

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 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, 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 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 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 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 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 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;

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 acrescidos).

*“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 acrescidos).

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 excepcionálissimas.

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

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 **subjeto**, 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:

“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 acrescidos).

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 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.

(...)

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 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 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, ressalto 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).

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 vênica 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).

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 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**