

Revista da

CGU

ANO VI - Nº 9
Junho/2011
ISSN 1981-674X

Controladoria-Geral da União

CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR



Controladoria-Geral da União

CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR

Revista da CGU

Brasília, DF
Junho/2011

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU
SAS, Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro
70070-905 - Brasília /DF
cgu@cgu.gov.br

Jorge Hage Sobrinho
Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União

Luiz Navarro de Britto Filho
Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

Valdir Agapito Teixeira
Secretário Federal de Controle Interno

José Eduardo Elias Romão
Ouvidor-Geral da União

Marcelo Neves da Rocha
Corregedor-Geral da União

Mário Vinícius Claussen Spinelli
Secretário de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

A Revista da CGU é editada pela Controladoria-Geral da União.

Tiragem: 1.500 exemplares

Periodicidade: semestral

Distribuição gratuita da versão impressa

Diagramação e arte: Assessoria de Comunicação Social da CGU

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra desde que citada a fonte.

O conteúdo e as opiniões dos artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores e não expressam, necessariamente, as opiniões da Controladoria-Geral da União.

Revista da CGU / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano VI, n.º 9, Junho/2011. Brasília: CGU, 2011.

128 p. Coletânea de artigos.

1.Prevenção e Combate da corrupção. I. Controladoria-Geral da União.

ISSN 1981- 674X

CDD 352.17

umário

Nota do editor 5

Artigos

A Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016: os desafios para o controle interno 8

Tarcísio Gomes de Freitas e José de Castro Barreto Júnior

Incidência da atuação do conselho de transparência pública e combate à corrupção no processo de accountability federal..... 25

Damásio Alves Linhares Neto e Eveline Martins Brito

A corrupção: conceitos e proposições de luta em vertentes repressiva e preventiva, adaptados à realidade brasileira 39

Bernardo Alvarenga Spadinger

A concessão de assistência jurídica aos agentes públicos – exame da legitimidade 58

Cibely Pelegrino Chagas

Aspectos polêmicos acerca do controle interno..... 73

Gilberto Batista Naves Filho

Vantagens e desvantagens da adesão à ata de registro de preços..... 84

Ana Maria de Farias

Estudo comparado das garantias processuais no âmbito do processo disciplinar e sua proteção na esfera global.....	90
<i>Rodrigo Vieira Medeiros</i>	

Legislação

Atos Normativos	102
Legislação em Destaque	104

Jurisprudência

Julgados recentes do TCU – Súmulas / Acórdãos	108
Julgados recentes de tribunais – Acórdãos	110

A concessão de assistência jurídica aos agentes públicos – exame da legitimidade

Cibely Pelegrino Chagas, especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Advogada da União, lotada na Assessoria Jurídica da CGU.

1. Introdução

A prestação de assistência jurídica pela Administração Pública aos seus agentes tem suscitado veementes discussões e manifestações de repulsa por parte dos integrantes de diversos setores da sociedade brasileira, em especial do cidadão comum.

Tamanho rejeição se deve, em grande parte, às recorrentes denúncias de corrupção e desvio de verbas públicas, muitas vezes praticadas por integrantes do primeiro escalão do governo. Assistimos, estarecidos, às notícias de fraudes a licitações, superfaturamento de obras, verbas desviadas da merenda escolar, rombos no caixa da previdência, grandes somas de dinheiro depositadas em contas no exterior. A lista de falcatruas é tão grande quanto a mente perniciosa desses ocupantes de cargos públicos, que não podem ser chama-

dos de servidores públicos, no verdadeiro sentido do termo.

Daí nossa irresignação, ante a notícia de que recursos do erário serão empregados na defesa de dirigentes de órgãos públicos e de estatais.

Contudo, nem sempre os apontados em investigações preliminares são aqueles que realmente lesaram os cofres públicos. Não raro, os verdadeiros corruptos se aproveitam da boa fé de seus subordinados, que acabam envolvidos em escândalos sem ter qualquer participação nos ilícitos descobertos.

Também a imprensa, visando ao “furo de reportagem”, muitas vezes não apura devidamente os fatos e condutas sem qualquer vício de irregularidade são apontadas como ilícitas, resultando na indevida e cruel difamação de gestores públicos. Nesses casos, em que o servidor é

injusta e precipitadamente inculpa- do, 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, advogados de renome são contratados para defender os acusados, às custas dos cofres públicos, louvando-se no princípio constitucional da presunção de inocência.

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 é cabível a defesa institucional do agente público, daquelas em que o patrocínio, a princípio, se mostra vedado, em razão dos indícios de ilegalidade e imoralidade na conduta? É o que o presente estudo pretende aclarar, a partir da disciplina legal sobre o tema.

2. 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

Há casos em que, apesar das fortes evidências de ilegalidade e imoralidade, advogados de renome são contratados para defender os acusados, às custas dos cofres públicos.

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

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.

federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo 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. (grifei)

O dispositivo transcrito deixa claro que a autorização para represen-

tação 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 (Brasília, s.d.), é imprescindível

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.

Contudo, o art. 22 da Lei nº 9.028 alcança somente os ocupantes de cargos na Administração Pública **direta** e, quanto às entidades da Administração Pública **indireta**, somente aquelas de **direito público** (autarquias e fundações públicas). Vale dizer, **não se aplica**

aos ocupantes de cargos nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista (pessoas jurídicas de direito privado, referidas genericamente como “estatais”). Quanto a esses agentes, não há norma legal que autorize a representação judicial para a defesa dos atos funcionais. Entretanto, estende-se a eles a mesma presunção de legitimidade dos atos praticados pelos titulares de cargos da Administração direta e das autarquias e fundações públicas, vez que, pelo menos em princípio, sua atuação ocorre em nome e no interesse da entidade que representam.

Nesse contexto, forçoso admitir que a assistência jurídica no âmbito das estatais encontra guarida nos princípios que norteiam a própria Administração Pública, em especial, o da impessoalidade e da razoabilidade. Isso porque as mesmas razões que justificam a defesa institucional dos agentes especificados no art. 22 da Lei nº 9.028, também hão de justificar a defesa dos ocupantes de cargos nas empresas públicas e das sociedades de economia mista, **quanto aos atos praticados em cumprimento da lei e visando ao interesse da entidade.**

Demonstrada, pois, a legitimidade na prestação da defesa institucional dos dirigentes da Administração Pública **direta e indireta**, o ponto nodal da questão é **quando** será ela prestada.

Em cumprimento ao §2º do 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 dos agentes públicos. Destarte, não havendo disciplina legal própria para as estatais, entendo que se deve aplicar, por analogia, a diretriz traçada pela Lei nº 9.028/95, com a regulamentação dada pela Advocacia-Geral da União.

Pois bem. Merecem 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 nº 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 nº 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. (grifei)

Vê-se que a Portaria/AGU nº 408 reiterou os requisitos legais que autorizam a defesa institucional, consistentes na natureza estritamente funcional do ato impugnado e da existência de interesse público na defesa da sua legitimidade. O propósito é evitar a defesa de atos ilegítimos ou a concessão do benefício em situações em que o requerente não atuou em prol da entidade, mas no seu próprio interesse ou no interesse de terceiros.

Nesse sentido, deve ser ressaltada a advertência feita pelo 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 Sr. 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. (grifos do original)

A concessão da assistência jurídica 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 concessão, a autoridade responsável deve verificar se não se trata de hipótese em que a Portaria nº 408 veda, prima facie, a defesa institucional. Quanto ao ponto, deve ser mencionada, pela pertinência com a atuação desta Controladoria-Geral da União, a vedação da assistência **quando a ilegalidade, a imoralidade ou a improbidade estiverem reconhecidas administrativamente, por órgão de auditoria ou correição.**

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 podem ser invocados como justificativa para a concessão indiscriminada do benefício. Caso assim fosse, jamais seria possí-

vel negar o pedido de assistência jurídica, já que ela se presta, justamente, para a defesa em processos ainda em tramitação.

3. Necessidade de licitação e hipóteses de inexigibilidade

Enfrentada a questão acerca de **quando** é possível a prestação de assistência jurídica, 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, pessoas jurídicas de direito privado, 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, preferencialmente, pelo corpo jurídico da própria entidade, se existente. A contratação externa deve ser a exceção, na eventualidade das situações acima descritas.

Remanesce a questão, não menos polêmica, se a contratação externa, quando admissível, 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 maior especialização do advogado a ser contratado. O TCU, por diversas vezes, tem recriado 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 8.666/93².

O dispositivo legal citado diz que 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.

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

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 Dallari (2006, p. 59),

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,

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).

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 acórdão 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. (grifei)

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 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, finalmente, que, mesmo presentes as condicionantes que autorizam a não efetivação do certame, o TCU recomenda duas providências adicionais para amparar a contratação direta:

1ª - 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;

2ª - 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 ine-

É preciso que se demonstre a necessidade de se contratar um profissional notoriamente especializado e que haja real necessidade dessa especialização.

xigibilidade de licitação, conforme prevê o §3º do art. 13 da Lei nº 8.666/93 (ou seja, descabe o subestabelecimento de poderes para outro advogado, ainda que do mesmo escritório)³.

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 continuada⁴.

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.

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

4 Conforme Decisão nº 494/94-P.

Idêntica providência deve ser observada em outras circunstâncias em que se mostre inviável a competição, já que o art. 25 da Lei nº 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:

[...]

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 discricionariedade 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). (grifei)

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.

4. Aplicação da disciplina às entidades do Sistema S

As normas afetas à Administração Pública, acima mencionadas, podem disciplinar também a concessão de assistência jurídica pelos Serviços Sociais Autônomos (SESI, SESC, SENAC, SENAI, SEST, SENAT, SEBRAE, e demais integrantes do chamado “Sistema S”)?

A personalidade jurídica de direito privado poderia, em princípio, afastar a possibilidade de se aplicar às entidades do Sistema S – classificadas como paraestatais – o regime jurídico afeto às entidades da Administração Pública. Contudo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista também ostentam natureza jurídica de direito privado. Há que se ressaltar, ainda, que as entidades do Sistema S são mantidas por meio de contribuições parafiscais – ou seja, são destinatárias de recursos públicos.

Quanto ao ponto, vale lembrar que a parafiscalidade 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 (2002, p.229) 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”. O Estado emprega seu aparato para efetuar o recolhimento e a cobrança dos valores devidos, repassando-os ao sujeito ativo da exação.

Tendo em conta, então, que os recursos utilizados pelas entidades do Sistema S são provenientes de contribuições parafiscais, esses valores ostentam nítida natureza de verbas públicas. Com efeito, quando se considera a origem de tais recursos (contribuições parafiscais), a instituição por meio de lei, a compulsoriedade de seu recolhimento pelas diversas categorias econômicas e a vinculação dos valores arrecadados, resulta incontestemente o caráter tributário de ditas contribuições. Em decorrência, também não há dúvida de 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 públicas⁵.

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 a pedido do SESC/SENAC (2005, pp. 7 e 31). Já para o também ex-Ministro do STF, Ilmar Galvão, em parecer elaborado ao SESI/SENAI (GALVÃO, s.d., p.18), 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 Filho (2008, p. 501), 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 Meirelles (2010, p.405), 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 às entidades do Sistema S pode ser confirmada, ainda, pelo fato de que tais valores 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. Demais disso, o Sistema S deve prestar contas ao TCU da devida aplicação dos recursos recebidos (nos termos dos artigos 70,

5

Conforme RE 148.754-RJ

*Sempre que houver
envolvimento de
recursos públicos, ainda
que geridos por pessoa
jurídica de direito
privado [...], será
obrigatória a realização
de procedimento
regulador para aquisição
de bens e contratação de
serviços*

parágrafo único, e 71, da Constituição Federal) e submete-se à fiscalização contábil e financeira do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo (consoante o artigo 183 do Decreto-Lei nº 200/67).

Porém, a principal consequência que advém da natureza publicística das contribuições destinadas ao Sistema S é, exatamente, a **sujeição de tais entes aos princípios norteadores da Administração Pública**. Isso porque, diferentemente de uma entidade de direito privado que se mantém com verbas próprias, sem qualquer participação estatal, a pessoa jurídica que conta com recursos públicos para sua manutenção não dispõe de plena autonomia. Ao contrário, a aplicação de suas rendas deve estar adstrita ao fim público determinado pela lei, sob pena de caracterizar-se o desvio de finalidade.

Mais não é preciso para demonstrar que, não obstante pessoas jurídicas de direito privado, as entidades integrantes do Sistema S devem submeter-se, no que pertine à prestação de assistência jurídica aos integrantes de seus quadros, às mesmas regras aplicáveis aos agentes da Administração Pública direta e indireta.

Essa sujeição, contudo, não inclui a observância da rigorosa disciplina afeta ao procedimento licitatório, descrito na Lei nº 8.666/93. Deveras, atualmente não mais suscita polêmica a não submissão das entidades do Sistema S à Lei nº 8.666/93. O que não significa dizer que estariam elas totalmente livres para contratar, sem qualquer regramento. Duas circunstâncias impedem essa pretensa liberalidade: a execução de atividades de interesse público e a percepção de recursos públicos para o cumprimento de suas funções institucionais. Assim, ainda que reconhecida a inaplicabilidade da Lei nº 8.666/93 às integrantes do Sistema S, os contratos celebrados por tais entidades devem atender ao **princípio licitatório**, como garantia da aplicação eficiente dos recursos públicos que auferem.

De fato, a personalidade jurídica de direito privado, por si só, não é suficiente para afastar a observância do princípio constitucional da licitação. Cito, mais uma vez, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, que, apesar de entidades privadas, estão sujeitas às normas da Lei de Licitações, por expressa disposição constitucional (art. 37, XXI) e legal (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). 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 contratação de serviços, no qual se observem os princípios da Administração Pública.

Desta 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 Federal e, ainda, os princípios gerais relativos à Administração Pública**⁶.

Portanto, as mesmas restrições à contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de advogados privados por parte da Administração, são aplicáveis ao Sistema S. Ou seja: somente é admitida quando incontestável a natureza singular do serviço a ser

prestado e ante a notória especialização do profissional a ser contratado.

5. 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, aqui mencionado.

O que o administrador 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 estancar 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 deve ser revertido.

6 Decisão nº 907/97-P

Referências Bibliográficas

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". 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. "Direito Administrativo Brasileiro". 36ª 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 30.8.2010.

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 nº 342/93-Plenário. Sessão 04/08/1993. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 30.8.2010.

_____. Decisão nº 505/93 –Plenário. Sessão 17.11.1993. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 30.8.2010.

_____. Decisão nº 014/92-Plenário. Sessão 05.02.1992. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 30.8.2010.

_____. Decisão nº 069/93-Plenário. Sessão 09.06.1993. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 30.8.2010.

_____. Decisão nº 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 nº 250/2002. Sessão 28.05.2002. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 30.8.2010.

_____. Acórdão nº 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.