

A ADMINISTRAÇÃO EM DEFESA DE SEUS AGENTES: EXAME DA LEGITIMIDADE

ADMINISTRATION IN DEFENSE OF THEIR AGENTS: EXAMINATION OF LEGITIMACY

Cibely Pelegrino Chagas

*Advogada da União, lotada na Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União.
Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A concessão de assistência jurídica pela Administração Pública; 2 Necessidade de licitação e hipóteses de inexigibilidade; 3 Aplicação da disciplina às entidades do Sistema “S”; 4 Sujeição do “Sistema S” ao procedimento licitatório; 5 Do compromisso de ressarcimento; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata da prestação de assistência jurídica no âmbito da Administração pública direta e indireta, a partir do exame da legislação que rege a matéria, de pareceres da AGU, bem como da jurisprudência de nossos Tribunais superiores e do Tribunal de Contas da União. No âmbito da Administração direta, autarquias e fundações públicas, a representação judicial dos titulares e membros dos três Poderes da República, bem como dos ocupantes de cargos de natureza especial e direção superior incumbe à Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 22 da Lei n° 9.028/95. Porém, não obstante autorizada em lei, é de extrema importância que a representação jurídica pela AGU seja precedida de um criterioso exame do caso concreto, investigando a legalidade e a moralidade do ato praticado, bem como se o mesmo visou ao interesse do órgão ou entidade, e não ao interesse pessoal do agente público. Já no que diz respeito à Administração indireta, a representação judicial dos dirigentes e diretores das estatais deve ser feita, preferencialmente, pelo corpo jurídico próprio. Caso não exista, a contratação de advogados externos deve observar o procedimento licitatório, exceto quando caracterizada a hipótese legal de inexigibilidade. De qualquer forma, é sempre imperioso que a assistência jurídica somente seja conferida quando a defesa do agente público não seja incompatível com a defesa do interesse e do patrimônio público.

PALAVRAS-CHAVE: Agentes públicos. Representação Judicial. Advocacia-Geral da União. Lei n° 9.028/95. Estatais. Contratação externa. Licitação.

ABSTRACT: This article deals with the provision of legal assistance under the Public Administration direct and indirect, from the review of the legislation governing the matter, the opinions of the AGU, and the case law of our superior courts and the Court of Audit. Under the direct administration, local governments and public foundations, legal representation of owners and members of the three branches of government, as well as in positions of special nature and higher management is incumbent the Attorney General's Office, pursuant to art. 22 of Law N° 9.028/95. However, even though permitted by law, is of utmost importance that the legal representation by AGU is preceded by a careful examination of the case, investigating the legality and morality of the act performed, and if it sought the interest of the agency or entity, and not the personal interest of the public official. In what concerns the indirect government, the legal representation of officers and directors of SOEs should be made preferably by independent legal body. If not, hiring outside counsel must observe the bidding process,

except when the hypothesis characterized legal enforceability. Anyway, it is always imperative that legal assistance is granted only when the defense of public official is not incompatible with the protection of interest and public property.

KEYWORDS: Public officials. Representation Order. Attorney General of the Union. Law N° 9.028/95. State. Contracting out. Bidding.

INTRODUÇÃO

O patrocínio da defesa judicial dos agentes públicos pela Administração tem gerado veementes manifestações de repulsa por parte dos representantes de diferentes setores da sociedade e, de modo especial, do cidadão comum.

Tamanha rejeição se deve, é certo, às recorrentes denúncias de corrupção e desvio de verbas públicas, muitas vezes praticadas por integrantes do primeiro escalão do governo. Assistimos, indignados, às notícias de fraudes a licitações, superfaturamento de obras, dinheiro desviado da merenda escolar, rombos no caixa da previdência, grandes somas depositadas em contas no exterior... A lista de falcatruas, lamentavelmente, é tão grande quanto a mente perniciosa desses larápios, que não podem ser chamados de *servidores públicos*, no verdadeiro sentido do termo.

Daí, nossa revolta, ante a notícia de que recursos do erário estão sendo empregados na defesa de gestores públicos envolvidos em escândalos.

Contudo, nem sempre os apontados em investigações preliminares são aqueles que realmente lesaram os cofres públicos. Não raro, os verdadeiros corruptos se mantêm na sombra e seus subordinados é que acabam apontados como culpados, muitas vezes sem ter qualquer participação nos ilícitos praticados.

Há ainda hipóteses em que atos a princípio legítimos são posteriormente questionados junto ao Poder Judiciário, por meio de ações civis públicas, ações de improbidade ou ações populares. Também a imprensa, no afã de promover o “furo de reportagem”, por vezes não apura devidamente os fatos e condutas sem qualquer vício de irregularidade são noticiadas como criminosas.

Nesses casos, em que o agente é injusta e precipitadamente inculpada, seria correto fosse ele relegado à sua própria sorte, tendo atuado em prol da Administração? Certamente que não.

Por outro lado, há casos em que, apesar das fortes evidências de ilegalidade e imoralidade, mas louvando-se no princípio constitucional da “presunção de inocência”, advogados de renome são contratados para defender os acusados, às custas dos cofres públicos.

Então, diante do aforismo de que *ninguém pode ser considerado culpado até que se prove o contrário*, como deve a Administração discernir as situações em que deve assumir a defesa institucional do agente público daquelas em que o patrocínio, a princípio, se mostra vedado, em razão dos indícios de ilicitude da conduta? É o que o presente estudo pretende aclarar, a partir da disciplina legal sobre o tema.

1 A CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A primeira questão a ser dirimida refere-se à possibilidade da concessão de assistência jurídica aos integrantes da Administração Pública direta e indireta. E, sendo possível, quando, como e sob quais condições deve ser efetivada.

A Advocacia-Geral da União é a instituição legalmente autorizada a representar judicialmente os titulares e membros dos três Poderes da República, bem como os ocupantes de cargos de direção e assessoramento superiores, quanto aos atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regimentais. É o que prescreve o art. 22 da Lei nº 9.028/95, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31.8.2001¹, cuja dicção é a seguinte:

Art.22 A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, *ficam autorizados a representar judicialmente* os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo

1 A Medida Provisória nº 2.216-37, de 31.8.2001, altera dispositivos da Lei nº 9.649, de 27.5.1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, *quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público*, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar 'habeas corpus' e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo.

§1o O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no 'caput', e ainda:

I- aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei no 6.024, de 13 de março de 1974, nos Decretos-Leis nos 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; e

II- aos militares das Forças Armadas e aos integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial.

§2º O Advogado-Geral da União, em ato próprio, poderá disciplinar a representação autorizada por este artigo.

O dispositivo transcrito deixa claro que a autorização para representação judicial dos agentes públicos pela Advocacia-Geral da União está condicionada a dois requisitos indispensáveis: a) a natureza estritamente funcional do ato praticado e b) a configuração de interesse público na defesa da legitimidade de tal ato. Essa restrição visa evitar possível conflito de interesses entre a defesa do patrimônio público e a defesa da autoridade pública.

Além disso, a decisão acerca da legitimidade da defesa institucional obriga ainda a um juízo prévio de valor quanto à verossimilhança das alegações postas na ação contra o servidor ou agente público. Essa análise prévia, conforme acentuado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando Advogado-Geral da União, no artigo intitulado "Medida Provisória nº 2.143/2001"² é imprescindível

2 MENDES, Gilmar. *Medida Provisória nº 2.143/2001*. Brasília, s.d. Disponível em: <www.redebrasil.inf.br/0artigos/MP2143.htm>. Acesso em: 30.8.2010.

justamente para prevenir situações em que o servidor acionado, que tenha contra si severas e pesadas acusações de prática de atos ilegítimos (com substanciais elementos sinalizadores ou evidenciadores de tal procedimento, nos autos), venha a ter a prática de tais atos, pelo menos no primeiro momento processual, indevidamente legitimada pela assunção de sua defesa pela Advocacia-Geral da União.

Assim, não havendo dúvidas quanto à natureza institucional do ato impugnado e evidenciado o interesse público na sua defesa, bem como inexistindo indícios que tornem verossímeis as alegações postas na ação movida contra o servidor, é justo que sua defesa seja feita pela advocacia pública da União. Isso porque, em casos tais, a defesa do ato praticado pelo agente público guarda relação com a defesa da própria Administração, como corolário do princípio constitucional da impessoalidade, em virtude do qual os atos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão em nome do qual ele age.

Contudo, o art. 22 da Lei nº 9.028 alcança somente os ocupantes de cargos na Administração Pública direta, nas autarquias e nas fundações públicas. Ou seja, não se aplica aos ocupantes de cargos nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista (referidas genericamente como estatais), porque, apesar de integrarem a Administração indireta, detêm natureza jurídica de direito privado. Destarte, quanto aos dirigentes das estatais, não há norma legal que autorize a defesa institucional. Entretanto, tal como ocorre com os agentes públicos, deve-se considerar que, pelo menos em princípio, atuaram eles em defesa da estatal que representam, donde seus atos também devem gozar de presunção de legitimidade.

Além disso, também os dirigentes das estatais estão sujeitos a responderem judicialmente por atos de gestão, figurando como réus em ações que versam sobre acusação de prática de atos contrários aos interesses da entidade, mas que, na verdade, são motivadas por disputas comerciais ou até mesmo políticas.

De fato, não é improvável que o gestor de alguma estatal, cujos atos revestem-se de inequívoca legalidade, venha a ser alvo de ação judicial que vise tão somente a sua desmoralização pública, sem qualquer fundamento jurídico ou meritório relevante. Em tal contexto, seria justo que a empresa em nome da qual ele agiu se abstinhasse de promover

a sua defesa, relegando tal agente à sua própria sorte? E se essas ações se renovassem, seria justo que esse mesmo agente, por diversas vezes, lançasse mão de seus próprios recursos financeiros para defender-se de atos praticados em nome e no interesse da estatal que representa? Uma resposta afirmativa, nessas situações, não parece razoável, além de pôr em risco o interesse público sobre o qual pode repercutir uma decisão desfavorável à legalidade do ato de gestão praticado.

Nesse prisma, é de se admitir que, não obstante não haver previsão para a defesa institucional no âmbito das estatais, a representação encontra guarida nos princípios que orientam a Administração Pública como um todo (direta e indireta), em especial, o da impessoalidade e da razoabilidade. Assim, as mesmas razões que justificam a defesa institucional dos agentes especificados no art. 22 da Lei nº 9.028 também não de justificar a defesa dos dirigentes das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que o ato tenha sido praticado no cumprimento da lei e visando ao interesse da entidade. A diferença, no caso, é que para os agentes mencionados na Lei nº 9.028, a defesa se fará por meio da Advocacia-Geral da União; para os dirigentes das estatais, por advogados de seu quadro jurídico ou, quando admissível, mediante contratação externa.

Demonstrada, pois, a legitimidade da defesa institucional no âmbito da Administração Pública direta e indireta, o ponto nodal da questão é quando ela é legalmente admitida.

Primeiramente, importa registrar que, não havendo disciplina legal específica para as estatais, deve-se buscar auxílio no que prescreve a Lei nº 9.028/95 para a representação dos agentes públicos, com o direcionamento dado pela Advocacia-Geral da União, eis que, como já aduzido e guardadas as devidas proporções, o fundamento que autoriza a defesa institucional é o mesmo.

Pois bem. Visando disciplinar o art. 22 da Lei nº 9.028/95, o Advogado-Geral da União editou a Portaria nº 408, de 23.3.2009, estabelecendo os critérios para que a AGU exerça a representação judicial de agentes públicos, bem como o procedimento a ser observado para o seu deferimento. Merece destaque as seguintes disposições da Portaria/AGU nº 408/2009:

Art. 2º. A representação de agentes públicos somente ocorrerá por solicitação do interessado e desde que o ato pelo qual esteja sendo

demandado em juízo tenha sido praticado no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, na defesa do interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas no art. 22 da Lei n° 9.028, de 1995.

Parágrafo único. O pedido de representação judicial pode ser formulado antes ou durante o transcurso do inquérito ou do processo judicial.

Art. 4º. [...]

§ 4º A decisão quanto à representação judicial do agente público deve conter, no mínimo, o exame expresso dos seguintes pontos:

I - enquadramento funcional do agente público nas situações previstas no art. 22 da Lei n° 9.028, de 1995;

II - natureza estritamente funcional do ato impugnado;

III - existência de interesse público na defesa da legitimidade do ato impugnado;

IV - existência ou não de prévia manifestação de órgão da AGU ou da PGF responsável pela consultoria e assessoramento da autarquia ou fundação pública federal sobre o ato impugnado;

V - consonância ou não do ato impugnado com a orientação jurídica definida pelo Advogado-Geral da União, pelo Procurador-Geral Federal ou pelo órgão de execução da AGU ou da PGF;

VI - narrativa sobre o mérito e pronunciamento sobre o atendimento aos princípios que norteiam a Administração Pública.

Art. 6º. Não cabe a representação judicial do agente público quando se observar:

I - não terem sido os atos praticados no estrito exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares;

II - não ter havido a prévia análise do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, nas hipóteses em que a legislação assim o exige;

III - ter sido o ato impugnado praticado em dissonância com a orientação, se existente, do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, que tenha apontado expressamente a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, salvo se possuir outro fundamento jurídico razoável e legítimo;

IV - incompatibilidade com o interesse público no caso concreto;

V - conduta com abuso ou desvio de poder, ilegalidade, improbidade ou imoralidade administrativa, especialmente se comprovados e reconhecidos administrativamente por órgão de auditoria ou correição;

VI - que a autoria, materialidade ou responsabilidade do requerente tenha feito coisa julgada na esfera cível ou penal;

VII - ter sido levado a juízo por requerimento da União, autarquia ou fundação pública federal, inclusive por força de intervenção de terceiros ou litisconsórcio necessário;

VIII - que se trata de pedido de representação, como parte autora, em ações de indenizações por danos materiais ou morais, em proveito próprio do requerente;

IX - não ter o requerimento atendido os requisitos mínimos exigidos pelo art. 4º; ou

X - o patrocínio concomitante por advogado privado.

Vê-se, pelos dispositivos transcritos, que a Portaria/AGU nº 408 buscou explicitar as circunstâncias que autorizam a defesa institucional dos agentes públicos, reiterando os requisitos legais consistentes na natureza estritamente funcional do ato impugnado e na existência de interesse público na defesa da sua legitimidade. Somente assim é que se pode evitar a defesa de atos ilegítimos, transcendentais das atribuições legais ou regimentais, ou, ainda, a concessão do benefício em situações em que o agente não atuou em prol da entidade, mas no seu próprio interesse ou no interesse de terceiros.

Nesse sentido, deve ser lembrada a advertência feita pelo douto Ex-Consultor-Geral da União, Manoel Lauro Volkmer de Castilho, no Despacho nº 473/2004, quanto à dificuldade na definição do interesse público, em nome do qual as autoridades às quais a Lei nº

9.028/95 dispensa a representação judicial por parte da AGU tenham praticado atos que, posteriormente, são questionados em ações civis ou penais. Naquela oportunidade, assim ponderou o douto Consultor-Geral da União:

Salvo melhor juízo, 'interesse público' [...] pode ser definido ou identificado como a qualidade do que não é particular ou que tenha por objeto principal o interesse particular, de tal modo que é do interesse público toda a ação ou conduta lícita que, por meios igualmente lícitos e regulares, tenham sido legitimamente praticados com o deliberado propósito de alcançar objetivo público ou identificado como tal. Sem essa qualificação ou havendo dúvida fundada e justificada sobre qualquer dos elementos caracterizadores do 'interesse público' conforme inserido na cláusula respectiva do art. 22 da Lei nº 9.028/95 fica o administrador desobrigado de sua aplicação. Aqui, opera o brocardo às avessas: na dúvida não cabe o privilégio funcional.

Além dos pressupostos da natureza estritamente funcional do ato e do interesse público na sua defesa, a defesa institucional depende, ainda, da ocorrência de um conjunto de circunstâncias objetivas, que devem ser verificadas caso a caso, inclusive com menção à existência de cada uma delas na decisão que deferir o benefício, a qual, por sua vez, há de estar suficientemente motivada, consoante o que determina o art. 50 da Lei nº 9.784/99.

E não é só. Antes de decidir-se pela representação, a autoridade responsável deve verificar se não se trata de hipótese em que a Portaria nº 408 veda, de plano, a defesa institucional. Quanto ao ponto, cabe ressaltar a vedação da assistência quando a ilegalidade, a imoralidade ou a improbidade estiverem reconhecidas administrativamente, por órgão de auditoria ou correição.

Deve ser ressaltado, também, que não cabe a assistência jurídica quando o ato questionado foi praticado visando auferir vantagem pessoal, porque, nesse caso, o objetivo visado pelo agente transfere a lide para a esfera privada, impedindo, em consequência, que a instituição pública possa financiar, mediante recursos públicos, a defesa de interesses particulares.

Finalmente, a Portaria nº 408 veda a assistência jurídica sempre que a defesa institucional gerar incompatibilidade com o interesse público.

Nessas situações, mostra-se plenamente incabível a representação, seja por meio do corpo jurídico próprio, seja, menos ainda, mediante contratação externa.

Por tais regras, depreende-se que a defesa institucional dos atos praticados pelos agentes públicos deve ser precedida, sempre, de percuciente e cautelosa análise de cada situação em concreto. Essa análise, na maioria das vezes, é feita previamente à conclusão final acerca da culpabilidade do agente, incumbindo à autoridade avaliar, a partir dos elementos de prova previamente colididos, se a conduta foi praticada nos limites das atribuições regimentais do agente, na defesa do interesse público e isenta de qualquer ilegalidade.

Por isso, o princípio da presunção de inocência, tampouco a inexistência de condenação transitada em julgado, não pode ser invocado como justificativa para a concessão indiscriminada da representação judicial pelo Poder Público. Caso assim fosse, jamais seria possível negar o pedido de assistência jurídica, já que ela se presta, justamente, para a defesa em processos ainda em tramitação.

2 NECESSIDADE DE LICITAÇÃO E HIPÓTESES DE INEXIGIBILIDADE

Enfrentada a questão acerca de quando é possível a prestação de assistência jurídica no âmbito da Administração Pública, faz-se necessário esclarecer como será ela prestada: pelo corpo jurídico próprio da entidade, quando existente, ou mediante a contratação de serviços advocatícios externos.

Reitere-se que, para a defesa dos titulares de cargos junto à Administração direta e indireta, a representação judicial está a cargo da Advocacia-Geral da União. Porém, na Administração indireta, a representação pela AGU restringe-se somente às pessoas jurídicas de direito público (autarquias e fundações públicas), de sorte que não alcança as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que podem contar, ou não, com quadro jurídico próprio. Ocorre que a existência de advogados no quadro de pessoal não tem impedido as estatais de contratar advogados particulares para a defesa de seus dirigentes e ex-dirigentes, como ordinariamente se vê.

O Tribunal de Contas da União tem admitido a contratação de serviços de advocacia externa nas seguintes situações: a) em função de demanda excessiva do corpo jurídico da entidade; b) quando houver

conflito de interesses entre a instituição e os integrantes do corpo jurídico; c) em função da especificidade da questão a ser discutida.

Nesse prisma, pode-se concluir que a assistência jurídica há de ser prestada, primordialmente, pelo corpo jurídico da própria entidade, quando existente. A contratação externa deve ser a exceção, na eventualidade das situações descritas pelo TCU. Em tais circunstância, depara-se com outra questão, não menos polêmica: sendo possível a contratação de advogados externos, há de ser feita com ou sem licitação?

A situação que mais sugere questionamentos é a que envolve a especificidade da matéria objeto da defesa, reclamando, por isso, maior especialização do advogado a ser contratado. O TCU, por reiteradas vezes, tem recriminado a contratação direta de escritórios de advocacia, por inexigibilidade de licitação, sob alegação de “notória especialização” do profissional, quando não preenchidos os requisitos do art. 25, II e §1º, da Lei nº 8.666/93.³

Referido dispositivo da Lei de Licitações assim prescreve:

Art. 25. 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;*

[...]

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

3 Vide, por exemplo, os julgados proferidos na Decisão 30/93-P, Decisão 342/93-P, Decisão 505/93-P e Decisão 014-92-P.

Consoante a norma transcrita, é inexigível a licitação, por ser inviável a competição, para contratar serviço técnico-especializado que ostente natureza singular, a ser prestado por profissional ou empresa de notória especialização.

Entretanto, para caracterizar a situação de inviabilidade de competição, é necessária a presença simultânea dos três requisitos legais: a) que se trate de serviço técnico-especializado; b) que esse serviço ostente natureza singular e c) que seja prestado por profissional notoriamente especializado no assunto.

A verificação do primeiro requisito não traz maiores dificuldades, uma vez que o artigo 13 da Lei nº 8.666 indica, no inciso V, como serviço técnico-especializado, o “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas”. Porém, o mesmo não se pode dizer quanto aos outros dois requisitos, que tratam da singularidade do serviço a ser prestado e da notoriedade do profissional a ser contratado.

Entende-se por serviço singular aquele que é individualizado frente aos demais, ou seja, possui uma característica que o distingue, que o torna incomum. Singular é o objeto do contrato, não o executor do serviço. É exatamente a singularidade do objeto que inviabiliza a competição entre os diversos profissionais. Como adverte Adilson Abreu Dallari⁴

existem serviços que, não obstante requeiram acentuada habilitação técnica, podem ser realizados por uma pluralidade de profissionais ou empresas especializadas, indistintamente. [...] Entendemos que serviço técnico profissional especializado suficiente para dispensar qualquer tipo de licitação é somente aquele de caráter singular, que exija de seu executante conhecimentos extraordinários ou o domínio de técnicas ainda não assimiladas pela generalidade dos profissionais.

Trata-se, assim, de serviço pouco difundido, excepcional, incomum, dominado por poucos especialistas. Isso porque, mesmo um serviço técnico que, ao surgir, exigia conhecimentos elevados, com o correr do tempo vai-se tornando comum, corriqueiro, executado por inúmeros profissionais.

Conforme ressaltado pelo Ministro Benjamin Zymler, no voto condutor do Acórdão 3.095/2008,

4 DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 59.

a natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional ‘especializado’. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional.

[...]

Apenas a experiência, portanto, não é suficiente para justificar a inobservância do princípio insculpido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que prescreve, como regra, a licitação, não sendo “suficientes para respaldar esse tipo de contratação meras alegações de que se tratava de advogado de ‘renome’ ou de ‘grande especialização’” (v. Acórdão nº 31/2008-TCU-Plenário).

Confira-se, por fim, a Súmula de Jurisprudência do TCU nº 39, que assim reza:

A dispensa de licitação para a contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, de acordo com a alínea ‘d’ do art. 126, §2º, do Decreto-lei nº 200, de 25.2.67, só tem lugar quando se trata de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

O terceiro requisito para justificar a contratação direta refere-se à notória especialização do profissional ou empresa a ser contratada. Não se deve confundir, aqui, notoriedade com popularidade. A notória especialização decorre do conceito geral do profissional, adquirido em função de seu desempenho em trabalhos anteriores, aliado a estudos, experiências e publicações técnicas ou científicas, atestando sua capacidade acerca da matéria.

Nesse sentido, confira-se o aresto da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido no REsp 436.869/SP (DJ 1º.2.2006), que considerou ilegal a contratação de serviços advocatícios especializados, mas não singulares, do qual extraio o seguinte excerto:

Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos a ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados – em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade – que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação.

É preciso ter em conta, ainda, que a obrigação de licitar decorre de mandamento constitucional, de modo que os dispositivos que a dispensam devem ser restritivamente interpretados e sua aplicação no caso concreto deve restar inquestionável. Portanto, é preciso que se demonstre a necessidade de se contratar um profissional notoriamente especializado e que haja real necessidade dessa especialização.

O que se pretende enfatizar é que a contratação de advogados depende de prévia licitação. Essa é a regra. A contratação sem licitação está legalmente autorizada apenas quando se tratar de causa judicial tão complexa que apenas determinado profissional ou escritório, em face de sua notória e incontestável especialização, teria condições de promover a defesa a contento.

Registre-se, ainda, que, mesmo presentes as condicionantes que autorizam a não efetivação do certame, o TCU recomenda duas providências adicionais para amparar a contratação direta: a) promover a pré-qualificação dos profissionais aptos à prestação dos serviços advocatícios que se deseja contratar, adotando-se sistemática objetiva e imparcial de distribuição das causas entre os interessados pré-qualificados, de forma a resguardar o respeito aos princípios da publicidade e da igualdade; b) o contrato deve conter cláusula que estabeleça a obrigação de que os serviços especializados sejam prestados pessoalmente pelo próprio advogado cujo renome e grau de especialização justificaram a inexigibilidade de licitação, conforme prevê o §3º do art. 13 da Lei nº 8.666/93 (ou seja, descabe o substabelecimento de poderes para outro advogado, ainda que do mesmo escritório)⁵.

Acrescenta, ainda, o TCU, que a contratação deve ser feita para o caso específico, não se justificando, portanto, firmar contratos da espécie visando à representação judicial de forma continuada.⁶

5 Conforme Decisão nº 069/93-P e Acórdão nº 250/2002.

6 Conforme Decisão nº 494/94-P.

Registre-se, por fim, que as razões da contratação direta devem estar devidamente justificadas no processo respectivo e comunicadas, dentro de três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação (art. 26, caput, da Lei n° 8.666/93). Além disso, o processo deve estar instruído com a razão da escolha do executor do serviço e justificativa de preços (incisos II e III do parágrafo único do art. 26), ressaltando que, se comprovado o superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o prestador do serviço e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (§2º do art. 25).

No que respeita à contratação externa com fundamento no volume excessivo de serviço do corpo jurídico ou na existência de conflito de interesses dos advogados com a entidade empregadora, é imprescindível a observância do processo licitatório. Caso ocorra alguma circunstância que inviabilize a competição (por exemplo, a premência do tempo), deve o gestor lançar mão dos profissionais pré-qualificados, a fim de resguardar os princípios constitucionais administrativos que lhe incumbe resguardar.

Idêntica providência deve ser observada em outras circunstâncias em que se mostre inviável a competição, já que o art. 25 da Lei n° 8.666/93, ao enumerar os casos de inexigibilidade de licitação, não o fez de forma exaustiva. Assim, podem ocorrer situações outras que inviabilizem a competição, além daquelas enumeradas pela lei. Nessas situações, a pré-qualificação também se impõe.

Essa, inclusive, a orientação da Advocacia-Geral da União, manifestada no Parecer GQ-77, da Consultoria-Geral da União, que assim concluiu, *verbis*:

[...]

e) a contratação de serviços de natureza singular com profissional de notória especialização não é a única hipótese prevista de inexigibilidade de licitação por ser inviável a competição;

f) a enumeração do artigo 25 é exemplificativa (ver itens 27 e 30.4) e permite a contratação na hipótese de qualquer outra situação em que seja inviável a competição; as peculiaridades e as circunstâncias de cada caso devem ser analisadas. Ao administrador cabe o exame da conveniência e da oportunidade da contratação. Há margem de

discrecionariedade para agir, devendo ele estar atento aos princípios da administração pública; mas,

g) quando não se tratar de serviço de natureza singular, embora inviável a competição, a execução pode ser feita por mais de um profissional. Em respeito ao princípio da igualdade, o administrador deve proceder à pré-qualificação (artigo 114) dos interessados e, conforme determina o Tribunal de Contas da União, à “implantação de uma sistemática objetiva para a adjudicação dos contratos aos advogados externos”, como recomendou o Ministro Bento Bugarin (ver itens 30.2 a 30.5 deste Parecer).

Cabe acentuar que mencionado parecer recebeu aprovação por parte da Presidência da República, por despacho proferido em 5.7.95 e publicado no D.O.U. de 11.7.95, adquirindo, a partir de então, caráter normativo e vinculante para todos os órgãos e entidades da Administração Federal, nos termos do artigo 40, §1º, da Lei Complementar 73/93.

3 APLICAÇÃO DA DISCIPLINA ÀS ENTIDADES DO SISTEMA S

As normas afetas à Administração Pública, acima descritas, poderiam disciplinar também a concessão de assistência jurídica no âmbito das entidades integrantes do “Sistema S”?

Antes de adentrar no tema, é necessário tecer algumas considerações acerca do que se convencionou chamar “Sistema S”.

É cediço que a composição básica da Administração Pública é integrada pelos entes da Administração Direta e da Administração Indireta, entendidos esses como as pessoas jurídicas e órgãos que exercem a atividade administrativa do Estado. Contudo, existem outras pessoas jurídicas que, apesar de não integrarem a estrutura da Administração, prestam algum tipo de colaboração com o Poder Público, por meio de atividades caracterizadas como “serviços de utilidade pública”.

São, por isso, reconhecidas como entidades paraestatais, ou seja, entidades que atuam “ao lado” do Estado, paralelamente a ele, cooperando nas atividades e serviços de interesse da coletividade, cuja prestação não é da competência exclusiva do Estado – daí serem também conhecidos como “entes de cooperação”.

Trata-se de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que exercem atividades de manifesto interesse coletivo. Em todas as paraestatais, conforme ressaltado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, estão presentes os mesmos traços: são entidades privadas, no sentido de que são constituídas por particulares; desempenham serviços não exclusivos do Estado, porém em colaboração com ele; recebem algum tipo de incentivo do poder público e, por essa razão, sujeitam-se a controle pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas. Seu regime jurídico é predominantemente de direito privado, porém, parcialmente derogado por normas de direito público⁷.

As entidades paraestatais integram o chamado “Terceiro Setor”, porque nem se enquadram inteiramente como entidades privadas, nem integram a Administração Pública, direta ou indireta. O Terceiro Setor coexiste com o Primeiro Setor, que é o próprio Estado, e com o Segundo Setor, que é o mercado. São exemplos de paraestatais as Organizações Sociais (OS), as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCI) e os Serviços Sociais Autônomos.

De existência mais remota e mais difundidos entre nós, os Serviços Sociais Autônomos exercem atividades que produzem algum benefício para grupos sociais ou categorias profissionais. São exemplos de tais entidades o SESI (Serviço Social da Indústria), o SESC (Serviço Social do Comércio), o SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial), o SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial), o SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas), o SENAR (Serviço Nacional de Aprendizagem Rural), o SEST (Serviço Social do Transporte), o SENAT (Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte), dentre outros.

O conjunto dessas entidades é que foi denominado “Sistema S”, a fim de destacá-las em relação aos demais entes paraestatais, em virtude das atividades que desempenham, de interesse das respectivas categorias profissionais que representam, voltadas à assistência social e à formação profissional e educação para o trabalho, além da promoção de ações fomentadoras do setor econômico ao qual se vinculam.

A personalidade jurídica de direito privado poderia, em princípio, afastar a possibilidade de aplicar às entidades do Sistema S o regime jurídico próprio das pessoas jurídicas de direito público.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 414.

Contudo, há que se atentar para o fato de que tais entidades, muito embora a natureza privada, mantêm-se por meio de contribuições para-fiscais, instituídas por lei e pagas compulsoriamente pelos respectivos contribuintes.

De fato, o Decreto-Lei nº 4.048, de 22.1.1942, que criou o SENAI, assim dispôs:

Art. 4º. Serão os estabelecimentos industriais das modalidades de indústrias enquadradas na Confederação Nacional da Indústria obrigados ao pagamento de uma contribuição mensal para montagem e custeio das escolas de aprendizagem.

Também o Decreto-Lei nº 8.621, de 10.1.1946, que tratou da criação do SENAC, previu a manutenção da entidade via cobrança de contribuição recolhida compulsoriamente, *verbis*:

Art. 4º Para o custeio dos encargos do “SENAC”, os estabelecimentos comerciais cujas atividades, de acordo com o quadro a que se refere o artigo 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, estiverem enquadradas nas Federações e Sindicatos coordenados pela Confederação Nacional do Comércio, *ficam obrigados ao pagamento mensal de uma contribuição equivalente a um por cento sobre o montante da remuneração paga à totalidade dos seus empregados.*

§ 1º O montante da remuneração de que trata este artigo será o mesmo que servir de base à incidência da contribuição de previdência social, devida à respectiva instituição de aposentadoria e pensões. (grifo nosso)

Da mesma forma, os diplomas que trataram da criação do SESI (Decreto-Lei nº 9.403/46, art. 3º, §1º), do SESC (Decreto-Lei nº 9.853/46, art. 3º, §1º), do SEBRAE (Lei nº 8.029/90, art. 8º, §3º), do SENAR (Lei nº 8.315/91, art. 3º), do SEST e SENAT (Lei nº 8.706/93, art. 7º, I e II), previram que as rendas para sua manutenção adviriam de contribuições pagas pelas empresas ou profissionais autônomos, ligados à atividade econômica respectiva.

Cabe lembrar que a para-fiscalidade constitui uma delegação da capacidade tributária ativa de um tributo a um ente com autonomia de

gestão, atribuindo-se a titularidade de certos tributos a certas pessoas, que não o próprio Estado, em benefício das finalidades institucionais dos favorecidos. Paulo de Barros Carvalho define a parafiscalidade como “o fenômeno que consiste na circunstância de a lei tributária nomear sujeito ativo diverso da pessoa que a expediu, atribuindo-lhe a disponibilidade dos recursos auferidos, para implemento de seus objetivos peculiares”⁸. Sua função, destarte, não é a de suprir o Tesouro Nacional de recursos financeiros, eis que o Estado utiliza-se de seu aparato para efetuar o recolhimento e a cobrança dos valores devidos, repassando-os ao sujeito ativo da exação.

A Constituição Federal expressamente referiu-se às contribuições parafiscais no seu art. 240, nesse caso, pagas por empregadores sobre a folha de salários, “destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical”.

Tendo em conta, então, que os recursos utilizados pelas entidades do “Sistema S” são provenientes de contribuições parafiscais, recolhidas compulsoriamente pelos contribuintes inseridos nas diversas categorias econômicas, definidos em lei, esses valores ostentam nítida natureza de *verbas públicas*. Com efeito, quando se considera a *origem* de tais recursos (contribuições parafiscais), sua *instituição por meio de lei*, a *compulsoriedade* de seu recolhimento e a *vinculação* dos valores arrecadados, resulta incontestemente o caráter tributário de ditas contribuições. Não há como negar, portanto, que tais verbas são, efetivamente, *dinheiro público*.

Registre-se, não obstante, que o STF já se pronunciou em sentido contrário a essa concepção, entendendo que não constitui receita pública o produto da arrecadação de contribuições que não têm o erário por destino. Entende a Corte Suprema que dinheiros recolhidos não para ter ingresso no Tesouro público, mas para, nos cofres de uma instituição autônoma, se mesclarem com dinheiros vindos do erário e resultarem, afinal, na formação do patrimônio do trabalhador, não assumem natureza tributária, tampouco de finanças públicas⁹.

Também não desconheço as vozes autorizadas que afirmam que, quando o produto das contribuições ingressa nos cofres dos Serviços Sociais Autônomos, perde o caráter de recursos públicos, como, por exemplo, Cid Heráclito de Queiroz, ex-Procurador Geral da Fazenda Nacional, e Célio Borja, ex-Ministro do STF, em parecer elaborado

8 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 229.

9 Conforme RE 148.754-RJ, Relator Ministro Francisco Rezek, RTJ 150/888.

a pedido do SESC/SENAC¹⁰. Já para o também ex-Ministro do STF, Ilmar Galvão, em parecer elaborado ao SESI/SENAI¹¹, as entidades do Sistema S estariam obrigadas somente a demonstrar que os recursos percebidos foram regularmente utilizados na persecução dos objetivos visados na lei instituidora.

Contudo, acredito que melhor razão assiste à corrente doutrinária que reconhece a natureza pública dos recursos que mantêm as entidades do Sistema S, conforme a abalizada lição de José dos Santos Carvalho Filho¹², no sentido de que:

esses recursos não provem do erário, sendo normalmente arrecadados pela autarquia previdenciária (o INSS) e repassados diretamente às entidades. Nem por isso deixam de caracterizar-se como dinheiro público. E isso por mais de uma razão: primeiramente, pela expressa previsão legal das contribuições; além disso, essas contribuições não são facultativas, mas, ao revés, compulsórias, com inegável similitude com os tributos; por fim, esses recursos estão vinculados aos objetivos institucionais definidos na lei, constituindo desvio de finalidade quaisquer dispêndios voltados para fins outros que não aqueles.

Esse modo de entender ganha reforço de peso com Hely Lopes Meirelles¹³, que adverte que os Serviços Sociais Autônomos, embora não submetidos à subordinação hierárquica de qualquer autoridade pública, permanecem vinculados ao órgão estatal mais relacionado com suas atividades, “*para fins de controle finalístico e prestação de contas dos dinheiros públicos recebidos para sua manutenção*”.

A natureza pública dos recursos destinados aos Serviços Sociais Autônomos pode ainda ser confirmada pelo fato de que os valores a elas destinados gozam de especial proteção estatal, já que contam com foro especial no juízo privativo da Fazenda Pública e sua cobrança se faz segundo o rito processual dos executivos fiscais. Ademais, devem prestar contas da devida aplicação dos recursos recebidos ao Tribunal

10 QUEIROZ, Cid Heráclito e BORJA, Célio. SESC, SENAC: *natureza jurídica e a natureza jurídica das contribuições*. Confederação Nacional do Comércio. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 2005, p. 7 e 31. Disponível em: < www.portaldocomercio.org.br> Acesso em: 30.8.2010.

11 GALVÃO, Ilmar. *Parecer elaborado ao SESI e SENAI*. Brasília, s.d. p. 18.

12 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 501.

13 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 405.

de Contas da União¹⁴ e submetem-se à fiscalização contábil e financeira do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo, consoante o que determina o artigo 183 do Decreto-Lei n° 200/67:

Art. 183. As entidades e organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições para fiscais e prestam serviços de interesse público ou social, estão sujeitas à fiscalização do Estado nos termos e condições estabelecidas na legislação pertinente a cada uma.

Contudo, a principal consequência que advém da natureza publicística das contribuições destinadas ao “Sistema S” é, exatamente, sua sujeição aos princípios norteadores da Administração Pública. De fato, a autonomia concedida a tais organizações pelo regime jurídico privado a que estão submetidas sofre derrogações do regime jurídico público, justamente para preservar os princípios gerais que delimitam a gestão e a aplicação dos recursos públicos que auferem.

Isso porque todo aquele que, de algum modo, exerce a gestão de recursos públicos, tem o dever constitucional de cuidar para o seu correto emprego. Portanto, ainda que se trate de pessoa jurídica de direito privado, está ela obrigada à observância dos princípios que regem a Administração, definidos no art. 37 da Constituição Federal. Tal incumbência, por óbvio, estende-se às entidades do “Sistema S”, conforme advertiu Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵, eis que:

Pelo fato de administrarem verbas decorrentes de contribuições para fiscais e gozarem de uma série de privilégios próprios dos entes públicos, estão sujeitas a normas semelhantes à Administração Pública, sob vários aspectos, em especial no que diz respeito à observância dos princípios da licitação, à exigência de processo seletivo para seleção de pessoal, à prestação de contas, à equiparação dos seus empregados aos servidores públicos para fins criminais (art. 327 do Código Penal) e para fins de improbidade administrativa (Lei n° 8.429, de 2.6.92).

Deveras, diferentemente de uma entidade de direito privado que utiliza verbas próprias, sem qualquer ingerência ou participação

¹⁴ Conforme artigos 70, parágrafo único, e 71, da Constituição Federal.

¹⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 416.

estatal, a pessoa jurídica que percebe e utiliza recursos públicos na sua manutenção não dispõe da mesma liberdade, uma vez que tais recursos, dada sua origem, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por serem indisponíveis e inderrogáveis.

Portanto, sua aplicação há de estar adstrita à finalidade pública determinada pela lei, sob pena de, como dito, caracterizar-se o desvio de finalidade. Além disso, deve mostrar-se compatível com os critérios de legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, que determinam a gestão dos recursos públicos.

Mais não é preciso para demonstrar que, não obstante tratar-se de pessoas jurídicas de direito privado, as entidades integrantes do “Sistema S” devem, no que pertine à defesa institucional dos integrantes de seus quadros, orientar-se pelo regramento da matéria aplicável aos agentes da Administração Pública direta e indireta. Como demonstrado, a exigência funda-se na origem pública dos recursos recebidos pelos Serviços Sociais Autônomos, consistente no recolhimento compulsório de contribuições parafiscais, o que impõe, em contrapartida, a obrigatoriedade do uso correto e probo de tais rendas – o que, de qualquer sorte, se aplica a quaisquer entes que recebam recursos públicos, como reiteradamente vem decidindo o Tribunal de Contas da União.

4 SUJEIÇÃO DO “SISTEMA S” AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Atualmente, não mais suscita polêmicas a sujeição ou não das entidades do “Sistema S” à Lei nº 8.666/93. Após vacilar entre a obrigatoriedade ou não de atender à Lei de Licitações, o Tribunal de Contas da União firmou sua jurisprudência, a partir da Decisão Plenária nº 907/97, que fez escola, no sentido de que os Serviços Sociais Autônomos não estavam sujeitos à estrita observância daquele diploma legal.

Entretanto, não estão tais entidades totalmente livres para contratar sem qualquer regramento, tendo em conta duas particularidades: a execução de atividades de interesse público e a percepção de recursos públicos para a realização desse mister. Esses dois eventos, juntos ou isolados, impõem-lhes a subsunção, ainda que parcialmente, ao regime jurídico de direito público, o que inclui as normas pertinentes à aquisição de bens e serviços. Destarte, ainda que forçoso reconhecer a inaplicabilidade da Lei nº 8.666/93 às entidades do “Sistema S”, as contratações por elas feitas devem atender ao princípio

licitatório, como garantia da aplicação eficiente dos recursos públicos que auferem, mediante a busca da proposta mais vantajosa.

Releva anotar que a personalidade jurídica de direito privado não é suficiente para, isoladamente, afastar a observância do princípio licitatório. De fato, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, apesar de entidades privadas, são submetidas às regras da licitação, por expressa disposição constitucional. Também a Instrução Normativa nº 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, que trata da transferência de verbas públicas mediante convênios, prevê a obrigatoriedade de observar a Lei nº 8.666/93 quando a beneficiada é entidade privada.

Nessa linha de cognição, pode-se afirmar que, sempre que houver envolvimento de recursos públicos, ainda que geridos por pessoa jurídica de direito privado – como é o caso dos Serviços Sociais Autônomos, será obrigatória a realização de procedimento regulador para aquisição de bens e prestação de serviços, no qual se observem os princípios da Administração Pública. Isso porque, como já asseverado, todo aquele que exerce a gestão de recursos públicos submete-se, por dever constitucional, à obrigação de demonstrar seu correto emprego (CF, art. 70, parágrafo único).

Dessa forma, entendeu o TCU ser razoável que os Serviços Sociais Autônomos, embora não integrantes da Administração Pública, mas como destinatários de recursos públicos, adotem, na execução de suas despesas, regulamentos próprios e uniformes, livres do excesso de procedimentos burocráticos, mas onde, todavia, sejam preservadas as diretrizes do art. 37, caput, da Constituição da República e, ainda, os princípios gerais relativos à Administração Pública, em especial os da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da isonomia e da publicidade, como forma de salvaguardar a correta aplicação dos recursos públicos sob sua gerência.

Destarte, da obrigatoriedade do “Sistema S” sujeitar seus contratos ao procedimento licitatório, decorre também o dever de acatar as regras que exigem a Administração de licitar. Ou seja, uma vez que a regra constitucional é a obrigatoriedade da licitação, as condicionantes que autorizam a contratação direta no setor público são as mesmas que devem ser observadas pelos Serviços Sociais Autônomos, por ilação lógica.

Em consequência, as mesmas restrições à contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de advogados privados por parte da

Administração, são aplicáveis aos Serviços Sociais Autônomos. Ou seja: somente se admite quando incontestável a natureza singular do serviço a ser prestado e ante a notória especialização do profissional a ser contratado.

5 DO COMPROMISSO DE RESSARCIMENTO

Cabe, por fim, uma última observação. Diz respeito à eventual contratação de advogados externos para defesa de agentes que, apesar da análise prévia feita pela autoridade competente, são ao final condenados pela prática de atos eivados de ilegalidade. Em casos tais, é evidente que a defesa institucional foi indevida, gerando gravame ao patrimônio da entidade à qual pertence o beneficiário.

Uma forma de se evitar tal risco seria a exigência de que os destinatários da assistência jurídica, sempre que houver necessidade de contratação de serviços externos, assinem termo de responsabilidade, por meio do qual se comprometam a ressarcir a entidade dos valores despendidos em sua defesa, na hipótese de final condenação.

Tal procedimento visa resguardar o adequado emprego dos recursos públicos, possibilitando sejam recuperados, caso indevidamente aplicados na defesa de atos que, à primeira vista, pareciam legítimos, mas que, posteriormente, foram julgados ilegais ou contrários aos interesses da Administração. Nessas hipóteses, em que o assistido foi considerado culpado em processo judicial ou administrativo, o patrocínio de sua defesa foi ilegítimo, com inegável prejuízo ao patrimônio da entidade paraestatal, gerando a obrigação de ressarcimento.

O compromisso de ressarcimento tem amparo na necessária prudência que deve nortear o emprego de dinheiros públicos, válida tanto para a Administração direta e indireta, quanto para as paraestatais. A contratação de advogados sem esse cuidado significa liberalidade da entidade, feita com recursos públicos, que não lhe pertencem. Não se insere, portanto, no âmbito da discricionariedade do administrador, já que, não podendo prever o resultado final do processo, não pode olvidar em garantir que as despesas decorrentes da defesa institucional, que se mostrou imprópria, sejam devidamente ressarcidas. De modo que, aquele que é responsável em exigir tal garantia deixar de fazê-lo, estará assumindo responsabilidade pessoal pelo ressarcimento. Além disso, a omissão pode ainda caracterizar, na esfera penal, crime de prevaricação

e, na esfera civil, improbidade administrativa, a que também estão sujeitos os dirigentes dos Serviços Sociais Autônomos, em razão do que dispõe o art. 327, §1º, do Código Penal.

Anote-se que a exigência de assinatura de termo de compromisso não representa limitação do direito à ampla defesa, já que a garantia constitucional refere-se aos meios em que esta se opera (defesa técnica, contraditório, produção de provas, etc) e não a quem a instrumentaliza (este ou aquele profissional), desde que seja advogado devidamente habilitado ao exercício da profissão.

6 CONCLUSÃO

A prestação de assistência jurídica pelas entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta, e também pelas paraestatais, é, em princípio, legítima, desde que observadas as regras insertas no art. 22 da Lei nº 9.028/95 e na Portaria-AGU nº 408/2009, bem como o entendimento jurisprudencial acerca da matéria, mencionados nesse estudo.

No âmbito da Administração federal direta, autárquica e fundacional, a defesa institucional está a cargo da Advocacia-Geral da União, direcionada aos titulares e membros dos três Poderes da República, das instituições federais mencionadas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição Federal, aos titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, bem como aos titulares de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento, nos termos do caput do art. 22 da Lei nº 9.028/95.

No que diz respeito às estatais, o entendimento prevalente acerca da assistência jurídica é o seguinte:

z- compete ao administrador analisar e decidir, diante da situação concreta de cada caso, se deve promover a contratação de profissional cujos conhecimentos, renome ou grau de especialização sejam essenciais para a defesa do interesse da entidade a qual representa e que não encontrem paralelo entre os advogados do quadro jurídico próprio;

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

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

Em qualquer caso, o que o gestor precisa estar atento é quanto às hipóteses em que há dúvida acerca da legalidade do ato praticado, ou quando haja indícios de que o agente visou obter vantagem patrimonial indevida ou, ainda, quando a defesa institucional se mostra incompatível com o interesse público. Em casos tais, a assistência jurídica não deve ser concedida. Com esse direcionamento, é possível impedir a sangria dos cofres públicos com a defesa de condutas ofensivas à moralidade e à probidade, princípios vetores para todos que integram a Administração pública ou comandam entidades que se mantêm por meio de recursos arrecadados da coletividade - e somente em benefício desta devem ser revertidos.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GALVÃO, Ilmar. *Parecer elaborado ao SESI e SENAI*. Brasília, s.d.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar. *Medida Provisória nº 2.143/2001*. Brasília, s.d. Disponível em: <www.redebrasil.inf.br/0artigos/MP2143.htm>. Acesso em: 30.8.2010.

QUEIROZ, Cid Heráclito e BORJA, Célio. *SESC, SENAC: natureza jurídica e a natureza jurídica das contribuições*. Confederação Nacional do Comércio. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 2005. Disponível em: <www.portaldocomercio.org.br>. Acesso em: 30.ago.2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão nº 30/1993-Plenário. Sessão 03/03/1993. Disponível em: < www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30.8.2010.

_____. Decisão n. 342/93-Plenário. Sessão 04/08/1993. Disponível em: < www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30.8.2010.

_____. Decisão n. 505/93 – Plenário. Sessão 17.11.1993. Disponível em: < www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30.8.2010.

_____. Decisão n. 014/92-Plenário. Sessão 05.02.1992. Disponível em: < www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30.8.2010.

_____. Decisão n. 069/93-Plenário. Sessão 09.06.1993. Disponível em: < www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30.8.2010.

_____. Decisão n. 494/94-Plenário. Sessão 02.08.1994. Disponível em : <www.tcu.gov.br>Acesso em :30.8.2010.

_____. Decisão nº 907/97-Plenário. Sessão 11.12.1997. Disponível em: < www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30.8.2010.

_____. Acórdão n. 250/2002. Sessão 28.05.2002. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30.8.2010.

_____. Acórdão n. 3.095/2008. Sessão 26.08.2008. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 30.8.2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. 436.869/SP. Brasília/DF, 06.12.2005. Disponível em:< www.stj.jus.br>. Acesso em: 30.8.2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 148.754/RJ. Brasília/DF, 24.06.1993. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30.8.2010.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer GQ-77 - Consultoria-Geral da União. Disponível em <www.agu.gov.br> Acesso em: 30.8.2010.

_____. Despacho nº 473/2004 - Consultoria-Geral da União. Disponível em: < www.agu.gov.br>. Acesso em 30.8.2010.