qualquer que seja o tipo desse ato.

Esclareço que minha evolução de entendimento tem maiores reflexos, como se verá, no que diz respeito à configuração dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária).

Feita essa introdução, noticio que o voto possui a seguinte estrutura: na primeira parte, enfrentarei a discussão sobre a necessidade do dolo para a configuração dos atos de improbidade administrativa; na segunda parte, apreciarei a constitucionalidade da inexigibilidade de licitação na hipótese prevista nos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993; e, na terceira parte, adentrarei no exame do caso concreto.

DA PRIMEIRA PARTE**DO BREVE HISTÓRICO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

O combate à improbidade administrativa, como lecionam muitos doutrinadores, historicamente se conecta com a seara criminal.

Nas ordenações portuguesas vigentes durante o Brasil Colônia, já se viam algumas normas nessa direção¹. As penalidades eram, usualmente,

1 No período pré-colonial, previam-se, nas Ordenações Afonsinas, penas para os tesoureiros, almoxarifes, recebedores do Rei que levassem peitas em certas circunstâncias (Livro II, Título LI), bem como para juízes que recebessem peita por julgar e para a parte que lhe desse ou promettesse (Livro III, Título CXXVIII) (Portugal. Ordenações Afonsinas. Coimbra: Na Real Imprensa da Universidade. 1792. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280>. Acesso em: 11 de out de 2023).

RE 656558 / SP

bastante graves.

Assim, por exemplo, nas ordenações Filipinas, Livro V² (que antecedeu o Código Criminal do Império), eram previstas sérias penas, que incluíam a perda do ofício e o pagamento de elevado múltiplo do que fosse recebido, aos Desembargadores, Julgadores e quaisquer outros oficiais da justiça ou da Fazenda, entre outros agentes, que recebessem peitas (Título LXXI). Em algumas situações, eram estabelecidos a perda de bens e o degredo para o Brasil ou para a África. Em certa hipótese, ainda se estipulava que o agente, “além do perdimento da fazenda, morrerá morte natural”.

No mesmo livro, previam-se penas severas parecidas com as mencionadas (perda de ofício para nunca mais o haver, pagamento de múltiplo da quantia levada, degredo) para os oficiais da justiça ou da Fazenda, entre outros, que levassem das partes mais do que, por seus regimentos, lhes era ordenado (Título LXXII). Também eram estabelecidas penas graves (v.g., perda do ofício e pagamento de nove vezes mais da valia do que foi furtado ou levado) para os oficiais que furtassem o Rei ou deixassem perder sua Fazenda por malícia (Título LXXIV).

As condutas em questão e outras foram, mais tarde, combatidas por meio do Código Criminal do Império (Lei de 16 de dezembro de 1830). Em síntese, passaram elas a ser tratadas no âmbito dos crimes de peita (arts. 130 a 132), concussão (art. 135) e peculato (art. 170 a 172), afora outras tipificações. Esse código ainda previu o crime de suborno (art. 133), entre outras infrações penais. A grosso modo, essas figuras criminais continuaram a existir nas legislações penais posteriores, como na

Já no Brasil colonial, nas Ordenações Manuelinas, estabeleceram-se penas, v.g., para os oficiais do Rei que recebessem peitas e para as partes que lhe dessem ou prometessem (Livro V, Título LVI) (Portugal. Ordenações Manuelinas. Coimbra: Na Real Imprensa da Universidade. 1797. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17841>. Acesso em: 11 de out de 2023).

2 Portugal. Ordenações Filipinas. Lisboa: no Mosteiro de S. Vicente de Fóra, Camara Real de Sua Majestade. 1747. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/21800>. Acesso em: 11 de out de 2023.

RE 656558 / SP

Consolidação das Leis Penais de 1932 e no Código Penal de 1940 (o qual entrou em vigor em 1942), embora com algumas alterações³.

Com a evolução do direito, foram, pouco a pouco, previstas normas mais apartadas da seara criminal.

O Decreto-lei nº 3.240 adveio em 1941, disciplinando o sequestro de bens de pessoas indiciadas por crimes de que resultava prejuízo para a fazenda pública. De acordo com o diploma, o sequestro cessaria se a ação penal não fosse iniciada ou reiniciada no prazo lá previsto ou se, por sentença transitada em julgado, fosse extinta a ação ou absolvido o réu.

Dispôs ainda aquele decreto-lei que a cessação do sequestro não excluiria, tratando-se de pessoa que exercesse ou tivesse exercido a função pública, nem a incorporação à fazenda pública dos bens que foram julgados de aquisição ilegítima nem o direito de a Fazenda Pública pleitear a reparação do dano de acordo com a lei civil.

O tema ganhou fisionomia constitucional em 1946, quando a Constituição de então tratou de estipular o seguinte no art. 141, § 31, parte final:

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

Sob a égide de tal Carta, advieram duas importantes leis tratando da matéria. A primeira foi a Lei Pitombo Godói Ilha (Lei nº 3.164/57), oriunda do PL nº 670/1951.

A ideia, pelo projeto de lei, era criar a ficha de declaração de bens do servidor público e estabelecer que, “constatada a **desonestidade funcional**” (grifo nosso), o servidor teria os bens de origem duvidosa, constantes da ficha financeira, sequestrados. Comprovada a aquisição por

3 Por exemplo, suborno e peita passaram a ser tratados na mesma seção com o Código Penal de 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 2 de out de 2023.

RE 656558 / SP

influência ou com abuso do cargo ou função, haveria o perdimento desses bens. Segundo o autor da proposição, a nova lei viria “apontar os **desonestos**, aqueles que procuram o enriquecimento ilícito por influência ou com abuso do cargo”⁴ (grifo nosso).

Na tramitação do projeto houve modificações. No parecer ⁵do Relator na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados, anotou-se que o art. 141, § 31, da Constituição Federal de 1946 tinha permitido à legislação ordinária repressão “à **desonestidade** administrativa, à advocacia equívoca, ao tráfico de influência e a todo enriquecimento ilegítimo por influência ou abuso da função pública” (grifo nosso). Na oportunidade, aduziu-se que “já se [estavam] tornando escandalosos êsses processos de corrupção”. Também o parecer indicou que a perda de bens prevista naquele dispositivo constitucional poderia ser aplicada, como previsto naquele Decreto-lei nº 3.240/41, mesmo no caso de extinção de ação penal ou de absolvição do réu por crimes contra a Administração Pública (Título XI do Código Penal): “nem sempre a isenção da responsabilidade criminal exclui a ilicitude do ato, respeitada (...) a coisa julgada, quanto à existência ou autoria do fato criminoso”. E complementou o Relator naquele parecer: “pode mesmo suceder que o enriquecimento ilícito resulta de ato que não reúne todos os elementos da figura delituosa”. A lei, então, em tais condições, deveria tratar da perda de bens “independentemente da responsabilidade criminal” e dispor que a extinção da ação penal ou a absolvição do agente “não [excluiriam] a decretação da perda dos bens ilicitamente adquiridos”.

Eis o que constou do art. 1º da Lei Pitombo Godói Ilha:

“Art. 1º São sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade

4 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1221860&filename=Dossie-PL%20670/1951#page=39. Acesso em: 11 de out de 2023.

5 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1221860&filename=Dossie-PL%20670/1951#page=42. Acesso em: 11 de out de 2023.

RE 656558 / SP

criminal em que tenha aquêle incorrido.

§ 1º As medidas prescritas neste artigo serão decretadas no juízo civil, observadas as disposições da lei processual.

§ 2º O processo será promovido por iniciativa do Ministério Público ou de qualquer pessoa do povo.

Art. 2º A extinção da ação penal ou a absolvição do réu incurso nos crimes capitulados no Título XI da Parte Especial do Código Penal ou em outros crimes funcionais, de que resulte locupletamento ilícito, não excluirá a incorporação à Fazenda Pública dos bens de aquisição ilegítima, ressalvado o direito de terceiros de boa fé”.

A segunda lei editada sob a égide da Carta Federal de 1946 foi a Lei nº 3.502/58, oriundo do PL nº 505/1955.

O autor da propositura, o Deputado Bilac Pinto, buscava ampliar o controle considerando, entre outros pontos, as formas de se administrar por meio de empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades. O desígnio era “opor barreiras legais a processos correntes de corrupção, em vários setores do governo”. Na proposta inicial, havia o rol dos casos de enriquecimento ilícito, as normas relativas ao sequestro e à perda de bens bem como, em apenas algumas situações, a previsão de pena de reclusão de um a oito anos para os que enriquecessem ilicitamente⁶.

De acordo com o Relator na CCJ da Câmara dos Deputados, eram medidas importantes “deter e coibir o enriquecimento ilícito, pela corrupção, enfim, dos dirigentes, detentores de função ou cargo público, ou dos responsáveis pelos bens e valores do Patrimônio Público”. Inobstante isso o projeto necessitava de alguns ajustes. Segundo ele, “todo enriquecimento ilícito, nos termos da definição e classificação do projeto, [caia] francamente no terreno do ilícito penal”, não sendo razoável considerar que apenas algumas situações ensejassem “o

6 Disponível

em:

<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD04AGO1955.pdf#page=27>. Acesso em: 11 de out de 2023.

RE 656558 / SP

procedimento criminal e a imposição da pena”. Deveria o enriquecimento ilícito, assim, ser equiparado “aos crimes contra a administração e o patrimônio público, sujeitando os responsáveis ao processo criminal e a imposição de pena, na forma das leis penais”, sem criação de novas penas⁷.

Após modificações no projeto durante o trâmite nas Casas legislativa, foi editada a Lei nº 3.502/58. Transcrevo alguns dispositivos relevantes:

“Art. 1º O servidor público, ou o dirigente, ou o empregado de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiar de enriquecimento ilícito ficará sujeito ao seqüestro e perda dos respectivos bens ou valores.

(...)

Art. 2º Constituem casos de enriquecimento ilícito, para os fins desta lei:

a) a incorporação ao patrimônio privado, sem as formalidades previstas em leis, regulamentos estatutos ou em normas gerais e sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos;

b) a doação de valores ou bens do patrimônio das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos a indivíduos ou instituições privadas, ainda que de fins assistenciais ou educativos, desde que feita sem publicidade e sem autorização prévia do órgão que tenha competência expressa para deliberar a êsse respeito;

c) o recebimento de dinheiro, de bem móvel ou imóvel, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente;

d) a percepção de vantagem econômica por meio de alienação de bem móvel ou imóvel, por valor sensivelmente superior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;

⁷ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1217130&filename=Dossie-PL%20505/1955#page=7. Acesso em: 22 de out de 2023.

RE 656558 / SP

e) a obtenção de vantagem econômica por meio da aquisição de bem móvel ou imóvel por preço sensivelmente inferior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;

f) a utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos máquinas e materiais de qualquer natureza de propriedade da União, Estado, Município, entidade autárquica, sociedade de economia, mista, fundação de direito público, empresa incorporada ao patrimônio da União ou entidade que receba e aplique contribuições para-fiscais e, bem assim, a dos serviços de servidores públicos, ou de empregados e operários de qualquer dessas entidades.

(...)

Art. 4º O enriquecimento ilícito definido nos termos desta lei, equipara-se aos crimes contra a administração e o patrimônio público, sujeitando os responsáveis ao processo criminal e à imposição de penas, na forma das leis penais em vigor.

Parágrafo único. É igualmente enriquecimento ilícito o que resultar de:

(...)”.

Na Constituição Federal de 1967, previu-se, em seu art. 150, § 11, que a lei disporia sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

Durante o regime militar, o Ato Institucional nº 5/1968 (art. 8º) estabeleceu a possibilidade de o Presidente da República, após investigação, decretar confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. A atribuição foi disciplinada nos Decretos-leis nºs 359/68, 457/69, 502/69, no Ato Complementar nº 42/69 e no Decreto nº 64.203/69. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, esse confisco, que contrariava disposições constitucionais, convivia com o sequestro e o perdimento de bens disciplinados pelas Leis nº 3.164/57 e 3.502/58, os quais só podiam ser

RE 656558 / SP

decretados judicialmente⁸.

Em 1969, o Ato Institucional nº 14 modificou a redação daquele dispositivo da Carta Federal de 1967 (art. 150, § 11), estabelecendo que a lei deveria dispor sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta.

Pouco depois, foi editada a Constituição Federal de 1969, mantendo essa disciplina. Com a EC nº 11/78, a parte final do art. 150, § 11, passou a ter a seguinte redação: “lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento no exercício de função pública”. Para Di Pietro, com essa emenda constitucional (art. 3º, que revogou atos institucionais e complementares, no que contrariassem a Constituição Federal) deixou de existir aquele confisco.

Chegamos, então, à Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. Como se verá, ao menos duas frentes foram lançadas sobre o assunto.

A primeira frente muito surgiu por conta, dentre outros fatores, de sugestão de constituinte de inclusão, no texto constitucional, de grupo de disposições versando sobre a **probidade** na Administração Pública. Dentre aquelas, havia a que exigia idoneidade e probidade no trato da coisa pública e prática de parcimônia e austeridade na aplicação dos recursos públicos e a que previa que o servidor o qual atentasse contra os princípios relativos ao tema **responderia criminalmente e teria seus bens confiscados** para indenizar os prejuízos causados ao erário⁹.

O anteprojeto do Relator na Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos (a qual fazia parte da Comissão da Ordem Social) e o anteprojeto dessa subcomissão adotaram essas disciplinas. Contudo, na etapa da Comissão da Ordem Social, elas não

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 674.

9 Vide sugestão nº 6.285. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/sugestoes-dos-constituintes/arquivos/sgco6201-6300#page=58. Acesso em 4 de out de 2023.

RE 656558 / SP

foram reproduzidas (**vide** aprovação da Emenda 00918, Fase E, que as suprimiu).

A segunda frente também adveio, dentre outras causas, de sugestões (**vide**, v.g., sugestão nº 6.291), as quais foram analisadas no âmbito da Subcomissão de Garantias da Constituição, Reforma e Emendas (integrante da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições). No anteprojeto do Relator daquela subcomissão, previa-se que o Congresso poderia, por maioria absoluta, decretar “o **confisco de bens** de quem tenha **enriquecido ilicitamente** à custa dos cofres públicos” (art. 3º)¹⁰. Isso ficou mantido no art. 3º do anteprojeto da subcomissão¹¹.

Na etapa seguinte, foi apresentada emenda (Emenda nº 00424, fase E)¹² visando a alterar esse dispositivo, de modo a estabelecer que “os atos de corrupção administrativa” importariam a suspensão dos direitos políticos de cinco a dez anos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal correspondente. Caberia à Suprema Corte declarar o ato, mediante representação do Procurador-Geral da República ou de qualquer cidadão. A medida, consoante a justificativa do proponente, combateria “[o] abuso do direito individual que resulte em atos de corrupção administrativa” e zelaria pelo dinheiro do contribuinte.

Essa proposta, com o acréscimo de que deveria ser respeitado o direito de defesa do acusado, foi incorporada ao substitutivo do Relator na Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das

10 Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-137.pdf#page=26>. Acesso em: 11 de out de 2023.

11 Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-140.pdf#page=2>. Acesso em: 11 de out de 2023.

12 Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-120.pdf#page=104>. Acesso em: 11 de out de 2023.

RE 656558 / SP

Instituições (fase F)¹³. Para ele, a sugestão “acrescenta[va] regra moralizadora no texto”. A disciplina ficou mantida no anteprojeto dessa comissão.

Em determinado estágio dos trabalhos constituintes, tal regra foi retirada do projeto (fase N) que ensejaria a Constituição cidadã. Mas foi ela reincorporada na fase P, segundo substitutivo do Relator na Comissão de Sistematização, embora com algumas modificações (art. 43, § 3º)¹⁴.

A expressão “corrupção administrativa” foi trocada por “improbidade administrativa”. Na mesma oportunidade, estabeleceu-se que a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário **deveriam observar a forma e a gradação previstas em lei**, sem prejuízo da ação penal correspondente. Não mais se previu a norma relacionada com a competência do Supremo Tribunal Federal para declarar o ato.

É essa, basicamente, a formulação que está presente no art. 37, § 4º, da Constituição Federal promulgada:

“Art. 37 ...

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

Em 1991, o Poder Executivo apresentou o PL nº 1.446/1991, que culminaria na lei nº 8.429/92.

O projeto dava enfoque ao combate do enriquecimento ilícito. O

13 Vide art. 62 do Substitutivo do Relator na Comissão da Organização Eleitora, Partidária e Garantia das Instituições. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-122.pdf#page=7>. Acesso em: 11 de out de 2023.

14 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-242.pdf#page=39>. Acesso em: 11 de out de 2023.

RE 656558 / SP

substitutivo apresentado na CCJ do Senado Federal é que conteve texto mais próximo ao da lei aprovada. O Relator nessa comissão ressaltou o que já havia sido percebido na Câmara dos Deputados: a improbidade administrativa não deveria se resumir aos casos de enriquecimento ilícito. Segundo o Relator, improbidade seria conduta que “viola a obrigação de **honestidade, lealdade ou retidão** no trato dos assuntos” (grifo nosso). E lembrou que o conceito de improbidade havia sido sedimentado no campo das relações trabalhistas. Nesse campo, vale lembrar, a improbidade do empregado consiste em justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador (art. 482, “a, da CLT). O Relator, então, citou lição de Russomano de que configuram essa improbidade “**atos que revelam claramente desonestidade, abuso, fraude ou má-fé**” (Comentários à CLT, art. 482, Ed. Forense)” (grifo no original). No substitutivo, os atos de improbidade administrativa foram separados em grupos. Houve outras modificações durante a tramitação do projeto.

Em 1992, foi ele aprovado e, assim, surgiu a Lei nº 8.429/92.

No art. 9º, foram previstos os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; no art. 10 os que causam prejuízo ao erário; e, no art. 11, os que atentam contra os princípios da administração pública. É relevante destacar que no art. 10 a lei previu de modo expresso que a improbidade administrativa poderia se dar nas modalidades dolosa ou culposa. Nos outros dois artigos, a lei foi silente. A culpa ainda foi mencionada no art. 5º da lei, que versou sobre o ressarcimento integral do dano, no caso de lesão ao patrimônio público.

Transcrevo o **caput** desses dispositivos, em suas redações originais:

“Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

(...)

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades

RE 656558 / SP

mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, **dolosa ou culposa**, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...)” (grifo nosso).

Por conta da forma como foram redigidos esses artigos, surgiram questionamentos. Passou-se a discutir se era admissível a responsabilidade objetiva (independentemente de dolo ou culpa) na configuração dos atos de improbidade administrativa, se eles somente se configurariam se presente ao menos a culpa ou se deveria haver sempre o dolo.

Esses foram, a meu ver, os principais elementos históricos em torno do combate à improbidade administrativa. Ressalto que alguns doutrinadores chegam a citar as diversas normas relacionadas com crimes de responsabilidade de determinados agentes públicos, como Presidente da República e Ministros. Procurei, contudo, não descer a essa ou a outras particularidades, a fim de deixar o tratamento do assunto mais objetivo.

DO ROL EXEMPLIFICATIVO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Antes de avançar no tópico relativo à necessidade de dolo para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa, abro parêntese para versar, brevemente, sob o rol exemplificativo dos atos de improbidade administrativas previsto na Lei nº 8.429/92 e a necessidade

RE 656558 / SP

de se tratar com cautela das hipóteses nela previstas.

Como consignei no voto que proferi anteriormente, é fato que a expressão **ato de improbidade** traz em si um sentido amplo, genérico, o

que dificulta a determinação, **a priori**, dessa espécie de ato. A Lei nº 8.429/1992, que regulamentou o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, adotou o critério **ratione materiae** para classificar e definir os atos de improbidade administrativa. Aliás, classificou as situações em três categorias, conforme sedimentado pela doutrina, quais sejam: as hipóteses de enriquecimento ilícito, previstas no art. 9º; os atos que causem prejuízo ao erário, especificados no art. 10; e as situações que atentem contra os princípios da Administração Pública, elencadas no art. 11.

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

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

“a acusação, desatenta, desatrelada de um mínimo de plausibilidade jurídica, é possibilitada pelo caráter aberto da norma **sub oculis**. Tal qual o ato de tipificação penal, era dever indelegável da Lei nº 8.429/92 identificar com clareza e precisão

RE 656558 / SP

os elementos definidores da conduta de improbidade administrativa, para, após, fixar os seus tipos. A definição de improbidade administrativa não pode ser um cheque em branco ou ato de prepotência do membro do Ministério Público, pois a segurança jurídica que permeiam um Estado Democrático de Direito como o nosso não permite essa indefinição jurídica” (**O limite da improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 28).

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

Fecho parêntese. Passo a tratar do elemento subjetivo para a configuração dos atos de improbidade administrativa.

DA NECESSIDADE DE CONDUTA DOLOSA PARA A CONFIGURAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Adianto, desde logo, que atos de improbidade administrativa só se configuram se estiver presente o dolo do agente. Isso é, não se admitem a responsabilidade objetiva nem a simples culpa, ainda que grave, para a configuração dos atos de improbidade administrativa, qualquer que seja a categoria na qual eles se enquadrem.

Quanto à responsabilidade objetiva por ato de improbidade administrativa, vale mencionar, de início, que a Lei nº 8.429/92 não a previu de maneira expressa em nenhuma ocasião.

Além do mais, é certo que a teoria da responsabilidade objetiva já foi há muito abandonada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça. Segundo a orientação prevalecente da Corte Superior, que se atinha exclusivamente à interpretação da Lei nº 8.429/92, na redação anterior à

RE 656558 / SP

Lei nº 14.230/21, para a configuração dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11, era necessário o dolo, não sendo suficiente a culpa; e para a configuração dos atos de improbidade previstos no art. 10, era necessário o dolo ou, ao menos, a culpa¹⁵.

Desse modo, como já salientei, a discussão tem maiores consequências (além de influenciar casos antigos nos quais foi aplicada a responsabilidade objetiva) no que diz respeito à modalidade culposa dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, previstos no art. 10, em sua redação originária.

Pois bem. Como se sabe, não é fácil estabelecer o que seria improbidade administrativa, em termos jurídicos. Segundo o dicionário Aulete, improbidade seria “fata de probidade, DESONESTIDADE, IMORALIDADE” ou “perversidade, maldade, ruindade”. De Plácido e Silva anota que esse termo revela “a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter bom caráter, que não atua com decência, por ser amoral”¹⁶.

Acrescente-se que, em termos históricos, o combate à improbidade administrativa relaciona-se com a luta contra as condutas que tinham como motivo a cobiça do agente em enriquecer ilicitamente e eram previstas como crimes (peita, concussão, peculato, corrupção passiva etc.). As ideias de desonestidade, deslealdade e má-fé sempre foram, assim, ínsitas à improbidade administrativa.

Penso que o ato de improbidade administrativa deve ser entendido como um ato violador do princípio constitucional da probidade

15 Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO. INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO AR T. 10). PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA 1ª SEÇÃO. RECURSO PROVIDO (EREsp nº 479.812/SP, Primeira Seção, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 27/9/10 — grifo nosso). No mesmo sentido: AgRg nos EREsp n. 1.260.963/PR, Primeira Seção, Relator o Ministro **Humberto Martins**, DJe de 3/10/12.

16 SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 720.

RE 656558 / SP

administrativa, ou seja, aquele em que o agente pratica o ato violando o dever de agir **com honestidade**. Isso é, o agente ímprobo atua com **desonestidade (ao que se conectam a deslealdade e a má-fé), cuja noção está estreitamente relacionada com o dolo**, como se verá. Atente-se que não é possível se dizer que um agente, ao ter atuado com negligência, imprudência ou imperícia, agiu de maneira desonesta.

Trata-se o ato de improbidade administrativa de conduta que vai além da imoralidade administrativa. Aliás, conforme lição de José Afonso da Silva:

“A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o ‘funcionário servir a Administração com **honestidade**, procedente no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer’. O **desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada**”¹⁷ (grifo nosso).

O constitucionalista ainda nos lembra que a imoralidade é causa de invalidação de atos administrativos. Já a improbidade, segundo ele, é “tratada com mais rigor, porque entra no ordenamento jurídico como causa de suspensão de direitos políticos”¹⁸.

Aristides Junqueira Alvarenga, ex-Procurador-Geral da República, no estudo Reflexões sobre improbidade administrativa, ressalta que juristas renomados, como José Afonso da Silva e a professora Weda Zancaner, vinculam a improbidade administrativa à **desonestidade**. Esse é também seu posicionamento. A improbidade administrativa é, nesse

17 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 669.

18 Idem.

RE 656558 / SP

sentido, uma espécie de imoralidade administrativa qualificada. Focando na conduta do agente, diz que tal qualificadora aproxima, em seu modo de ver, a improbidade do conceito de crime.

Ele ainda destaca a possibilidade de existir imoralidade administrativa sem que o agente público tenha incidido em improbidade administrativa, pela ausência de comportamento desonesto. **E estando desonestidade relacionada com o dolo, não seria possível desvincular a improbidade administrativa, a qual depende da desonestidade, do referido elemento, isso é, o dolo.** Por ser esclarecedor, transcrevo trecho daquele estudo:

“Pode-se, pois, conceituar improbidade administrativa como espécie do gênero imoralidade administrativa, **qualificada pela desonestidade de conduta do agente público** (...).

É essa qualificadora da imoralidade administrativa que aproxima a improbidade administrativa do conceito de crime, não tanto pelo resultado, mas principalmente pela conduta, cuja índole de **desonestidade manifesta a devassidão do agente**.

É também de José Afonso da Silva a afirmação de que ‘todo ato lesivo ao patrimônio agride a moralidade administrativa’, mas nem sempre a lesão ao patrimônio público pode ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, por não estar a conduta do agente, causador da lesão, marcada pela desonestidade.

Assim, a conduta de um agente público pode ir contra o princípio da moralidade, no seu estrito sentido jurídicoadministrativo, sem, contudo, ter a pecha de improbidade, dada a ausência de comportamento desonesto — atributo, esse, que distingue a espécie (improbidade) do gênero (imoralidade).

Se assim é, torna-se difícil, se não impossível, excluir o dolo do conceito de desonestidade e, conseqüentemente, do conceito de improbidade, tornando-se inimaginável que alguém possa ser desonesto por mera culpa, em sentido estrito, já que

RE 656558 / SP

ao senso de desonestidade estão jungidas as ideias de má-fé, de deslealdade, a denotar presente o dolo.

Todavia, a Lei 8.429, de 1992 (LGL\1992\19), prevê, em seu art. 10, como sendo ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação culposa ‘que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento [sic] ou dilapidação dos bens ou haveres de entidades públicas’.

Estando excluída do conceito constitucional de improbidade administrativa a forma meramente culposa de conduta dos agentes públicos, a conclusão inarredável é a de que a expressão ‘culposa’, inserta no caput do art. 10 da lei em foco, é inconstitucional”.

Como se vê, forte nessa argumentação, Aristides Junqueira entende ser inconstitucional a improbidade administrativa na modalidade culposa.

Mauro Roberto Gomes de Matto, também realçando que **improbidade administrativa está intimamente conectada com a desonestidade ou a devassidão**, questiona: “como considerar devasso aquele agente público que inconscientemente, sem ser desonesto, comete equívocos?”. De sua óptica, a devassidão “caracterizadora da improbidade administrativa, por certo, deverá vir contida na índole da conduta do agente público, ou na vontade de lesar ao erário”. Ele esclarece que, **“partindo-se do princípio de que o elemento subjetivo da desonestidade, que deságua na improbidade administrativa, é o dolo, não há como estender tal princípio para a culpa”** (grifo nosso).

De acordo com o articulista, é necessária a presença de um mínimo de má-fé para que um ato seja enquadrado como ato de improbidade administrativa. E reitera ele que o escopo do art. 37, § 4º, da Constituição cidadã é **“responsabilizar e punir o administrador desonesto e não o inábil ou desastrado”** (grifo nosso). Ele ainda lança outro questionamento interessante, focando no art. 10 da Lei de improbidade administrativa: “ao praticar ato comissivo ou omissivo sem a intenção de causar prejuízo ao erário, estando convicto de que age de conformidade com a lei, como se falar em improbidade administrativa?”.

RE 656558 / SP

Tenho, para mim, que, em casos assim, não há como se imputar ao agente as ideias de desonestidade, devassidão ou má-fé. Não há como dizer que ele, estando convicto de que atuava dentro da lei, foi ímprobo. Bem por isso que Mattos ainda destaca que a boa-fé (segundo ele, a conduta isenta do dolo) do agente exclui a improbidade.

Corroborando o entendimento, menciono, ainda doutrina de Edilson Pereira Nobre Júnior. Para ele, que segue a linha de José Afonso da Silva, também a improbidade seria uma imoralidade administrativa qualificada. Nessa toada, destaca que o conceito de improbidade é indissociável da presença de desonestidade. Em suas palavras, “por es[s]a razão, é imprescindível a vontade deliberada de malferir a ordem jurídica, ou seja, o dolo. A culpa grave não bastaria”¹⁹. Ele ainda esclarece que vão na mesma direção, além dos doutrinadores já citados, Benedicto Pereira Porto Neto e Pedro Paulo Rezende Porto Filho.

Há, ainda, outra razão que me convence de que só se configuram atos de improbidade administrativa se presente o dolo. Desenvolvo, aqui, o princípio da proporcionalidade.

Insta lembrar que o próprio texto constitucional prevê como consequências desses atos a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Todas essas consequências atingem direitos fundamentais do agente ao qual se imputa o ato de improbidade administrativa.

Como bem se sabe, para se verificar a validade de medidas que limitam o âmbito de proteção desses direitos, aplica-se o princípio da proporcionalidade. Isso é, essas medidas não podem ser desproporcionais, sob pena de incidirem em inconstitucionalidade. Há, aqui, a proibição de excessos, atuando o princípio da proporcionalidade como limite dos limites, como bem explica Ingo Wolfgang Sarlet:

19 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Número 56 - Abril/Junho - 2004, p. 320/365.

RE 656558 / SP

“Para a efetivação de seus deveres de proteção, o Estado por meio da atuação de seus órgãos ou agentes — corre o risco de afetar de modo desproporcional outro(s) direito(s) fundamental(is), inclusive o(s) direito(s) de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiros. Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais — atuantes, nesta perspectiva, como direitos de defesa. O princípio da proporcionalidade atua, aqui, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais”²⁰.

Para se constatar se uma medida que limita o âmbito de proteção de direito fundamental observou o princípio da proporcionalidade, é preciso investigar se ela está em harmonia com a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Como registrei, entendo que ato de improbidade administrativa somente se configura se presente o dolo. Não estando ele presente, considero desproporcional tratar eventual conduta do agente, ainda que esteja presente a culpa grave, como ato de improbidade administrativa.

Nessa toada, é inconstitucional o art. 10 da Lei nº 8.429/92, na parte em que versou sobre a modalidade culposa dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, ou qualquer interpretação que enseje a aplicação dos arts. 9º, 10 ou 11 na inexistência de dolo do agente.

Atentem-se que existem outros mecanismos jurídicos menos graves, inclusive na seara civil, mas ainda assim muitíssimo eficazes, para combater a conduta do agente que, não sendo desonesto, atua de maneira inábil, isso é, age com negligência, imprudência ou imperícia, e, nesse contexto, v.g., viola o princípio da moralidade (e não da probidade) ou

20 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 397.

RE 656558 / SP

legalidade administrativa e/ou gera lesão ao patrimônio público. A reparação — como, por exemplo, a invalidação de ato administrativo violador da moralidade ou da legalidade e/ou a recomposição do patrimônio público — poderá ser requerida, v.g., por meio de ação popular ou ação civil pública, nas quais, evidentemente, não se peça o reconhecimento de ato de improbidade administrativa (o qual, reitere-se, inexistente na ausência de dolo) nem se condene o agente por ato de improbidade administrativa. É o que sustenta o referido ex-Procurador-Geral da República:

“Porque imoralidade administrativa não se confunde com improbidade administrativa é que há três vias processuais distintas a perseguir os atos caracterizadores de uma e de outra.

Quando a conduta administrativa lesiva ao patrimônio público não é marcada por forma qualificada de imoralidade administrativa a Constituição Federal prevê, como direito e garantia individual, a ação popular (art. 5º, LXXIII), devendo a condenação se ater à nulidade do ato ilegal ou imoral, causador da lesão patrimonial, com a consequente reparação do dano, nos termos da Lei 4.717, de 29.6.1965 (LGL\1965\10).

Do mesmo modo, **quando um ato administrativo causa lesão ao patrimônio público, com ou sem a pecha de imoralidade administrativa, mas nele ausente o caráter de improbidade, é constitucionalmente autorizada a ação civil pública** tendente à reparação do dano quando o patrimônio público lesado se confunde com um interesse difuso ou coletivo. É o que se extrai do art. 129, III, da Constituição de República.

Já, para os atos de improbidade administrativa a ação é aquela, ordinária, prevista na Lei 8.429, de 2.6.1992 (LGL\1992\19), cujas sanções são determinadas pela própria Constituição Federal, a saber: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação postas na aludida lei.

(...)

RE 656558 / SP

Se o ato administrativo não tem índole de improbidade, que se maneje a ação popular, ou a ação civil pública, para a restauração da legalidade, da moralidade (e não improbidade) administrativa e do dano ao patrimônio público” (grifo nosso).

Acrescente-se que foi muito por conta do princípio da proporcionalidade que o Ministro **Gilmar Mendes**, na ADI nº 6.678/DF, vislumbrou a inconstitucionalidade da aplicação da penalidade de suspensão de direitos políticos a agentes que respondessem, na modalidade culposa, por ato de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário.

Em suma, reitero que somente se configura ato de improbidade administrativa, seja ele de qualquer tipo, se presente o dolo do agente (elemento subjetivo intimamente relacionado com as ideias de desonestidade, deslealdade ou má-fé), não sendo suficiente sua culpa, ainda que grave.

DO ADVENTO DA LEI Nº 14.230/21, CORROBORANDO A NECESSIDADE DO DOLO PARA A CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como se sabe, em 2021 foi editada a Lei nº 14.230/21, alterando disposições da lei de improbidade administrativa.

A nova lei estabeleceu que, para se configurar ato de improbidade administrativa, é necessária sempre conduta dolosa, mediante ação ou omissão. Do processo legislativo que ensejou o novo diploma, percebe-se que o legislador teve a intenção de suprimir as hipóteses de configuração de ato de improbidade em razão de ação ou omissão culposa, considerando não só a própria noção do que seria improbidade administrativa, mas também a severidade das consequências estabelecidas para quem pratica ato de improbidade administrativa.

Penso eu que essa modificação legislativa somente corrobora o que sustento no presente voto: a improbidade administrativa sempre demandou o dolo.

Destaco que o propósito com a modificação em tela não foi,

RE 656558 / SP

propriamente, transformar em lícitas e impuníveis as condutas culposas, mas apenas retirar essas condutas do regime de improbidade administrativa. Nessa toada, é importante realçar que os atos culposos continuam, a depender do caso, sujeitos a outros diplomas, podendo caracterizar ilícitos administrativos e resultar em punições.

A respeito do assunto, **vide** trecho da justificativa do PL nº 2.505/21, que deu origem àquela lei:

“Bastante significativa é a supressão do ato de improbidade praticado mediante culpa.

De um atento exame do texto, par e passo da observação da realidade, conclui-se que **não é dogmaticamente razoável compreender como ato de improbidade o equívoco, o erro ou a omissão decorrente de uma negligência, uma imprudência ou uma imperícia**. Evidentemente tais situações não deixam de poder se caracterizar como ilícitos administrativos que se submetem a sanções daquela natureza e, acaso haja danos ao erário, às consequências da lei civil quanto ao ressarcimento.

O que se compreende neste anteprojeto é que tais atos desbordam do conceito de improbidade administrativa e não devem ser fundamento de fato para sanções com base neste diploma e nem devem se submeter à simbologia da improbidade, atribuída exclusivamente a atos dolosamente praticados.

Neste sentido, a estrutura e a abrangência dos artigos 9º e 10º da LIA permanecem em essência inalterados, **subtraindo-se a possibilidade da ocorrência de improbidade administrativa por atos culposos**”²¹.

Recentemente, no julgamento do Tema nº 1.119, a Corte assentou a constitucionalidade da nova lei, especialmente na parte em que, modificando a Lei nº 8.429/92, estipulou que os atos de improbidade

21 Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL%202505/2021%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL%202505/2021%20(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018)). Acesso em: 5 de out de 2023.

RE 656558 / SP

administrativa somente se configuram se presente o dolo.

Antes de avançar para a próxima parte do presente voto, destaco que desborda do presente feito eventual discussão a respeito da necessidade de dolo genérico ou específico para a configuração dos atos de improbidade administrativa nos termos da nova Lei nº 14.230/21.

Passo a tratar da constitucionalidade dos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/93.

DA SEGUNDA PARTE

DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NO CASO DOS ARTS. ARTS. 13, V, E 25, II, DA LEI Nº 8.666/1993 (REITERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS)

Nessa parte, destaco que mantenho a essência da fundamentação do voto que proferi em 14/6/17. Após, farei ligeiro ajuste para acompanhar a tese proposta pelo Ministro **Roberto Barroso** no julgamento da ADC nº 45.

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

Dispõe o art. 37, inciso XXI, o seguinte:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de

RE 656558 / SP

qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

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

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(...)

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

(...)

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

(...)

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

(...)

RE 656558 / SP

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.”

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

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

“Senhor Presidente, tenho uma monografia ‘O perfil constitucional da licitação’, publicada, há muitos anos, pela editora Znt – aqui, abro um capítulo para falar das características centrais da licitação enquanto processo, enquanto procedimento. Não comento, na minha monografia, a Lei nº 8.666, mas exclusivamente o inciso XXI do artigo 37 da Constituição, para deixar claro, ou tentar fazê-lo, que **licitação é um processo público, de natureza competitiva, de caráter oneroso, sinalagmático, comutativo e meritório tanto quanto concurso público**. É um processo serviente dos princípios da legalidade, publicidade, moralidade, igualdade e eficiência também. Quer dizer, é processo nobre do ponto-de-vista de sua estrutura constitucional. Abro um pequeno tópico para falar de dispensa de licitação, porque a Constituição a prevê quando abre o seu discurso: ressalvados os casos especificados na licitação, na legislação etc. Eu digo o seguinte, só nesse aspecto:

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

RE 656558 / SP

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

(...)

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

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

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

Sabe-se que há serviços de natureza comum cuja prestação exige conhecimento técnico generalizado, o qual pode perfeitamente ser comparado objetivamente numa licitação pública. Há, contudo, determinados serviços que demandam primor técnico diferenciado,

RE 656558 / SP

detido por pequena ou individualizada parcela de pessoas, as quais imprimem neles características diferenciadas e pessoais.

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

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

A propósito, adverte Celso Antônio Bandeira de Mello:

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

RE 656558 / SP

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

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

Pois bem. Exige-se a licitação pública para se tratar com igualdade os possíveis interessados nos contratos da Administração Pública, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal. Para tratá-los com igualdade e para que seja possível a licitação pública, é essencial a fixação de critérios prévios e objetivos para comparar uns e outros. Se o critério for subjetivo, então, os interessados não serão tratados com igualdade, uma vez que a disputa se resolverá pela discricionariedade do julgador. Nesses casos, eventual interessado que venha a ser preterido não terá em que se amparar para exigir tratamento igualitário, principalmente porque o critério determinante será a livre vontade do julgador, sem que se possa cogitar de igualdade, ao menos num plano objetivo.

Se os serviços elencados no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 são prestados com características subjetivas, consequentemente são julgados de modo subjetivo, afastando a objetividade e, com ela, a competitividade, não se justificando a necessidade de instauração da licitação pública.

A inexigibilidade pode, como já referi, se manifestar mesmo que existam vários especialistas aptos a prestar o serviço pretendido pela Administração, já que todos eles se distinguem por características marcadas pela subjetividade, por suas experiências de cunho particular.

Exatamente por isso a Administração deverá escolher um dos

RE 656558 / SP

especialistas em detrimento de todos os demais eventualmente existentes.

Nesse processo discricionário, o gestor público encontra certa liberdade na escolha do especialista que reputar o mais adequado à satisfação da utilidade pretendida com a contratação, pressupondo-se, pois, a avaliação de conceitos de valor, variáveis em grau maior ou menor, de acordo com a estimativa subjetiva.

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

Dentre os especialistas que preencham esses requisitos objetivos, o agente administrativo escolherá aquele em que deposita maior confiança, na medida em que o considere mais apto para satisfazer o interesse público que outros, valendo aí seus traços pessoais, que devem identificar-se com o que pretende a Administração. Nesse particular, adverte Eros Roberto Grau:

“Por certo, pode a Administração depositar ‘confiança’ em mais de um profissional ou empresa dotado de notória especialização relativamente à prestação de serviço técnico-profissional especializado, singular, mesmo porque, detendo notória especialização, todos eles são virtualmente merecedores da ‘confiança’[;] contudo, não pode ser objetivamente apurada, de modo que se possa identificar, entre os profissionais ou empresas nos quais o agente público incumbido de tomar a decisão referentemente a qual deles ou delas deve ser contratado, qual o que, sendo contratado, executará o trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. A decisão quanto à escolha desse profissional ou daquela empresa para a prestação do serviço não pode, repito, ser demonstrada, ainda que se a possa justificar. Repito: é escolha discricionária do agente público ou dos agentes públicos competentes para contratá-lo” (**Licitação e Contrato Administrativo – estudos sobre a interpretação da**

RE 656558 / SP

lei. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 74-75).

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

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

Vale dizer: nesses casos, o requisito da **confiança** da Administração em quem deseje contratar é **subjetivo**; logo, a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços --- procedimento regido, entre outros, pelo princípio do **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 n. 8.666/93). Ademais, a licitação **desatenderia ao interesse público** na medida em que sujeitaria a Administração a contratar com quem, embora vencedor na licitação, segundo a ponderação de **critérios objetivos**, dela não merecesse o mais elevado grau de **confiança**” (grifo do autor).

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

“[A] expressão **notória especialização** costuma ser

RE 656558 / SP

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

Portanto, na apreciação desses conceitos, afigura-se um juízo de certeza positiva e outro de certeza negativa. Há profissionais que são conhecidos em todo país, cujos estudos são tomados como referência pelos demais que militam na área. Não há dúvida alguma de que esses agregam **notória especialização**. Ocorre que, em sentido diametralmente oposto, existem profissionais que não são nem remotamente conhecidos; recém-formados, sem experiência alguma, sendo igualmente estreme de dúvida que esses não detêm **notória especialização**.

Ocorre que, entre um grupo e outro, haverá um terceiro, composto por profissionais nem tão conhecidos quanto os primeiros nem tão desconhecidos quanto os segundos. Trata-se, é certo, da maioria, aqueles que ocupam posição mediana: estão no mercado; possuem alguma experiência, já realizaram alguns estudos, de certa forma são até mesmo conhecidos, mas, igualmente, não podem ser reputados detentores de **notória especialização**. Note-se que a expressão exige experiência e estudos que vão acima da média, tocante a profissionais realmente destacados.

Nesse ponto, reside a chamada **zona de incerteza**, em que já não é possível distinguir com exatidão quem detém e quem não detém **notória especialização**. Aí vige a competência discricionária atribuída ao agente

RE 656558 / SP

administrativo, que avalia a experiência dos profissionais com margem de liberdade, pelo que é essencial a confiança depositada no contratado.

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

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

Ademais, na minha concepção, respeitando aquela dos que têm entendimento distinto, no caso especial da advocacia, dada a série de empecilhos impostos pela essência da profissão, norteadas pela ética profissional, **torna-se latente a dificuldade de se proceder ao procedimento licitatório para a contratação desses serviços.**

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

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

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

RE 656558 / SP

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

“AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL. A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 2. ‘Serviços técnicos profissionais especializados’ são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do ‘trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’ (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos

RE 656558 / SP

autos, além de desfrutarem da confiança da Administração.
Ação Penal que se julga improcedente” (AP nº 348/SC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 3/8/07 – destaque nosso).

Embora seja **constitucional a regra inserta no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que estabelece a possibilidade de inexigibilidade de licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 desse diploma - de natureza singular e prestados por profissionais ou empresas de notória especialização -, a contratação somente será possível se preenchidos os requisitos da lei e desde que não haja impedimento específico para a contratação desses serviços.** Explico.

No âmbito municipal, **em respeito ao objeto do presente recurso extraordinário**, alguns aspectos devem ser considerados, não obstante a tese proposta, correspondente à compatibilidade do art. 25, II, da Lei n. 8.666/93, devido ao seu caráter geral, seja aplicável a todos os entes federativos.

Pois bem, a propósito dos serviços advocatícios, não se vislumbra, na Constituição Federal, **primo ictu oculi**, a obrigatoriedade de que, em todo município, seja criada uma procuradoria municipal para a representação judicial, extrajudicial, ou para a atividade de consultoria jurídica, embora tal desiderato fosse o ideal.

Da mesma forma, não vejo impedimento para que determinada municipalidade, vislumbrando a existência de procuradores municipais aptos para o pleno exercício da representação do município, de seus órgãos ou dos entes da administração direta, ou até mesmo indireta, e para o cumprimento, com eficiência, das atividades de consultoria, possa editar norma a impedir a contratação de advogados privados para o exercício dessas atividades.

Por outro lado, ausente impedimento específico, a simples existência de procuradores municipais concursados não me parece impedimento, por si só, para a contratação de advogados qualificados sob o manto da inexigibilidade de licitação, quando houver real necessidade e preenchidos os requisitos sobre as quais já me referi.

RE 656558 / SP

A singularidade da situação pode exigir da municipalidade a contratação de determinado profissional. Isso porque, realizando-se uma interpretação sistemática do regime jurídico, podemos concluir que existem duas condições cumulativas para se aferir a legalidade de uma contratação de serviços advocatícios – para fins de representação processual ou de consultoria - sem prévia licitação, quais sejam: a) a necessidade e a natureza do serviço, sua singularidade ou complexidade, a evidenciar que esses não podem ser normalmente executados pelos profissionais do próprio quadro e, b) o caráter não continuado do serviço específico e singular.

Portanto, para que haja uma melhor definição da tese de repercussão geral, me parece prudente anotar que **a contratação de serviços advocatícios**, com inexigibilidade de prévia licitação, só terá validade se não houver norma impeditiva – **no caso, municipal**.

No âmbito da União, Estados e Distrito Federal, conquanto não tenha havido, no caso concreto, o devido aprofundamento das discussões, devem-se observar os mesmos critérios, ora fixados sob a sistemática da repercussão geral.

Reiterada a fundamentação que lancei em 14/6/17 sobre a inexigibilidade de licitação na hipótese versada nos arts. , passo a tratar do ajuste para acompanhar a tese proposta pelo Ministro **Roberto Barroso** no julgamento da ADC nº 45.

DO AJUSTE PARA ACOMPANHAR A TESE PROPOSTA PELO MINISTRO ROBERTO BARROSO NA ADC Nº 45

Na ADC nº 45/DF discute-se a constitucionalidade do art. 13, V, bem como do art. 25, II, da Lei nº. 8.666/93. A interpretação desse último dispositivo igualmente é questionada no presente tema de repercussão geral, com especial atenção às hipóteses de contratação de serviços advocatícios, tendo em vista o caso concreto subjacente ao recurso extraordinário.

O Relator da referida ação direta, Ministro **Roberto Barroso**, votou (sessão virtual de 16/10/2020 a 23/10/2020) por sua parcial procedência,

RE 656558 / SP

conferindo aos citados dispositivos interpretação conforme à Constituição Federal para que se entenda que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente – notória especialização profissional, natureza singular do serviço e necessidade de procedimento administrativo formal –, deve observar: (i) a inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.

A respeito dessas duas últimas condicionantes, vale mencionar trecho da ementa do voto de Sua Excelência:

“7. Inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público. A disciplina constitucional da advocacia pública (arts. 131 e 132, da CF) impõe que, em regra, a assessoria jurídica das entidades federativas, tanto na vertente consultiva como na defesa em juízo, caiba aos advogados públicos. Excepcionalmente, caberá a contratação de advogados privados, desde que plenamente configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pelos membros da advocacia pública.

8. Contratação pelo preço de mercado. Mesmo que a contratação direta envolva atuações de maior complexidade e responsabilidade, é necessário que a Administração Pública demonstre que os honorários ajustados encontram-se dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional. Essa justificativa do preço deve ser lastreada em elementos que confirmam objetividade à análise (e.g. comparação da proposta apresentada pelo profissional que se pretende contratar com os preços praticados em outros contratos cujo objeto seja análogo)”.

Na mesma ocasião, registrei em voto vogal o seguinte:

“O voto que apresentei como relator da repercussão

RE 656558 / SP

geral converge com a proposta de voto do Ministro Roberto Barroso nesta ação declaratória, visto que, tal como faz sua excelência neste processo, **afirmo a constitucionalidade da contratação pelo poder público, com inexigibilidade de licitação, de empresas e profissionais de consultoria, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas**, embora eu o faça sob outro enfoque nos REs, dados os peculiares limites nos quais a questão foi posta ali.

Não terei de dificuldade de, na continuidade do julgamento dos REs, eventualmente ajustar o dispositivo do meu voto para deixá-lo perfeitamente alinhado à proposta do Ministro **Roberto Barroso** nessa ação.

Sua excelência examinou de forma minuciosa a questão apresentada nesta ação declaratória, fixando critérios claros e objetivos a partir dos quais a contratação direta, pela administração pública, de serviços advocatícios, será considerada compatível com a Constituição de 1988, o que confere **segurança jurídica e previsibilidade** à interpretação dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II, da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Pelo exposto, **acompanho o relator, para julgar parcialmente procedente a ação declaratória e aderir à tese proposta por sua excelência”**.

Nessa toada, proponho que a **tese** anteriormente por mim sugerida para a respeito da inexigibilidade de licitação no caso dos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/93 passe a ter a mesma redação da tese proposta pelo Ministro **Roberto Barroso** no voto em referência.

DA TERCEIRA PARTE

**DO RE Nº 656.558/SP, INTERPOSTO POR ANTONIO SERGIO BAPTISTA
ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA CONTRA ACÓRDÃO DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Na origem, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou

RE 656558 / SP

ação civil pública (eDoc nº 14) pleiteando, em resumo, a declaração de nulidade da contratação de escritório de advocacia, mediante inexigibilidade de licitação, pelo Município de Itatiba/SP, com as consequências daí decorrentes mencionadas na petição inicial, bem como a condenação dos envolvidos nas sanções por ato de improbidade administrativa (art. 12, II ou III, da Lei nº 8.429/92, em sua redação original).

A sentença foi pela improcedência dos pedidos (eDoc nº 16, STJ-SJD fl. 659/665). Apelou o **parquet** (eDoc nº 16, STJ-SJD fl. 668).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao apelo (eDoc nº 17, STJ-SJD fl. 828/840). Opostos embargos de declaração, não foram conhecidos.

Interpôs o Ministério Público do Estado de São Paulo recurso extraordinário (eDoc nº 17, STJ-SJD fl. 890, o qual foi autuado como RE nº 610.523/SP) e recurso especial (eDoc nº 17, STJ-SJD fl. 925, o qual foi autuado como REsp nº 488.842/SP).

O Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao referido recurso especial, em julgado assim ementado (eDoc nº 18, STJ-SJD fl. 1218/1243):

“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

RE 656558 / SP

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” (REsp nº 488.842/SP, Segunda Turma, Relator para o acórdão o Ministro **Castro Meira**, DJe de 5/12/08).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (eDoc 19, STJ-SJD fl. 1283/1290).

Na sequência, Antônio Sérgio Baptista Advogados Associados S/C Ltda manejou embargos de divergência (eDoc 19, STJ-SJD fl. 1298) e o presente recurso extraordinário (**RE nº 656.558/SP**, eDoc 19, STJ-SJD fl. 1337/1353).

Quanto aos embargos de divergência, foram eles liminarmente indeferidos (eDoc 19, STJ-SJD fl. 1366). Após, o recorrente reiterou o recurso extraordinário contra o acórdão da Segunda Turma (eDoc 19, STJ-SJD fl. 1371).

É o caso de se dar provimento ao RE nº 656.558/SP, interposto contra o citado acórdão da Segunda Turma da Corte Superior. Como se nota, o Superior Tribunal de Justiça adotou, no acórdão em questão, a teoria da responsabilidade objetiva em sede de ato de improbidade administrativa, o que não se harmoniza com o presente voto.

Repito que somente se configuram atos de improbidade administrativa, qualquer que seja sua categoria, se presente o dolo.

Isso já seria o suficiente para dar provimento ao apelo extremo. Mas vou além, para também afastar a nulidade do contrato questionado nos autos.

No caso em exame, os serviços prestados pela parte recorrente

RE 656558 / SP

poderiam ter sido efetivamente contratados sob o manto da inexigibilidade de licitação, diante, em especial, das questões fáticas consideradas expressamente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme se extrai de trecho do voto do eminente Relator, o **então Desembargador Sidnei Beneti**, que também honrou o Superior Tribunal de Justiça:

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

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

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

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

RE 656558 / SP

por Município do Interior do Estado.

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

Esse acórdão acompanhou a conclusão do nobre magistrado sentenciante, que bem anotou que, na hipótese dos autos, **há de se entender o objeto do contrato como sendo de natureza singular, “[a]final, deriva ele de produção intelectual dos advogados contratados e o trabalho se defin[e] pela marca pessoal desses mesmos causídicos”**(cf. v. 3, p. 662). Não é outra a conclusão da boa doutrina a respeito do assunto, no sentido de que a singularidade do serviço decorre do interesse público a ser satisfeito e também da natureza singular subjetiva, pois se baseia nas virtudes e características pessoais do causídico²²).

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

22 Vide: JUSTEN Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010. p. 368 e MARQUES, Floriano Peixoto de Azevedo. A singularidade da advocacia e as ameaças às prerrogativas processuais. Disponível no sítio eletrônico da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Acesso em 10/10/14.

RE 656558 / SP

seguinte ementa do acórdão do TCE/SP:

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

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

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

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

Licitação.

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

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDA a Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em sessão de 18 de dezembro de 2001, pelo voto dos Conselheiros Renato Martins Costa, Relator, Antônio Roque Citadini, Presidente, e Fulvio Julião Biazzi, na conformidade das correspondentes notas taquigráficas, julgar regulares a inexigibilidade de licitação e o contrato em exame”.

Inexistindo nulidade no contrato debatido nos autos e não tendo sido comprovada dolo dos envolvidos, a configurar qualquer ato de improbidade administrativa, é o caso de se dar provimento ao recurso extraordinário interposto Antônio Sérgio Baptista Advogados Associados S/C Ltda para restabelecer a sentença.

DO RE Nº 610.523/SP, INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO CONTRA ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Verifica-se que o recurso extraordinário interposto pelo Ministério

RE 656558 / SP

Público contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo está prejudicado.

Como visto, o Tribunal local, assentando a legalidade do contrato debatido nos autos, firmado sob o manto da inexigibilidade de licitação, manteve a sentença pela improcedência dos pedidos iniciais. Contra esse acórdão o **parquet** manejou o presente apelo extremo (RE nº 610.523/SP) e o REsp nº 488.842/SP, ao qual o Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento, nos termos da ementa transcrita alhures. Operou, assim, a substituição do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ficando prejudicado o citado apelo extremo.

Na mesma direção, transcrevo trecho do parecer do Ministério Público Federal, acostado no eDoc nº 30, fl. 1393/1395, nos autos do RE nº 610.523/SP:

“Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado (fls. 819-830), assim ementado:

(...)

O Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso especial, interposto simultaneamente ao extraordinário, para, reconhecendo a necessidade de licitação para a contratação do escritório de advocacia pelo Município para prestação de serviço não qualificados pela nota de singularidade e de notória especialização, concluir pela ocorrência do ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92, art. 11, caput e I) e impor aos recorridos, em razão da ausência de dano ao erário, apenas a multa civil, no patamar de 10% do valor do contrato atualizado desde a assinatura.

Ressalte-se que os pedidos formulados na ação civil pública não são autônomos, haja vista depender a caracterização do ato de improbidade administrativa e a aplicação das sanções do art. 12, II e III, da Lei nº 8.429/92, da exigibilidade ou inexigibilidade de licitação para a contratação

RE 656558 / SP

de serviços advocatícios pela administração pública municipal (art. 25, II, e § 1º, da Lei nº 8.666/93): natureza singular do objeto e notória especialização.

Reformado o acórdão recorrido pelo Superior Tribunal de Justiça — para julgar parcialmente procedente os pedidos formulados na ação civil pública — operou-se o efeito substitutivo do julgado a que alude o art. 512 do CPC. Assim, prejudicada a apreciação do RE pela perda superveniente do objeto.

(...)

Diante do exposto, opina o Ministério Público Federal pelo não-conhecimento do recurso extraordinário”.

É o caso, portanto, de se julgar prejudicado o RE nº 610.523/SP, por perda superveniente de objeto.

DO DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo prejudicado o RE 610.523/SP e voto pelo provimento do RE nº 656.558/SP, a fim de se restabelecer a decisão em que se julgou improcedente a ação.

Proponho a fixação das seguintes teses para o Tema nº 309:

a) O dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal), de modo que é inconstitucional a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária.

b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado;

RE 656558 / SP

É como voto.

ADITAMENTO AO VOTO**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

No voto que proferi, sugeri, no **item b)** da tese de repercussão geral, fixar a compreensão de que são constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) **cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado**.

Julgo ser conveniente fazer algumas considerações a respeito desse **subitem (ii)**.

Em primeiro lugar, reconheço a necessidade de que o preço cobrado pelo escritório de advocacia deve refletir a responsabilidade que o advogado assume no caso. É preciso levar em conta que os contratos administrativos estão sujeitos a exigências e regras específicas (como cláusulas exorbitantes) e, nesse contexto, existe a possibilidade de o advogado, v.g., ter de indenizar o poder público ou o ente contratante caso cometa algum erro.

Em segundo lugar, esclareço que o “preço compatível com o praticado pelo mercado” é aquele que considera a realidade particular de cada escritório de advocacia, e não propriamente a base total de escritórios de advocacia existentes no mercado. Isso é, trata-se do valor médio cobrado por determinado escritório de advocacia em situações similares anteriores. Creio que essa referência seja segura o suficiente para homenagear os interesses dos escritórios de advocacia contratados e os do poder público.

Ademais, entendo que exigir que o preço cobrado fosse compatível com o praticado pela base total de escritórios de advocacia existentes no

RE 656558 / SP

mercado contrastaria, de maneira desarrazoada, com um importante requisito que embasa a contratação por inexigibilidade de licitação: se determinado escritório contratado é que preenche o requisito da natureza singular (no que se inclui a avaliação do grau de confiança), não faria muito sentido comparar o preço por ele cobrado com o preço relativo à base total de escritórios de advocacia existentes no mercado, os quais (salvo o próprio contratado) não atendem àquele requisito.

Ante o exposto, proponho a fixação da seguinte tese, com ligeira modificação no **item b), subitem (ii)**, para melhor refletir as considerações acima:

a) O dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal), de modo que é inconstitucional a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária.

b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com a responsabilidade profissional exigida pelo caso, observado, também, o valor médio cobrado pelo escritório de advocacia contratado em situações similares anteriores.

Mantenho, no mais, o voto já proferido.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : ANTÔNIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA

ADV.(A/S) : MARIA FERNANDA PESSATTI DE TOLEDO (228078/SP) E

OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : BRUNA SILVEIRA SAHADI (0040606/DF)

RECDO.(A/S) : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S) : ADILSON FRANCO PENTEADO

ADV.(A/S) : JOSÉ GERALDO SIMIONI (00062280/SP)

INTDO.(A/S) : PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITATIBA

ADV.(A/S) : NATALINA APARECIDA DELFORNO DOS SANTOS ALVES
(138019/SP)

INTDO.(A/S) : CELSO APARECIDO CARBONI

ASSIST.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL -
CFOAB

ADV.(A/S) : RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO (19979/DF)

ADV.(A/S) : OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR (16275/DF) E

OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CESA - CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS

ADV.(A/S) : RUBENS NAVES (19379/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Adiado por indicação do Relator. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 06.08.2014.

Decisão: O Tribunal, apreciando pedido formulado, adiou o julgamento do feito. Ausentes, nesta assentada, os Ministros Celso de Mello e Roberto Barroso. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 04.02.2015.

Decisão: Adiado por indicação do Relator. Ausentes, nesta assentada, os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.08.2016.

Decisão: Após o voto do Relator, dando provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso, retornando à apreciação do Plenário, preferencialmente, após a inclusão em pauta da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 45. Ausentes o Ministro Roberto Barroso, neste julgamento, e o Ministro Gilmar Mendes, justificadamente. Impedido o Ministro Ricardo Lewandowski. Falaram: pelo Conselho

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Sérgio Ferraz; pelo *amicus curiae* CESA - Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, o Dr. Guilherme Amorim; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 14.6.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : ANTÔNIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA

ADV.(A/S) : RODRIGO ALEXANDRE DE OLIVEIRA (469918/SP)

ADV.(A/S) : ANTONIO SERGIO BAPTISTA (17111/SP)

ADV.(A/S) : JULIANA ARANHA FONTES (326807/SP)

ADV.(A/S) : MARIA FERNANDA PESSATTI DE TOLEDO (228078/SP) E
OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : BRUNA SILVEIRA SAHADI (40606/DF, 353130/SP)

RECDO.(A/S) : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

RECDO.(A/S) : ADILSON FRANCO PENTEADO

ADV.(A/S) : JOSÉ GERALDO SIMIONI (00062280/SP)

RECDO.(A/S) : PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITATIBA

ADV.(A/S) : NATALINA APARECIDA DELFORNO DOS SANTOS ALVES
(138019/SP)

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ITATIBA

RECDO.(A/S) : CELSO APARECIDO CARBONI

ADV.(A/S) : CELSO APARECIDO CARBONI (95530/SP)

ASSIST.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL -
CFOAB

ADV.(A/S) : CLAUDIA PAIVA CARVALHO (129382/MG)

ADV.(A/S) : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO (18958/DF, 167075/MG,
2525/PI, 463101/SP)

ADV.(A/S) : RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO (19979/DF)

ADV.(A/S) : OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JUNIOR (16275/DF)

ADV.(A/S) : FERNANDA MARINELA DE SOUSA SANTOS NUNES (6086B/AL,
57700/DF)

ADV.(A/S) : LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE (39992/DF)

ADV.(A/S) : ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE (51469/DF)

ADV.(A/S) : MANUELA ELIAS BATISTA (55415/DF)

ADV.(A/S) : BRUNA SANTOS COSTA (44884/DF)

AM. CURIAE. : CESA - CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS

ADV.(A/S) : RUBENS NAVES (19379/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Adiado por indicação do Relator. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 06.08.2014.

Decisão: O Tribunal, apreciando pedido formulado, adiou o julgamento do feito. Ausentes, nesta assentada, os Ministros Celso de Mello e Roberto Barroso. Presidência do Ministro Ricardo

Lewandowski. Plenário, 04.02.2015.

Decisão: Adiado por indicação do Relator. Ausentes, nesta assentada, os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.08.2016.

Decisão: Após o voto do Relator, dando provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso, retornando à apreciação do Plenário, preferencialmente, após a inclusão em pauta da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 45. Ausentes o Ministro Roberto Barroso, neste julgamento, e o Ministro Gilmar Mendes, justificadamente. Impedido o Ministro Ricardo Lewandowski. Falaram: pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Sérgio Ferraz; pelo *amicus curiae* CESA - Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, o Dr. Guilherme Amorim; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 14.6.2017.

Decisão: (Julgamento conjunto dos REs 610.523 e 656.558) Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que julgava prejudicado o RE 610.523/SP e dava provimento ao RE nº 656.558/SP, a fim de se restabelecer a decisão em que se julgou improcedente a ação, propondo a fixação das seguintes teses (tema 309 da repercussão geral): "a) O dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal), de modo que é inconstitucional a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária; b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado", pediu vista dos autos o Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente). Falaram: pelo recorrente, o Dr. Antonio Sergio Baptista; pelo assistente, a Dra. Fernanda Marinela; e, pelo *amicus curiae* CESA - Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, o Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva. Plenário, Sessão Virtual de 23.2.2024 a 1.3.2024.

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça, Cristiano

Zanin e Flávio Dino.

Carmen Lillian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

01/07/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558 SÃO PAULO

VOTO-VISTA:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE):

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, contra acórdão em que o STJ: (i) declarou a nulidade de contrato de prestação de serviços advocatícios celebrado pelo Município de Itatiba, com inexigibilidade de licitação; e (ii) aplicou multa civil equivalente a 10% do valor do contrato, por entender caracterizado ato de improbidade administrativa.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Discute-se: (i) se os entes públicos podem – e em que condições – contratar serviços advocatícios com inexigibilidade de licitação; e (ii) caso as contratações efetivadas sejam consideradas ilícitas, se estará caracterizado ato improbidade administrativa.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O contrato analisado tem por objeto

RE 656558 / SP

atividades rotineiramente realizadas por órgãos de assessoramento jurídico da Administração Pública. Além disso, não se demonstrou a impossibilidade ou a relevante inconveniência de que fossem executadas pelos advogados públicos que integravam o quadro de pessoal do Município de Itatiba. Logo, deve-se declarar sua nulidade. De toda sorte, tendo sido o serviço adequadamente prestado, não é o caso de determinar a devolução aos cofres públicos dos valores pagos à sociedade de advogados.

4. Com a redação atual da Lei nº 8.429/1992, dada pela Lei nº 14.230/2021, exige-se a presença de dolo para a caracterização de qualquer ato de improbidade administrativa. O Supremo Tribunal Federal reforçou essa tese ao validar a alteração legislativa que extinguiu a modalidade culposa e determinar sua aplicação aos atos praticados sob a vigência da lei anterior e aos processos em curso em que não houvesse decisão transitada em julgado. A aplicação desse raciocínio ao caso concreto resulta na inexistência de ato ímprobo.

5. Isso não significa, contudo, que o dolo seja necessário para a caracterização de ato de improbidade administrativa em qualquer hipótese. Esta Corte manteve hígidas as condenações definitivas por atos ímprobos culposos anteriores à Lei nº

RE 656558 / SP

14.230/2021. Além disso, o tipo culposos pode eventualmente ser restabelecido, já que sua inexistência atual decorre de opção legislativa legítima, mas não de imposição feita pelo art. 37, § 4º, da Constituição.

6. Presentes os requisitos que autorizam a contratação de serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação – exatamente por ser impossível a competição entre potenciais interessados na execução do objeto –, lei editada por ente subnacional não pode demandar que o certame seja realizado. Nessa hipótese, lei que vedasse a contratação direta representaria invasão da competência privativa da União para estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos, além de interferência indevida do Poder Legislativo em ato de gestão a cargo do Poder Executivo, em violação ao princípio da separação dos poderes.

IV. DISPOSITIVO

7. RE 610.523 prejudicado. RE 656.558 parcialmente provido, para excluir a caracterização de ato de improbidade administrativa e a multa civil aplicada pelo STJ.

8. Tese de julgamento: “1. Com a redação atual da Lei nº 8.429/1992, dada pela Lei nº 14.230/2021, o dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal). Esse entendimento deve ser aplicado também aos atos

RE 656558 / SP

praticados sob a vigência da redação originária da Lei nº 8.429/1992, desde que não haja condenação transitada em julgado. 2. São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado”.

Atos normativos citados: Constituição Federal, art. 22, XXVII, 37, XXI; 37, §4º, 131 e 132; Lei nº 8.666/1993, arts. 13, V, 25, 26; Lei nº 8.429/1992, arts. 9º, 10 e 11;

Jurisprudência citada: ARE 843.989 (2022), Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI 3.594 (2020), Relª. Minª. Cármen Lúcia; ADI 4.658 (2019), Rel. Min. Edson Fachin; ADI 4.348 (2018), Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ADI 3.735 (2016), Rel. Min Teori Zavascki; ADI 3.670 (2007), Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI 342 (2003), Rel. Min. Sydney Sanches.

RE 656558 / SP

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Antônio Sérgio Baptista Advogados Associados S/C Ltda., Adilson Franco Penteado, Celso Aparecido Carboni e Município de Itatiba. Pretende-se a declaração da nulidade de contrato celebrado entre o ente público municipal e a sociedade de advogados, bem como a condenação dos réus à devolução dos valores contratados, além da imposição de sanções por ato de improbidade administrativa.

2. O juízo de primeira instância julgou improcedente o pedido, por considerar lícita a contratação da sociedade de advogados por inexigibilidade de licitação. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, manteve a sentença, em acórdão com a seguinte ementa:

LICITAÇÃO - Contratação de advogado - Licitação inexigível - Requisitos de legalidade e moralidade que devem ser atendidos - Inexistência de nulidade, no caso - Ação Civil Pública julgada improcedente - Apelação improvida.

3. Esse acórdão foi impugnado por recursos especial e extraordinário (autuado como RE 610.253). O Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso especial, por entender que “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” (REsp 488.842, Red. p/ Acórdão Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 05.12.2008). Assim, anulou o contrato, mas considerou que não seria necessária a restituição dos valores pagos, já que o serviço foi efetivamente prestado. Aplicou, ainda, multa civil equivalente a 10% do valor do contrato atualizado.

4. Diante disso, os réus interuseram novo recurso

RE 656558 / SP

extraordinário, inadmitido no STJ e, posteriormente, agravo de instrumento (AI 791.811, posteriormente reautuado como RE 656.558). Alegam: (i) que o STJ teria aplicado multa civil em conduta não enquadrada na Lei nº 8.429/1992, em afronta ao art. 37, § 4º, da Constituição; e (ii) que a Constituição dá amparo às hipóteses de inexigibilidade de licitação, razão pela qual o acórdão teria cerceado o exercício legítimo da advocacia.

5. Encaminhados os autos ao STF, o Tribunal Pleno, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, nos termos da seguinte ementa:

Repercussão geral: Direito constitucional e administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Discussão sobre a possibilidade de contratação de determinados serviços, com dispensa de licitação. Consequências. Presença de repercussão geral.

6. A Advocacia-Geral da União se manifestou pelo desprovimento do recurso extraordinário. A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo desprovimento do agravo de instrumento e pelo não conhecimento do recurso extraordinário. Foram admitidos no feito o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qualidade de assistente, e do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados - CESA, como *amicus curiae*. As duas entidades se manifestaram pelo provimento do recurso.

7. Iniciado o julgamento em ambiente virtual, o Min. Dias Toffoli, relator, proferiu voto em que julgou prejudicado o RE 610.523 e deu provimento ao RE 656.558, propondo a fixação da seguinte tese de julgamento:

a) O dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição

RE 656558 / SP

Federal), de modo que é inconstitucional a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária.

b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.

8. Em seguida, pedi vista dos autos para melhor examinar a questão, trazendo-os agora para continuidade do julgamento. Adianto que acompanharei o relator parcialmente, sobretudo porque os parâmetros para a validade das contratações de serviços advocatícios com inexigibilidade de licitação fixados por S. Exa. reproduzem os que fixei no voto que proferi na ADC 45, sob minha relatoria:

(i) *Necessidade de procedimento administrativo formal* (art. 26 da Lei nº 8.666/1993).

(ii) *Notória especialização do profissional a ser contratado* (art. 13, V, da Lei nº 8.666/1993). A escolha deve recair sobre profissional dotado de especialização *incontroversa*, com qualificação diferenciada, aferida por elementos objetivos, reconhecidos pelo mercado (e.g. formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação, experiência bem-sucedida em atuações pretéritas semelhantes).

(iii) *Natureza singular do serviço* (art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993). O objeto do contrato deve dizer respeito a serviço que escape à rotina do órgão ou entidade contratante e da própria estrutura de advocacia pública que o atende.

(iv) *Inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público*. A disciplina constitucional da advocacia pública

RE 656558 / SP

(arts. 131 e 132, da CF) impõe que, em regra, a assessoria jurídica das entidades federativas, tanto na vertente consultiva como na defesa em juízo, caiba aos advogados públicos. *Excepcionalmente*, caberá a contratação de advogados privados, desde que plenamente configurada a *impossibilidade* ou *relevante inconveniência* de que a atribuição seja exercida pelos membros da advocacia pública.

(v) *Contratação pelo preço de mercado*. Mesmo que a contratação direta envolva atuações de maior complexidade e responsabilidade, é necessário que a Administração Pública demonstre que os honorários ajustados se encontram dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado.

9. Peço vênua ao relator, contudo, para apresentar divergência quanto a três pontos específicos: (i) a validade do contrato administrativo celebrado; (ii) a necessidade de dolo para a configuração de atos de improbidade administrativa; e (iii) a possibilidade de que norma editada por ente subnacional impeça a contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação.

10. O primeiro ponto de divergência diz respeito à validade do contrato discutido. No caso em análise, o objeto do contrato era composto dos seguintes serviços: (i) atuação perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em processos de prestação de contas e referentes à licitações; assessoria jurídica em contratações públicas; (ii) análise de todos os processos licitatórios; (iii) respostas a consultas; (iv) elaboração de justificativas de preço das contratações; e (v) acompanhamento da execução orçamentária do exercício de 1997.

11. Essas atividades são rotineiramente realizadas pelos órgãos de assessoramento jurídico. Além disso, não se demonstrou, no caso concreto, a impossibilidade ou a relevante inconveniência de que fossem executadas pelos advogados públicos que integravam o quadro de pessoal do Município de Itatiba. Assim, por não estarem preenchidos os

RE 656558 / SP

requisitos da natureza singular do serviço e da inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público, entendendo que deve ser declarada a nulidade do contrato. De toda sorte, tal qual assentou o STJ, tendo sido o serviço adequadamente prestado, não há dano ao erário. Desse modo, não é o caso de determinar a devolução aos cofres públicos dos valores pagos à sociedade de advogados.

12. O segundo ponto de divergência diz respeito à possibilidade de condutas culposas serem enquadradas como atos de improbidade administrativa. A Lei nº 8.429/1992, que regulamenta o art. 37, § 4º, da Constituição, define os casos de improbidade administrativa e a respectiva gradação das sanções. O gênero improbidade administrativa foi dividido em três categorias distintas: (i) a que importe em enriquecimento ilícito (art. 9º); (ii) a que importe em prejuízo ao erário (art. 10); e (iii) a que importe em atentado contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

13. Com a edição da Lei nº 14.230/2021, que alterou a Lei nº 8.429/1992, ocorreu a primeira grande modificação no regime jurídico das improbidades administrativas no Brasil. Dentre as principais inovações, passou-se a exigir dolo para caracterização de ato ímprobo em todos os casos, extinguindo-se a modalidade culposa, que constava da redação originária do art. 10 da Lei nº 8.429/1992. A questão relativa à “(ir)retroatividade das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação à necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA” foi analisada por esta Corte no ARE 843.989 (Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 18.08.2022), paradigma do Tema 1.199 da repercussão geral. Foi fixada a tese a seguir transcrita na parte de interesse:

1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a

RE 656558 / SP

presença do elemento subjetivo - DOLO;

2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;

3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;

[...]

14. Diante desse quadro, não há qualquer dúvida de que, com a redação atual da Lei nº 8.429/1992, dada pela Lei nº 14.230/2021, exige-se a presença de dolo para a caracterização de qualquer ato de improbidade administrativa. O Supremo Tribunal Federal reforçou essa tese ao validar a alteração legislativa que extinguiu a modalidade culposa e determinar sua aplicação aos atos praticados sob a vigência da lei anterior e aos processos em curso em que não havia decisão transitada em julgado. Esse raciocínio deve ser aplicado ao caso concreto em análise: como a condenação ainda não se tornou definitiva e não se comprovou a presença de dolo, a norma benéfica prevista na Lei nº 14.230/2021 deve incidir, o que exclui a caracterização de ato de improbidade administrativa. Deve ser afastada, portanto, a multa civil aplicada pelo STJ.

15. Isso não significa, contudo, que o dolo seja necessário para a caracterização de ato de improbidade administrativa em qualquer hipótese. Como se viu, a tese fixada por esta Corte mantém hígidas as condenações definitivas por atos ímprobos culposos anteriores à edição da Lei nº 14.230/2021. Além disso, o Supremo Tribunal Federal não afirmou que o legislador está impedido de editar norma que restabeleça a

RE 656558 / SP

punição por atos de improbidade administrativa praticados com culpa. Essa questão não foi objeto de exame no julgamento do Tema 1.199 da repercussão geral. Em tal ocasião, esta Corte se limitou a afirmar que a alteração feita pela Lei nº 14.230/2021, que conduziu à necessidade de que o elemento subjetivo doloso esteja presente para a caracterização de qualquer ato ímprobo, é compatível com a Constituição. E nem poderia ser diferente, já que a inexistência do tipo culposos para atos de improbidade administrativa decorre de opção legislativa, não de uma imposição feita pelo art. 37, § 4º, da Constituição.

16. O terceiro ponto de divergência tem relação com o argumento, exposto no voto do relator, de que a contratação de serviços advocatícios “só terá validade se não houver norma impetitiva - no caso, municipal”. Discordo respeitosamente dessa premissa, por entender que a inexigibilidade de licitação constitui situação fática em que a realização do procedimento competitivo simplesmente não é viável. Refere-se, portanto, à contratação de serviços extremamente especializados, a ponto de não haver diversos prestadores no mercado que possam executá-lo satisfatoriamente. Por esse motivo, tanto o art. 25 da Lei nº 8.666/1993, atualmente revogado, quanto o art. 74 da Lei nº 14.133/2021, em vigor, não contêm um rol exaustivo das hipóteses em que a licitação é inexigível. Os dispositivos se limitam a reconhecer que essa situação se faz presente sempre que houver “inviabilidade de competição”.

17. Assim, se estão presentes os requisitos que autorizam a contratação de serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação – exatamente por ser impossível a competição entre potenciais interessados na execução do objeto –, lei editada por ente subnacional não pode demandar que o certame seja realizado. Nessa hipótese, previsão legal que vedasse a contratação direta representaria, ainda, interferência indevida do Poder Legislativo em ato de gestão a cargo do Poder Executivo. Não por acaso, “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a regra que subordina a celebração de acordos

RE 656558 / SP

ou convênios firmados por órgãos do Poder Executivo à autorização prévia ou ratificação da Assembleia Legislativa fere o princípio da independência e harmonia dos poderes” (ADI 342, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 06.02.2003). Veja-se, no mesmo sentido: ADI 4.348, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 10.10.2018.

18. Além disso, de acordo com o art. 22, XXVII, da Constituição, é competência privativa da União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. Como decorrência direta dessa previsão, cabe aos entes subnacionais suplementar a legislação federal de modo a aptá-la às suas realidades, sem, evidentemente, contrariá-la. Diversos precedentes desta Corte reforçam essa ideia [1]. Assim, lei editada por ente subnacional não pode vedar a contratação por inexigibilidade de licitação em hipótese expressamente permitida pela Lei nº 14.133/2021, que constitui norma geral sobre o tema.

19. Diante do exposto, julgo prejudicado o RE 610.523 e dou parcial provimento ao RE 656.558, mantendo a declaração de nulidade do contrato, mas afastando a caracterização de ato de improbidade de administrativa e a multa civil aplicada pelo STJ. Proponho, ainda, seja alterado o item “a” da tese de julgamento proposta pelo relator, para que tenha a seguinte redação:

a) Com a redação atual da Lei nº 8.429/1992, dada pela Lei nº 14.230/2021, o dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal). Esse entendimento deve ser aplicado também aos atos praticados sob a vigência da redação originária da Lei nº 8.429/1992, desde que não haja condenação transitada em julgado.

b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a

RE 656558 / SP

contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.

20. É como voto.

[1] ADI 3.670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 02.04.2007; ADI 3.735, Rel. Min Teori Zavascki, j. em 08.09.2016; ADI 4.658, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 25.10.2019; ADI 3.594, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, j. em 19.06.2020.

01/07/2024**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558 SÃO PAULO**

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: ANTÔNIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA
ADV.(A/S)	: RODRIGO ALEXANDRE DE OLIVEIRA
ADV.(A/S)	: ANTONIO SERGIO BAPTISTA
ADV.(A/S)	: JULIANA ARANHA FONTES
ADV.(A/S)	: MARIA FERNANDA PESSATTI DE TOLEDO E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: BRUNA SILVEIRA SAHADI
RECDO.(A/S)	: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S)	: ADILSON FRANCO PENTEADO
ADV.(A/S)	: JOSÉ GERALDO SIMIONI
RECDO.(A/S)	: PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITATIBA
ADV.(A/S)	: NATALINA APARECIDA DELFORNO DOS SANTOS ALVES
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ITATIBA
RECDO.(A/S)	: CELSO APARECIDO CARBONI
ADV.(A/S)	: CELSO APARECIDO CARBONI
ASSIST.(S)	: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S)	: EGON RAFAEL DOS SANTOS OLIVEIRA
ADV.(A/S)	: CLAUDIA PAIVA CARVALHO
ADV.(A/S)	: MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO
ADV.(A/S)	: RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO
ADV.(A/S)	: OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JUNIOR
ADV.(A/S)	: FERNANDA MARINELA DE SOUSA SANTOS NUNES
ADV.(A/S)	: LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE
ADV.(A/S)	: ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE
ADV.(A/S)	: MANUELA ELIAS BATISTA
ADV.(A/S)	: BRUNA SANTOS COSTA
AM. CURIAE.	: CESA - CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE

RE 656558 / SP

ADVOGADOS

ADV.(A/S)

:RUBENS NAVES

AM. CURIAE.

:UNIÃO

PROC.(A/S)(ES)

:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Relator Dias Toffoli e o saúdo pelo exame pormenorizado do caso concreto, que traz à tona tema sensível.

Peço vênia ao e. Relator para divergir parcialmente.

Os e. Ministros Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso julgaram prejudicado o RE 610.523 por perda superveniente de objeto, **decisão a qual adiro.**

No **mérito do RE 656.558, acompanho a divergência inaugurada pelo e. Ministro Luís Roberto Barroso**, para dar parcial provimento ao recurso extraordinário, mantendo a declaração de nulidade do contrato, com afastamento da caracterização de ato de improbidade administrativa e da multa civil aplicada no julgamento do REsp pelo Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, **acompanho a proposta do e. Ministro Luís Roberto Barroso** no que tange ao **item “a”** da tese do Tema 309 da Repercussão Geral, cujo trecho ficou assim descrito:

“a) Com a redação atual da Lei nº 8.429/1992, dada pela Lei nº 14.230/2021, o dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal). Esse entendimento deve ser aplicado também aos atos praticados sob a vigência da redação originária da Lei nº 8.429/1992, desde que não haja condenação transitada em julgado”.

De último, **filio-me ao entendimento do e. Ministro Relator com relação ao item “b”** apresentado no aditamento ao voto. Cito a redação dessa proposta:

RE 656558 / SP

“b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) **cobrança de preço compatível com a responsabilidade profissional exigida pelo caso, observado, também, o valor médio cobrado pelo escritório de advocacia contratado em situações similares anteriores**”. (grifei).

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : ANTÔNIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA

ADV.(A/S) : RODRIGO ALEXANDRE DE OLIVEIRA (469918/SP)

ADV.(A/S) : ANTONIO SERGIO BAPTISTA (17111/SP)

ADV.(A/S) : JULIANA ARANHA FONTES (326807/SP)

ADV.(A/S) : MARIA FERNANDA PESSATTI DE TOLEDO (228078/SP) E
OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : BRUNA SILVEIRA SAHADI (40606/DF, 353130/SP)

RECDO.(A/S) : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

RECDO.(A/S) : ADILSON FRANCO PENTEADO

ADV.(A/S) : JOSÉ GERALDO SIMIONI (00062280/SP)

RECDO.(A/S) : PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITATIBA

ADV.(A/S) : NATALINA APARECIDA DELFORNO DOS SANTOS ALVES
(138019/SP)

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ITATIBA

RECDO.(A/S) : CELSO APARECIDO CARBONI

ADV.(A/S) : CELSO APARECIDO CARBONI (95530/SP)

ASSIST.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL -
CFOAB

ADV.(A/S) : EGON RAFAEL DOS SANTOS OLIVEIRA (73476/DF)

ADV.(A/S) : CLAUDIA PAIVA CARVALHO (129382/MG)

ADV.(A/S) : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO (18958/DF, 167075/MG,
2525/PI, 259423/RJ, 463101/SP)

ADV.(A/S) : RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO (19979/DF)

ADV.(A/S) : OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JUNIOR (16275/DF)

ADV.(A/S) : FERNANDA MARINELA DE SOUSA SANTOS (6086B/AL, 57700/DF)

ADV.(A/S) : LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE (39992/DF)

ADV.(A/S) : ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE (51469/DF)

ADV.(A/S) : MANUELA ELIAS BATISTA (55415/DF)

ADV.(A/S) : BRUNA SANTOS COSTA (44884/DF)

AM. CURIAE. : CESA - CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS

ADV.(A/S) : RUBENS NAVES (19379/SP)

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Adiado por indicação do Relator. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 06.08.2014.

Decisão: O Tribunal, apreciando pedido formulado, adiou o julgamento do feito. Ausentes, nesta assentada, os Ministros Celso de Mello e Roberto Barroso. Presidência do Ministro Ricardo

Lewandowski. Plenário, 04.02.2015.

Decisão: Adiado por indicação do Relator. Ausentes, nesta assentada, os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.08.2016.

Decisão: Após o voto do Relator, dando provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso, retornando à apreciação do Plenário, preferencialmente, após a inclusão em pauta da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 45. Ausentes o Ministro Roberto Barroso, neste julgamento, e o Ministro Gilmar Mendes, justificadamente. Impedido o Ministro Ricardo Lewandowski. Falaram: pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Sérgio Ferraz; pelo *amicus curiae* CESA - Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, o Dr. Guilherme Amorim; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 14.6.2017.

Decisão: (Julgamento conjunto dos REs 610.523 e 656.558) Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que julgava prejudicado o RE 610.523/SP e dava provimento ao RE nº 656.558/SP, a fim de se restabelecer a decisão em que se julgou improcedente a ação, propondo a fixação das seguintes teses (tema 309 da repercussão geral): "a) O dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal), de modo que é inconstitucional a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária; b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado", pediu vista dos autos o Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente). Falaram: pelo recorrente, o Dr. Antonio Sergio Baptista; pelo assistente, a Dra. Fernanda Marinela; e, pelo *amicus curiae* CESA - Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, o Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva. Plenário, Sessão Virtual de 23.2.2024 a 1.3.2024.

Decisão: (Julgamento conjunto dos REs 610.523 e 656.558) Após o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente), que acompanhava o Relator parcialmente, julgando prejudicado o RE 610.523 e aderindo ao item *b* da tese por ele proposta no RE

656.558, e, divergindo do Relator, dava parcial provimento a esse recurso extraordinário, mantendo a declaração de nulidade do contrato, mas afastando a caracterização de ato de improbidade administrativa e a multa civil aplicada pelo STJ, propondo, ainda, seja alterado o item "a" dessa tese, para que tenha a seguinte redação (tema 309 da repercussão geral): "a) Com a redação atual da Lei nº 8.429/1992, dada pela Lei nº 14.230/2021, o dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal). Esse entendimento deve ser aplicado também aos atos praticados sob a vigência da redação originária da Lei nº 8.429/1992, desde que não haja condenação transitada em julgado"; do voto do Ministro Edson Fachin, que divergia parcialmente do Relator, aderindo ao prejuízo do RE 610.523, mas acompanhava a divergência inaugurada pelo Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente) e dava parcial provimento ao RE 656.558, mantendo a declaração de nulidade do contrato, com afastamento da caracterização de ato de improbidade administrativa e da multa civil aplicada no julgamento do REsp pelo Superior Tribunal de Justiça, além de acompanhar a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso no que tange ao item "a" da tese do Tema 309 da Repercussão Geral, filiando-se, contudo, ao entendimento do Relator em relação ao item "b" da tese; e dos votos dos Ministros Flávio Dino, Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin, que acompanhavam o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Plenário, Sessão Virtual de 21.6.2024 a 28.6.2024.

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça, Cristiano Zanin e Flávio Dino.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

28/10/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558 SÃO PAULO

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Em vista da reunião dos REs nº 656.558-RG/SP e nº 610.523/SP para julgamento conjunto com a ADC nº 45/DF, e não havendo a prolação de voto do eminente Ministro Marco Aurélio naqueles recursos, passo a tecer minhas considerações sobre a temática aqui tratada, não sem antes me referir ao exauriente relatório produzido pelo eminente Ministro Relator Dias Toffoli, para adotá-lo em sua integralidade.

2. Apenas para melhor situar o caso específico dos recursos extraordinários, ressalto que ambos são extraídos de ação civil pública proposta pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo**, apresentada para impugnar contratação direta do escritório **Antônio Sérgio Baptista - Advogados Associados** pelo Município de Itatiba/SP, para assessoria em licitações a serem realizadas no exercício de 1997, cujos serviços seriam, por exemplo, de “prestações de contas”, de “análise de licitações e contratos”, de “acompanhamento de instruções processuais”, de “análise de todos os procedimentos licitatórios”, de “elaboração (...) da justificativa a que se refere o artigo 5º, in fine, da lei 8.666/93”, de “acompanhamento e execução orçamentária de 1997” (e-doc. 14, p. 150). O contrato público previa a remuneração de R\$ 64.800,00, em valores históricos (e-doc. 14, p. 151).

3. O RE nº 610.523/SP foi primeiro interposto pelo *Parquet* de São Paulo, contra acórdão do Tribunal bandeirante, que, em manutenção da sentença de 1º Grau, decidiu pela legalidade da contratação discutida.

4. Por sua vez, o RE nº 656.558-RG/SP foi interposto pela banca de advogados Antônio Sérgio Baptista (e-doc. 19, p. 93-110), após a parcial

RE 656558 / SP

reforma operada por decisão do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu pela prática de ato de improbidade administrativa na contratação direta do escritório pelo Município de Itatiba/SP, de modo a incorrer na previsão do art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992.

4.1. O acórdão recorrido, contra o qual se insurgiu o escritório de advocacia, julgou o Recurso Especial nº 488.842/SP para determinar a “irregularidade da dispensa da licitação”, em “ato de improbidade administrativa”. Confira-se a redação da ementa:

“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. II 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,

RE 656558 / SP

reduzida a patamar mínimo (10% do valor do contrato, atualizado desde a assinatura).

5. Recurso especial provido em parte.”

5. Logo, o tema da repercussão geral afetada sob o nº 309, fixado nos aludidos recursos extraordinários, alinha-se ao que se discutia na ADC nº 45/DF, na medida em que visa dirimir sobre a (i) constitucionalidade de regra inserta na Lei nº 8.666, de 1993, que trata da inexigibilidade de licitação para a contratação de advogado particular por entidade pública, e a (ii) incidência das sanções por improbidade administrativa previstas no art. 37, § 4º, da Constituição da República.

6. Pontuo, ainda, que, na ADC nº 45/DF, o e. Ministro Relator Luís Roberto Barroso havia se manifestado pela aplicação de interpretação conforme à Constituição quanto aos mencionados dispositivos da Lei nº 8.666, de 1993, *“para que se entenda que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente notória. especialização profissional, natureza singular do serviço e necessidade de procedimento administrativo formal, deve observar: (i) a inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado”*.

6.1. A manifestação de Sua Excelência foi assim ementada:

“Direito constitucional e administrativo. Ação declaratória de constitucionalidade. Arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993. Contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação.

1. Ação declaratória de constitucionalidade dos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, que trata da qualificação dos serviços técnicos profissionais especializados e das hipóteses de inexigibilidade de licitação. Alegação de que tais normas dão ensejo a controvérsias judiciais nos casos de contratação direta

RE 656558 / SP

de serviços advocatícios.

2. Constitucionalidade dos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993: disciplina legal da matéria que regulamenta com critérios razoáveis o art. 37, XXI, da CF.

3. Necessidade de conferir segurança jurídica à interpretação e aplicação dos dispositivos legais objeto da presente ação, mediante o estabelecimento de critérios e parâmetros dentro dos quais a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, estará em consonância com os princípios constitucionais da matéria, especialmente a moralidade, a impessoalidade e a eficiência. Precedentes: Inquérito 3.074, j. em 26.08.2014; MS 31.718, j. em 16.05.2018.

4. **Necessidade de procedimento administrativo formal** (art. 26 da Lei nº 8.666/1993). Como todos os contratos celebrados mediante inexigibilidade de licitação, também a contratação direta de serviços advocatícios sob esse fundamento deve observar, no que couber, as exigências formais e de publicidade contidas na legislação de regência, especialmente o dever de motivação expressa, a fim de permitir a verificação de eventuais irregularidades pelos órgãos de controle e pela própria sociedade.

5. **Notória especialização do profissional a ser contratado** (art. 13, V, da Lei nº 8.666/1993). A escolha deve recair sobre profissional dotado de especialização incontroversa, com qualificação diferenciada, aferida por elementos objetivos, reconhecidos pelo mercado (e.g. formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação, experiência bem-sucedida em atuações pretéritas semelhantes).

6. **Natureza singular do serviço** (art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993). O objeto do contrato deve dizer respeito a serviço que escape à rotina do órgão ou entidade contratante e da própria estrutura de advocacia pública que o atende. Inviabilidade de contratar profissional de notória especialização para serviço trivial ou rotineiro, exigindo-se que a atividade

RE 656558 / SP

envolva complexidades que tornem necessária a peculiar expertise. Existência de característica própria do serviço que justifique a contratação de um profissional específico, dotado de determinadas qualidades, em detrimento de outros potenciais candidatos. Precedente: AP 348, j. em 15.12.2006.

7. Inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público. A disciplina constitucional da advocacia pública (arts. 131 e 132, da CF) impõe que, em regra, a assessoria jurídica das entidades federativas, tanto na vertente consultiva como na defesa em juízo, caiba aos advogados públicos. Excepcionalmente, caberá a contratação de advogados privados, desde que plenamente configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pelos membros da advocacia pública.

8. Contratação pelo preço de mercado. Mesmo que a contratação direta envolva atuações de maior complexidade e responsabilidade, é necessário que a Administração Pública demonstre que os honorários ajustados se encontram dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional. Essa justificativa do preço deve ser lastreada em elementos que confirmem objetividade à análise (e.g. comparação da proposta apresentada pelo profissional que se pretende contratar com os preços praticados em outros contratos cujo objeto seja análogo).

9. Parcial procedência do pedido, conferindo-se interpretação conforme a Constituição aos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, com a fixação da seguinte tese: *“São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) a inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) a cobrança de preço compatível com o praticado pelo*

RE 656558 / SP

mercado.” (destaques acrescidos).

7. Em que pese a recém-decretada prejudicialidade da ADC nº 45/DF, ante a revogação da Lei nº 8.666, de 1993, pela entrada em vigor, em 30/12/2023, da Lei nº 14.133, de 2021, remanesce a valiosíssima compreensão exarada pelo e. Presidente, o Ministro Luís Roberto Barroso, bem como a celeuma enfrentada nos processos relativos ao presente Tema nº 309 do ementário da Repercussão Geral.

8. Aqui nos recursos extraordinários, o voto proferido pelo Relator, e. Ministro Dias Toffoli, foi no sentido do não provimento do RE nº 610.523/SP (interposto pelo Ministério Público de São Paulo) e do provimento do RE nº 656.558-RG/SP (interposto por Antônio Sérgio Baptista Advogados).

9. Estabeleceu o e. Ministro Dias Toffoli, originariamente, as seguintes teses de repercussão geral para o Tema nº 309:

“a) É constitucional a regra inserta no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que estabelece ser inexigível a licitação para a **contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13** dessa lei, desde que i) **preenchidos os requisitos nela estabelecidos**, ii) **não haja norma impeditiva à contratação nesses termos** e iii) **eles tenham natureza singular e sejam prestados por profissionais ou empresas de notória especialização**, inclusive no que tange à execução de serviços de consultoria, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

b) **Para a configuração da improbidade administrativa, prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, faz-se necessária a presença de dolo ou culpa**, caracterizados por ação ou omissão do agente, razão pela qual, não havendo prova do elemento subjetivo, não se configura o ato de improbidade administrativa, em qualquer uma das modalidades previstas na Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa.” (grifos

RE 656558 / SP

acrescidos).

10. Após pedido de vista, o e. Ministro Luís Roberto Barroso apresentou voto parcialmente divergente, para censurar o item ii da alínea “a” da tese apresentada pelo e. Relator, quanto à viabilidade de a norma municipal impedir a contratação direta e também para, de certa forma, amoldar a tese àquilo que ficou consignado no Tema RG nº 1.199, no tocante ao pressuposto do dolo para a caracterização da improbidade administrativa.

11. Foi então que o e. Ministro Dias Toffoli apresentou aditamento à sua tese, que passou a ostentar a seguinte redação:

“a) O dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal), de modo que é inconstitucional a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária.

b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com a responsabilidade profissional exigida pelo caso, observado, também, o valor médio cobrado pelo escritório de advocacia contratado em situações similares anteriores.” (destaques acrescidos).

12. Em retorno dos autos ao ambiente virtual, após tais modificações, acompanhou o entendimento do e. Relator, conquanto tenha apresentado

RE 656558 / SP

voto parcialmente divergente para acolher a proposta de tese do e. Ministro Luís Roberto Barroso quanto ao item “a”, que ficaria assim disposto:

“a) Com a redação atual da Lei nº 8.429/1992, dada pela Lei nº 14.230/2021, o dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal). Esse entendimento deve ser aplicado também aos atos praticados sob a vigência da redação originária da Lei nº 8.429/1992, desde que não haja condenação transitada em julgado.” (destaques acrescidos).

13. Para melhor compreender a hipótese dos autos e sopesar as teses sugeridas, pedi vista de ambos os recursos extraordinários.

14. Adianto minha convergência à posição do ilustre Presidente, Ministro Luís Roberto Barroso, mas não deixo de apresentar voto, com considerações a respeito do tema e, principalmente, do caso concreto.

I. Constitucionalidade dos arts. 13, inc. V, e 25, inc. II, da Lei nº 8.666, de 1993

15. Conquanto estejamos a discutir os arts. 13, inc. V, e 25, inc. II, da Lei nº 8.666, de 1993, hoje, revogada pelo esgotamento do biênio de *vacatio legis* previsto na Lei nº 14.133, de 2021 (“Nova Lei de Licitações”), estendido pela superveniência da Medida Provisória nº 1.167 até 30/12/2023, cumpre reiterar a atualidade do debate pela reprodução similar daqueles dispositivos na nova lei. Para melhor cotejo, transcrevo os textos normativos, a seguir:

“Art.13. (L. 8.666) Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

(...)

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

RE 656558 / SP

*Art. 25. (L. 8.666) É inexigível a licitação quando houver **inviabilidade de competição**, em especial:*

(...)

*II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, **de natureza singular**, com profissionais ou empresas de **notória especialização**, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.” (grifos acrescentados).*

*“Art. 74. (L. 14.133) É inexigível a licitação quando **inviável a competição**, em especial nos casos de:*

(...)

*III - contratação dos seguintes **serviços técnicos especializados** de natureza predominantemente **intelectual** com profissionais ou empresas de **notória especialização**, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:*

(...)

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

(...)

*§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de **notória especialização** o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.” (grifos acrescentados).*

16. Perfilho-me ao entendimento quanto à constitucionalidade de ambos os diplomas sobre a inexigibilidade de licitação pública para contratação de advogados particulares, o que, entretanto, deve ocorrer em situações excepcionalíssimas.

17. Quero ressaltar que o problema não se aloca nos domínios legais impostos para a contratação direta, quais sejam, (i) a imprescindibilidade

RE 656558 / SP

de procedimento administrativo formal, (ii) a notória especialização profissional e (iii) a natureza singular dos serviços. A fim de conferir interpretação conforme aos artigos específicos da Lei nº 8.666, ainda, propôs o e. Ministro Luís Roberto Barroso a necessária verificação da (iv) inadequação dos serviços jurídicos prestados por integrantes do Poder Público e (v) da existência de preço compatível com a responsabilidade profissional exigida no ato de contratação. A maior dificuldade está no julgamento das situações concretas, isto é, na aplicação desses mesmos requisitos.

18. Em breve apontamento, é certo que a terminologia da “*inexigibilidade*” da licitação não diz com uma opção do legislador, que, em determinadas atividades, visou eximir o administrador de realizar o procedimento de licitação.

18.1. Assim o fosse, estaria o legislador infraconstitucional a ofender diretamente o art. 37, inc. XXI, da CRFB, assim como todos os postulados constitucionais que orientam a licitação pública. Relembro, então, que a licitação é (e deve ser) a regra, sendo a sua dispensa ou inexigibilidade hipótese — necessariamente — excepcional.

18.2. Neste esteio, a *inexigibilidade* de licitação é mais um *fato* do que uma opção propriamente dita. É, pois, caso em que o procedimento administrativo é inviável porque, dadas as circunstâncias concretas, não tem lugar a competição.

19. Sob esse prisma, vejo que a *inexigibilidade* da licitação demanda procedimento que somente é deflagrado em situação de **dupla excepcionalidade**. A primeira é a que diz com a ausência de advogados concursados capazes de assumir a demanda pelo serviço superveniente. Outra, e sucessiva à primeira, é a exceção quanto à contratação de um advogado sem que possível a abertura da competição pública. Confirmadas as exceções, somente, temos enfim por *inexigível* a licitação.

RE 656558 / SP

20. A Lei de Licitações, então, trouxe elementos *indiciários* dessa situação excepcional os quais, se efetivamente constatados, justificam, em princípio, a contratação do advogado de forma direta.

21. A lei, então, condiciona a inexigibilidade de licitação sob a invocação de características fáticas como “*serviços técnicos (...) de natureza singular*” a serem executados por profissionais de “*notória especialização*”.

22. Essas expressões convivem no texto da “antiga” Lei de Licitações (Lei nº 8.666, de 1993) e apontam a necessária coexistência de um **requisito objetivo**, da singularidade do objeto contratado, e **subjetivo**, da notória especialidade do profissional executor do serviço jurídico.

23. A par das extensas discussões doutrinárias, parece-me natural que, numa situação específica de incapacidade do corpo de advogados interno ao ente federativo, e na ausência de mais de um profissional apto a atender à demanda pelo serviço, restar-nos-ia, necessariamente, um advogado com *notória especialização*.

23.1. O aprofundamento do estudo da norma em comento nos ensina que, **se o serviço não for singular para aquele ente público, desnecessária seria a contratação de um especialista. E, caso o contratado não apresente especialidade o suficiente, também é sinal de que não estamos diante de uma situação peculiar** — que, repito, somente poderia ser solucionada por um determinado profissional, com aptidões específicas.

23.2. Ainda, apesar de não expressamente referida na nova legislação (art. 74, inc. II, § 3º, da Lei nº 14.133, de 2021), a *singularidade* do serviço é requisito já sedimentado na *práxis* administrativa, tão pacífico que cristalizado na Súmula do Tribunal de Contas da União, no verbete nº 39, com a seguinte redação:

RE 656558 / SP

“A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993.”

23.3. Nesse sentido, ainda, destaco:

“(…) a notória especialização, que serviu para que determinado contratante fosse selecionado com escudo e o manto da inexigibilidade da licitação, seja em si um dado essencial para a satisfação do interesse público a ser atendido. **Se o serviço é daqueles em que a notória especialização é absolutamente acidental, apenas uma moldura que enfeita o prestador de serviços, mas não integra a essência da realização, tal como desejada, do objeto contratual, nesse caso sua invocação será viciosa e viciada, e, portanto, atacável através de todas as figuras de vício do ato administrativo, com a consequente apenação do administrador.**”

(FIGUEIREDO, Lúcia Valle e FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.p. 46; grifos acrescentados).

23.4. Afasto, portanto, e com o devido respeito, as teses no sentido de que a *singularidade* e a *notória especialização* sejam requisitos apriorísticos, como se inerentes a qualquer categoria profissional da *advocacia*. Neste ponto, é assente a doutrina a respeito da existência de traços bem demarcados da situação *singular* ou “especialíssima” aqui perquirida. Cabe destacar o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Evidentemente, o que entra em causa, para o tema da

RE 656558 / SP

licitação, é a **singularidade relevante, ou seja: cumpre que os fatores singularizadores de um dado serviço apresentem realce para a satisfação da necessidade administrativa. Em suma: que as diferenças advindas da singularidade de cada qual repercutam de maneira a autorizar a presunção de que o serviço de um é mais indicado do que o serviço de outro.**”

(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 563; grifos acrescidos).

24. Vejo com extrema valia os nossos esforços, notadamente do e. Ministro Luís Roberto Barroso, na relatoria da ADC nº 45/DF, e do e. Ministro Dias Toffoli, nos presentes feitos.

25. Este Pretório Excelso traz, agora, elementos (ou requisitos) de ordem prática a apontarem, não só para situação *ipso facto* da inexigibilidade, mas também para a garantia de uma **contratação legítima**, isto é, aquela que busque a devida **eficiência** da Administração pública, sem deixar de garantir a necessária impessoalidade neste procedimento de dispensa.

26. Esforços tais que não apontam nem a dispensa nem a contratação mediante licitação como boas ou ruins. Mas — e o que é primordial — que a Administração contrate com verdadeira eficiência, de modo que atinja os objetivos com menor custo possível. Em obra sobre o tema da inexigibilidade, cito passagem sobre esta valoração:

“Processo de contratação pública é o conjunto de fases, etapas e atos estruturado de maneira lógica para permitir que a Administração, a partir da identificação de sua necessidade, planeje com precisão a solução adequada (o Encargo), dimensionando e minimizando riscos, e selecione de modo eficiente, por meio de licitação, dispensa ou inexigibilidade, a pessoa capaz de satisfazer plenamente sua necessidade pela melhor relação benefício-preço.

RE 656558 / SP

(...)

A igualdade processual entre os interessados é um valor importante, mas não o mais importante, por uma razão simples: assegurar igualdade na licitação é garantir um meio, e não assegurar um fim. O meio deve ser eficiente sob pena de não viabilizar o pretendido fim. O fim da contratação pública não é garantir igualdade processual a todos os agentes econômicos, mas sim assegurar que a necessidade da Administração, que motivou o processo, seja plenamente satisfeita por meio da melhor relação benefício-preço. Vale aqui a máxima: é o fim que deve determinar o meio, e não o contrário.”

(MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação. Repensando a contratação pública e o dever de licitar*. 2ª ed. Curitiba: Zênite, 2023, p. 93-96).

27. Nesta linha, entendo recomendável a composição por Estados e Municípios de seu quadro próprio de advogados públicos.

28. A realização do concurso público garante, como em qualquer outro cargo, a capacidade e a confiança no profissional que, de maneira isenta a qualquer preleção política, foi selecionado de forma impessoal a exercer uma função pública, tal como prevê o art. 37, inc. II, da CRFB.

29. Gustavo Binenbojm bem descreve as vicissitudes que o advogado público pode enfrentar quando despido da estabilidade na função pública:

“De fato, servidores comissionados, ocupantes de cargos de livre nomeação e de livre exoneração, tornam-se vulneráveis a seus superiores hierárquicos, de quem dependem para se manterem no exercício da função. Como se sabe, os cargos em comissão são preenchidos por pessoas que mantêm um vínculo de confiança com aqueles que os nomeiam. Desta forma, o desempenho da função pública pode ficar

RE 656558 / SP

comprometido, uma vez que a submissão política direta gera fortes incentivos de atuação parcial no exame da juridicidade dos atos da Administração Pública e na promoção do interesse público.”

(BINENBOJM, Gustavo. Parecer no PLC nº205, de 2012. <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-gustavo-binenbojm-projeto.pdf>. Acesso em 1º/05/2023; grifos acrescentados).

30. Posto isso, também não entendo viável a condescendência do Judiciário com a gestão de Municípios que tardam em criar seus órgãos de representação jurídica, especialmente, para atividades corriqueiras.

31. É nesses moldes que, a exemplo do voto divergente do e. Ministro Luís Roberto Barroso, faço minhas críticas à extirpada passagem do item ii da tese quanto à opção dada ao Município de legislar sobre o impedimento, ou não, da contratação direta. A uma, porque não ficaria ao talante do Município contrariar a Lei federal de licitações; e a duas, pela impossibilidade de se predispor o que é ou não um profissional de notória especialização ou o que é um serviço de natureza singular, sem tratar de uma hipótese factual a esse respeito.

32. Dessarte, adiro à redação da tese sugerida pelo e. Ministro Luís Roberto Barroso, distinta somente na sua parte final quanto à cobrança de preço compatível com o mercado, e não com relação ao preço médio informado pelo próprio escritório contratado, a fim de garantir a eficiência e objetividade na relação Administração-contratante e jurisdicionado-contratado.

33. De posse desses fundamentos, bem assim do requisitos apostos na tese, compreendo que o recurso interposto neste *leading case* pela banca de advocacia Antônio Sérgio Baptista não merece prosperar, haja vista a contratação não ter sido justificada para prestação de serviços particularmente especiais, misteres que, ao invés, se referem ao labor típico da procuradoria pública, sem qualquer singularidade (por

RE 656558 / SP

exemplo, realização de tomada de contas, acompanhamento de instruções processuais e de procedimentos administrativos de licitações — e-doc. 14, p. 71-72). Igualmente, e em razão do provimento do recurso especial do *Parquet*, fica prejudicado o RE nº 610.523/SP, do Ministério Público do Estado de São Paulo.

II - Do dolo necessário para incidência do art. 37, § 4º, da CRFB

34. Quanto ao segundo ponto a ser dirimido neste tema, resalto a tese proferida por esta Excelsa Corte no julgamento do ARE nº 843.989-RG/PR (Tema RG nº 1.199), assim consolidada:

“1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;

2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;

3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;

4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.”

(ARE nº 843.989-RG/PR, Tema RG nº 1.199, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 18/08/2022, p. 12/12/2022; grifos acrescidos).

RE 656558 / SP

35. Na oportunidade, salientei em meu voto a necessidade de se investigar a existência de conduta dolosa para que incidam as penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992), o que ficou ainda mais patente com a sobrevinda da Lei nº 14.230, de 2021, que retroage para atingir fatos pretéritos ainda não transitados em julgado.

36. Peço vênias para reiterar meu entendimento:

“(…) 45. Conforme se verifica do *caput* dos arts. 9º e 11, tanto em relação aos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, quanto em relação aos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, o Legislador ordinário sempre exigiu a presença do dolo como elemento subjetivo exclusivo para caracterização da conduta como ímproba, para fins de responsabilização específica, em concretização ao comando constitucional de defesa da probidade, insculpido no art. 37, § 4º, da Constituição da República.

(…)

49. Ante a plêiade de dispositivos incluídos, destinados diretamente a estabelecer novos contornos ao elemento anímico do ato de improbidade, **resplandece com clareza solar a intenção do legislador reformista em extirpar qualquer possibilidade de subsunção de condutas praticadas de forma culposa à figura da improbidade administrativa.**

50. Em tal contexto, com as devidas vênias à douta Procuradoria-Geral da República, não reputo adequado cogitar cenário de “*continuidade normativo-sancionadora das novas figuras típicas*”. Respeitando as opiniões em contrário, não há como equiparar a ideia da “*culpa grave*”, anteriormente capaz de ensejar a aplicação do art. 10 da LIA, ao dolo exigido pelos novos contornos estabelecidos através da Lei nº 14.230, de 2021.” (grifos acrescidos).

RE 656558 / SP

37. Neste esteio, é certo que há parte da doutrina que entende, desde a promulgação da Carta de 1988, que o ato de improbidade sempre pressupõe a existência do dolo, de modo que a Constituição jamais visou punir o erro.

38. É bem de ver que na definição do dolo para efeito da improbidade administrativa considera-se o chamado *dolo específico*, conforme a dicção expressa contida na redação atual do art. 1º, §§ 2º e 3º, da Lei de Improbidade, *in verbis*:

“§ 2º Considera-se **dolo a vontade livre e consciente** de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º **O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.**” (destaques acrescidos).

39. Nada obstante, nos termos do Tema RG nº 1.199, e em consideração do tempo pelo qual vigeu a interpretação pela modalidade culposa na imputação da improbidade, opto pela alternativa redacional sugerida pelo e. Ministro Luís Roberto Barroso, em que se evidencia não só a figura do dolo necessário a partir da Lei nº 14.230, de 2021, como, também, não deixa de salvaguardar a retroação do novel diploma a casos ainda não transitados em julgado.

40. É com fundamento nesta diferença que o recurso extraordinário interposto pela banca de advogados (RE nº 656.558/SP) deixa de ser integralmente desprovido, para ser parcialmente provido, afastando-se a caracterização da improbidade à falta de demonstração do dolo específico.

41. Ante o exposto, com todas as vênias ao eminente Relator, **acompanho integralmente a divergência aberta pelo e. Ministro Luís**

RE 656558 / SP

Roberto Barroso quanto à solução do caso concreto, para julgar prejudicado o RE nº 656.558/SP do Ministério Público, nos termos do art. 1.031, § 1º, parte final, do Código de Processo Civil, e dar parcial provimento ao RE nº 656.558/SP, para refutar o ato de improbidade administrativa, remanescente, porém, o decreto de nulidade da contratação direta. Igualmente, acompanho a redação das teses como esposadas pelo e. Ministro Luís Roberto Barroso, que ostentam a seguinte dicção:

“a) Com a redação atual da Lei nº 8.429/1992, dada pela Lei nº 14.230/2021, o dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal). Esse entendimento deve ser aplicado também aos atos praticados sob a vigência da redação originária da Lei nº 8.429/1992, desde que não haja condenação transitada em julgado.

b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.”

É como voto.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 656.558

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : ANTÔNIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA

ADV.(A/S) : RODRIGO ALEXANDRE DE OLIVEIRA (469918/SP)

ADV.(A/S) : ANTONIO SERGIO BAPTISTA (17111/SP)

ADV.(A/S) : JULIANA ARANHA FONTES (326807/SP)

ADV.(A/S) : MARIA FERNANDA PESSATTI DE TOLEDO (228078/SP) E
OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : BRUNA SILVEIRA SAHADI (40606/DF, 353130/SP)

RECDO.(A/S) : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

RECDO.(A/S) : ADILSON FRANCO PENTEADO

ADV.(A/S) : JOSÉ GERALDO SIMIONI (00062280/SP)

RECDO.(A/S) : PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITATIBA

ADV.(A/S) : NATALINA APARECIDA DELFORNO DOS SANTOS ALVES
(138019/SP)

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ITATIBA

RECDO.(A/S) : CELSO APARECIDO CARBONI

ADV.(A/S) : CELSO APARECIDO CARBONI (95530/SP)

ASSIST.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL -
CFOAB

ADV.(A/S) : EGON RAFAEL DOS SANTOS OLIVEIRA (73476/DF)

ADV.(A/S) : CLAUDIA PAIVA CARVALHO (129382/MG)

ADV.(A/S) : MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO (18958/DF, 167075/MG,
2525/PI, 259423/RJ, 463101/SP)

ADV.(A/S) : RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO (19979/DF)

ADV.(A/S) : OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JUNIOR (16275/DF)

ADV.(A/S) : FERNANDA MARINELA DE SOUSA SANTOS (6086B/AL, 57700/DF)

ADV.(A/S) : LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE (39992/DF)

ADV.(A/S) : ANA PAULA DEL VIEIRA DUQUE (51469/DF)

ADV.(A/S) : MANUELA ELIAS BATISTA (55415/DF)

ADV.(A/S) : BRUNA SANTOS COSTA (44884/DF)

AM. CURIAE. : CESA - CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS

ADV.(A/S) : RUBENS NAVES (19379/SP)

AM. CURIAE. : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Adiado por indicação do Relator. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 06.08.2014.

Decisão: O Tribunal, apreciando pedido formulado, adiou o julgamento do feito. Ausentes, nesta assentada, os Ministros Celso de Mello e Roberto Barroso. Presidência do Ministro Ricardo

Lewandowski. Plenário, 04.02.2015.

Decisão: Adiado por indicação do Relator. Ausentes, nesta assentada, os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.08.2016.

Decisão: Após o voto do Relator, dando provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso, retornando à apreciação do Plenário, preferencialmente, após a inclusão em pauta da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 45. Ausentes o Ministro Roberto Barroso, neste julgamento, e o Ministro Gilmar Mendes, justificadamente. Impedido o Ministro Ricardo Lewandowski. Falaram: pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Sérgio Ferraz; pelo *amicus curiae* CESA - Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, o Dr. Guilherme Amorim; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 14.6.2017.

Decisão: (Julgamento conjunto dos REs 610.523 e 656.558) Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que julgava prejudicado o RE 610.523/SP e dava provimento ao RE nº 656.558/SP, a fim de se restabelecer a decisão em que se julgou improcedente a ação, propondo a fixação das seguintes teses (tema 309 da repercussão geral): "a) O dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal), de modo que é inconstitucional a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária; b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado", pediu vista dos autos o Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente). Falaram: pelo recorrente, o Dr. Antonio Sergio Baptista; pelo assistente, a Dra. Fernanda Marinela; e, pelo *amicus curiae* CESA - Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, o Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva. Plenário, Sessão Virtual de 23.2.2024 a 1.3.2024.

Decisão: (Julgamento conjunto dos REs 610.523 e 656.558) Após o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente), que acompanhava o Relator parcialmente, julgando prejudicado o RE 610.523 e aderindo ao item *b* da tese por ele proposta no RE

656.558, e, divergindo do Relator, dava parcial provimento a esse recurso extraordinário, mantendo a declaração de nulidade do contrato, mas afastando a caracterização de ato de improbidade administrativa e a multa civil aplicada pelo STJ, propondo, ainda, seja alterado o item "a" dessa tese, para que tenha a seguinte redação (tema 309 da repercussão geral): "a) Com a redação atual da Lei nº 8.429/1992, dada pela Lei nº 14.230/2021, o dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal). Esse entendimento deve ser aplicado também aos atos praticados sob a vigência da redação originária da Lei nº 8.429/1992, desde que não haja condenação transitada em julgado"; do voto do Ministro Edson Fachin, que divergia parcialmente do Relator, aderindo ao prejuízo do RE 610.523, mas acompanhava a divergência inaugurada pelo Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente) e dava parcial provimento ao RE 656.558, mantendo a declaração de nulidade do contrato, com afastamento da caracterização de ato de improbidade administrativa e da multa civil aplicada no julgamento do REsp pelo Superior Tribunal de Justiça, além de acompanhar a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso no que tange ao item "a" da tese do Tema 309 da Repercussão Geral, filiando-se, contudo, ao entendimento do Relator em relação ao item "b" da tese; e dos votos dos Ministros Flávio Dino, Alexandre de Moraes e Cristiano Zanin, que acompanhavam o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Plenário, Sessão Virtual de 21.6.2024 a 28.6.2024.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou prejudicado o RE 610.523/SP. Por maioria, apreciando o tema 309 da repercussão geral, deu provimento ao RE nº 656.558/SP, a fim de se restabelecer a decisão em que se julgou improcedente a ação, e fixou a seguinte tese: "a) O dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal), de modo que é inconstitucional a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária. b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com a responsabilidade profissional exigida pelo caso, observado, também, o valor médio cobrado pelo escritório de advocacia contratado em situações similares anteriores." Tudo nos

termos do voto ora aditado do Relator, vencidos parcialmente os Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Edson Fachin, André Mendonça e Cármen Lúcia. Plenário, Sessão Virtual de 18.10.2024 a 25.10.2024.

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça, Cristiano Zanin e Flávio Dino.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário