

Advogado contratado, segurança jurídica e ampla defesa\*

Contracted lawyer, legal security and full defense

*Adilson Abreu Dallari\*\**

## RESUMO

Este artigo discute comportamento recorrente do Ministério Público, qual seja, o de impugnar a licitude, por meio de ação civil pública ou inquérito civil, de contratos celebrados entre prefeituras e advogados particulares para a prestação de serviços. Tal prática, além de interferir, ignorando o princípio da presunção de inocência, na esfera discricionária da administração pública, não apresenta devidamente, no que concerne o advogado contratado, a possibilidade de ampla defesa, e lesa “sobreprincípio” constitucional: a segurança jurídica. Argumenta-se, ainda, que o Ministério Público não tem competência para promover ações de ressarcimento, que somente poderão ser intentadas pelas próprias municipalidades interessadas, por intermédio de seus procuradores.

## PALAVRAS-CHAVE

Ampla defesa — segurança jurídica — Ministério Público — ação civil pública — inquérito civil — Tribunal de Contas — Corte — municípios — prefeituras — advogado contratado — devido processo legal

---

\* Artigo recebido em dezembro de 2010.

\*\* Professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

**ABSTRACT**

This article discusses a recurrent behavior on behalf of the Public Prosecutor, which is to appeal against the lawfulness, by means of civil action and investigation, of certain contracts drawn up between municipalities and private attorneys. Such mentioned behavior goes beyond interfering in the discretionary orb of the public administration. It ignores its presumption of innocence, and doesn't properly present the lawyer with the possibility of full defense, as well as infringes constitutional "superprincipal" of legal security. The article also arguments that the Public Prosecutor does not have the competence to promote legal compensation actions. Those may only be brought forward by the municipalities themselves, through their prosecutors.

**KEY-WORDS**

Full defense — legal security — Public Prosecutor — civil action — investigation — Court of Accounts — Court — cities — municipalities — contracted lawyer — due process

**1. Responsabilização anacrônica**

Profissionais da advocacia, pessoas físicas e jurídicas, foram contratados, ao longo de duas décadas, para prestar serviços técnicos especializados de assessoramento jurídico, patrocínio de ações judiciais ou emissão de pareceres, por algumas prefeituras ou câmaras municipais.

Quando as contas anuais, tanto do Executivo quanto do Legislativo municipais, foram examinadas pelo Tribunal de Contas, essa Corte, em alguns casos, entendeu que tais contratações seriam nulas por não terem sido precedidas de licitação, e em outros casos entendeu que a contratação seria ilícita porque, tendo a prefeitura, ou a câmara, seu próprio corpo de procuradores, não poderia contratar serviços de natureza jurídica com profissionais externos, não integrantes do serviço público municipal.

Tendo, portanto, arguido a nulidade dos correspondentes contratos de prestação de serviços técnicos especializados, o Tribunal de Contas intimou apenas os prefeitos ou vereadores para apresentar defesa, sem que a mesma providência fosse adotada com relação aos profissionais contratados, que nem ficaram sabendo do questionamento de seus contratos.

Assim, muitos contratos dessa natureza foram declarados nulos pelo Tribunal de Contas, que encaminhou sua decisão para o Ministério Público. Em decorrência, agora, passados mais de dez anos, alguns promotores de Justiça estão ou instaurando inquérito civil para apurar os fatos ou, então, açodadamente, já ingressando em juízo com ação civil pública de responsabilidade, postulando a devolução dos valores recebidos a título de honorários.

Certamente isso não ocorreria se o Ministério Público não fosse havido como uma espécie de Poder Moderador, um superpoder, acima de qualquer outro, insuscetível de ter qualquer limite em sua atuação, e se os promotores não desfrutassem de uma inimizabilidade de fato, absolutamente inconstitucional, pois, na República não existe poder ou autoridade insuscetível de limitação e de responsabilização.

Por mais relevantes que sejam as atribuições do Ministério Público, suas funções sempre serão necessariamente exercidas por seres humanos, conforme observam João Crestana e Cláudio Bernardes:

Mas o promotor nunca deixará de personificar um ser humano, tal como um engenheiro, uma médica, uma psicóloga, um carpinteiro. Dessa maneira, está sujeito a erros e acertos, a épocas de menor equilíbrio emocional, aos arroubos da juventude e sabedoria incipiente, à falta de experiência relativa a certos temas, ao cansaço que tolhe as boas decisões. Eventualmente pode até acontecer má-fé, pois trata da natureza humana, portanto falível.<sup>1</sup>

Os autores acima referidos são engenheiros, o que permite dizer que, tanto da perspectiva jurídica quanto de uma perspectiva de senso comum ou de simples bom senso, não há desdouro algum na inconformidade com os abusos cometidos pelo MP na guerra santa que move contra toda e qualquer contratação de advogado, sem considerar as circunstâncias de cada caso.

O fato é que muitos profissionais do direito, inquestionavelmente gabaritados e desfrutando de elevada respeitabilidade nos meios jurídicos, estão sendo constrangidos a, agora, e somente agora, apresentar defesa sustentando a licitude daquelas antigas contratações.

---

<sup>1</sup> CRESTANA, João; BERNARDES, Cláudio. Segurança jurídica e a formação de uma nação. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Coord.). *Segurança jurídica*. São Paulo: Elsevier, 2010. p. 102.

Situação semelhante ocorre com outros profissionais especializados e também com empresas contratadas, sem licitação, em situações emergenciais. Sem entrar em detalhes ou apontar casos específicos, pode-se ver que, em linhas gerais, os traços comuns são o questionamento da necessidade do serviço, a aptidão do contratado, a falta de oportunidade de defesa perante o Tribunal de Contas e o longo tempo decorrido entre os fatos e a abertura do processo punitivo pelo Ministério Público.

Tudo isso merece um exame mais aprofundado, que passa a ser feito nas linhas que se seguem.

## 2. Segurança jurídica e prescrição

As situações antes descritas estão em evidente conflito com o princípio da segurança jurídica, Ou, melhor dizendo, com o superprincípio da segurança jurídica, tal a sua relevância.

Sérgio de Andréa Ferreira, lembrando que a Constituição, ao cuidar dos Direitos e Garantias Fundamentais, no *caput* do art. 5º, se refere, expressamente, à liberdade e à segurança, demonstra, com invejável clareza, a inerência entre a segurança jurídica e a cidadania:

Uma das mais conspícuas expressões da segurança é a segurança jurídica. A frustração da confiança do cidadão na realização do Direito é, na essência, um atentado à liberdade, no seu sentido mais amplo e importante: o de que o homem, enquanto ser livre, não age no atendimento de uma função; e quando exercita suas grandes opções de vida, na orientação dessa, não tem comprometimento finalístico.

Se feita uma opção legítima em face do Direito posto, interpretado, revelado, executado, cumprido e aplicado, pudesse, futuramente, ser ela tida por ilícita, ou ser desfeita, não mais haveria segurança, nem, conseqüentemente, liberdade, mas dependência, sujeição, risco. O cidadão voltaria a ser súdito.<sup>2</sup>

Talvez exatamente por sua estatura constitucional o princípio da segurança jurídica figure sempre nos estudos dos constitucionalistas e não é lembrado

---

<sup>2</sup> FERREIRA, Sérgio de Andréa. O princípio da segurança jurídica em face das reformas constitucionais. In: \_\_\_\_\_; NASCIMENTO, Carlos Valder do; BARROS, Sérgio Rezende de. *Reforma da Previdência e contribuição dos inativos: direito adquirido e segurança jurídica*. Belo Horizonte, Fórum, 2003. p. 57-58.

pelos cultores do direito administrativo. Ele não figura entre os princípios da administração pública, expressamente referidos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, talvez exatamente por ser imanente à própria ordem jurídica e ao estado de direito, sendo assim transcendente àqueles princípios elencados no mencionado dispositivo.

Essa omissão, entretanto, não lhe retira o caráter de princípio da administração pública, até mesmo porque já foi aí inserido pela legislação ordinária federal, conforme demonstra Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da segurança jurídica, que não tem sido incluído nos livros de Direito Administrativo entre os princípios da Administração Pública, foi inserido entre os mesmos pelo artigo 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/99.

Como participante da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto de que resultou essa lei, permito-me afirmar que o objetivo da inclusão desse dispositivo foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública.

A segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.

Isto não significa que a interpretação da lei não possa mudar; ela frequentemente muda como decorrência e imposição da própria evolução do direito. O que não é possível é fazê-la retroagir a casos já decididos com base em interpretação anterior, considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 84 e 85.

Linhas adiante, a mesma brilhante autora anota que a proibição de interpretação retroativa não esgota o conteúdo do princípio da segurança jurídica, que se estende por muitos institutos jurídicos, devendo ser havido, na verdade, como um princípio geral de direito, apontando, entre tais institutos abrangidos, a prescrição e a decadência.

Assim é que a prescrição, sendo uma decorrência do princípio da segurança jurídica, figura, sim, no art. 37 da Constituição Federal, não no *caput*, mas em seu § 5º: “§ 5º — A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

A prescrição constitucional está dirigida ao legislador ordinário, que deverá, sempre, como regra geral, estabelecer prazos de prescrição. A única exceção, o único caso constitucionalmente admitido como imprescritível é o das ações de ressarcimento, ou seja, de ações visando a recomposição do erário.

Desse tratamento constitucional brotam automaticamente duas inferências: a) as exceções devem ser interpretadas de maneira restrita; b) quando a lei for omissa, por força do disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Vale dizer que a falta de lei específica não pode ser havida como situação de imprescritibilidade.

Não são poucos os dispositivos legais que estabelecem casos de prescrição, em matéria de ilícitos administrativos ou lesões ao interesse público, havendo, portanto, robustas referências para a aplicação analógica dos prazos de prescrição, onde a lei for silente.

De imediato, merece especial referência a Lei de Processo Administrativo Federal, Lei nº 9.784, de 19 de janeiro de 1999, que, em seu art. 54, estabelece a regra geral da prescrição em cinco anos: “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Anteriormente, porém, esse prazo já era fixado pela vetusta Lei da Ação Popular, Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, art. 21: “A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos”.

Da mesma forma, existe previsão expressa de prescrição na Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, nestes termos:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I — até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II — dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Convém, ainda, mencionar a previsão expressa de prescrição quinquenal contida na Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, em seu art. 1º:

Art. 1º. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Sobre o alcance, o significado e a aplicabilidade deste último texto legal, assim já se manifestou a doutrina:

O problema do silêncio do legislador sobre o prazo prescricional foi solucionado pela Lei 9.873/1999, que estabelece, em seu art. 1º, que “prescreve em 5 (cinco) anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta ou indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor”. Tal prazo deve ser utilizado por analogia em outras hipóteses de manifestação de poder punitivo pela Administração Pública, previstas em diplomas legais que nada dispõem sobre o tema. Nada impede, porém, que outros prazos sejam estabelecidos pelo legislador.<sup>4</sup>

Todo esse numeroso e significativo manancial de referências para uma aplicação analógica deve ser aplicado à Lei da Ação Civil Pública de Responsabilidade, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que não tem dispositivo esta-

---

<sup>4</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 252.

belecendo prazo de prescrição, fato esse que, conforme assinalado, não pode ser havido como outorgante de imprescritibilidade.

De resto, a Ação Civil Pública não é uma ação de ressarcimento, visando a recomposição do erário, não somente porque isso não figura no rol de suas finalidades (constante dos incisos do art. 1º), mas, especialmente, em face do que dispõe seu art. 13, no tocante ao destino das condenações em dinheiro:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Quem tem o poder/dever e o ônus de ir buscar a recomposição do erário é, apenas e tão somente, a entidade pública especificamente lesada, que, para isso, recebeu um excepcionalíssimo tratamento constitucional, conforme assinala a melhor doutrina:

A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu jus persecuendi. É o princípio que consta do art. 37, §5º, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte dormientibus non succurrit jus. Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 673.



A diferença de tratamento entre a aplicação da sanção, mesmo quando consistente no pagamento de um valor em dinheiro, em montante arbitrado pelo juiz, e o ressarcimento de determinada quantia tem uma ponderável justificativa. A sanção é um agravo, um constrangimento, um sofrimento imposto ao culpado pela prática de ato ilícito, mas o ressarcimento é apenas e tão somente a devolução de algo que foi recebido indevidamente. Ressarcimento é, em síntese, a restauração de uma situação jurídica.

Daí porque cabe somente ao erário efetivamente lesado buscar a recomposição de sua integridade, pelas vias próprias:

A ausência de limites temporais na apuração e na determinação das providências necessárias à recomposição do “erário” vem imposta da normatividade superior, a única idônea a delimitar o campo material da segurança jurídica e, por conseguinte, excepcioná-lo em determinada situação.

Disso resulta que não se deve minimamente confundir a exigência constitucional de prazo extintivo da ação de improbidade administrativa com a ausência de prazo prescricional da ação indenizatória a ser movida para defesa do erário. Consumado o prazo extintivo na primeira hipótese, não haverá repercussão no plano prescricional do ressarcimento civil.

A observação é relevante, já que a Lei nº 8.429/92, com fulcro na própria Constituição, elenca categoria própria de ato ímprobo aquele que causa prejuízo ao erário (art. 10). O prazo legal (art. 23), quando consumado, é impeditivo da qualificação do ilícito como improbidade administrativa por parte do Poder Judiciário competente, mas em nada interfere na qualificação do fato como ilícito civil causador de prejuízo ao erário, cuja indenização civil deverá ser buscada, nas vias judiciais ou extrajudiciais próprias.<sup>6</sup>

Não há dúvida de que a açodada e intempestiva propositura, imediata e repentina, de uma ação civil pública se apresenta como patente abuso de direito. Mas, mesmo quando, em lugar de ingressar imediatamente em juízo, o Ministério Público, prudentemente, em respeito ao princípio da ampla defesa,

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 214-215.

instaura um inquérito civil, ainda assim remanescerá alguma abusividade, pois tal investigação estaria desprovida de objeto, uma vez que os supostos ilícitos a serem apurados foram sepultados pela prescrição, dado que já se passaram mais de cinco anos dos eventos a serem examinados.

Nos casos referidos no início deste estudo, de antigas contratações de profissionais da advocacia, a chamada Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, em seu art. 23, fixa o prazo de prescrição em 5 (cinco) anos, a contar do término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, prazo esse que efetivamente já decorreu.

Assim, ou se aplica diretamente o supramencionado art. 23, I, da Lei de Improbidade, ou então, por analogia, aplica-se a prescrição quinquenal da Ação Popular. De uma forma ou de outra, não há como fugir à ocorrência da prescrição.

Mas é preciso insistir em que a ação civil pública movida pela prática de ato de improbidade administrativa não é ação de cobrança ou de ressarcimento. Sua finalidade primordial e elementar é a defesa da probidade administrativa:

Enfim, se a finalidade da Lei Federal nº 8.429/92 é a tutela da probidade ou honestidade administrativa, a efetiva ocorrência de prejuízo econômico-financeiro não pode ser mesmo condição para punição do agente público autor dos atos de improbidade estipulados nos arts. 9º e 11. Mais importante que o dano material é o destaque moral, a pura e simples violação dos critérios/princípios elencados no art. 37, caput, da CF. O alcance sobre os cofres públicos só é imprescindível nas condutas catalogadas no art. 10 e seus incisos.<sup>7</sup>

Note-se que, nos casos do art. 10, a ocorrência de dano é condição da ação, mas não é seu objetivo a recomposição do patrimônio da entidade pública que teria sido lesada. Ou seja: a ação civil pública de responsabilidade não pode ser usada como ação de ressarcimento e, mesmo se houver dano a ser reparado (nos casos do art. 10 da Lei de Improbidade), isso não confere uma imprescritibilidade à ação civil pública.

---

<sup>7</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 140-141.

Somente a ação de ressarcimento é que tem o benefício absolutamente excepcional da imprescritibilidade e, como se sabe, as exceções devem ter interpretação estrita, não comportando extensão para outras ações, quaisquer que sejam.

Sanção e ressarcimento efetivamente são coisas totalmente distintas, conforme já foi salientado pela doutrina ao focar a aplicação de condenação pecuniária a título de multa: “A multa, como e enquanto sanção pecuniária, deve desestimular infrações, impondo uma consequência jurídica restritiva; não ressarcir”.<sup>8</sup>

Evidentemente, não se pode entender que o acessório (pagamento de determinada importância) contamine o principal (aplicação de punição em decorrência de comportamento ilícito). Conforme já foi salientado, penalidade e ressarcimento são coisas totalmente diferentes. A eventual ou possível condenação ao pagamento de certa importância não confere à Ação de Improbidade Administrativa uma imprescritibilidade que ela não tem.

De resto, conforme já tivemos oportunidade de salientar em outro estudo já publicado, o Ministério Público não tem competência para, substituindo-se à procuradoria pública, promover ações de ressarcimento:

Igualmente, por força do princípio federativo e da imanente autonomia administrativa das pessoas jurídicas de capacidade política, não compete ao Ministério Público defender interesses patrimoniais da União, da Fazenda Nacional, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pois para isso existe a Advocacia Pública, que também tem assento constitucional.

Na verdade, a Constituição expressamente proíbe que o Ministério Público exerça funções inerentes à Advocacia Pública, conforme o disposto em seu art. 129, IX, que dispõe: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] IX — exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas” (grifamos).

Os dispositivos constitucionais acima transcritos circunscrevem as atribuições do Ministério Público. Nenhuma ampliação a esse extenso universo pode ser feita por lei ordinária, pois isso acarretaria invasão

---

<sup>8</sup> FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 75.

do espaço constitucionalmente reservado a outros órgãos ou entidades, quebrando a harmonia institucional. Cabe ao Ministério Público, exclusivamente, a defesa de “interesses difusos ou coletivos”.<sup>9</sup>

### 3. Violação das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa

Durante muitos anos e até bem pouco tempo, o processo de julgamento de contratos perante os tribunais de contas se desenvolviam à revelia do particular contratado. Assim, em tais casos, qualquer nulidade declarada ou qualquer condenação proferida no julgamento será irremediavelmente nula, dado que não foram respeitadas as garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Embora essas garantias sejam de nível constitucional, elas ganharam maior eficácia com a edição da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da administração federal, mas que serve como parâmetro e referência para os processos administrativos em todas as esferas de governo, e que já vem sendo aplicada, por analogia, pelo Poder Judiciário onde não houver lei própria de processo administrativo.

Seja permitido transcrever aqui o que já foi dito, pelo próprio signatário deste estudo, no tocante ao exercício do direito de defesa, em trabalho publicado na honrosa companhia de Sérgio Ferraz, que se passa a reproduzir:

A CF, art. 5º, LV, assegura, de maneira, até, de certa forma redundante, aos litigantes em geral, tanto na esfera administrativa quanto judicial, o direito à defesa, com os meios a ela inerentes. É elementar que quem quer os fins deve dar os meios a isso necessários. Portanto, quando se fala no princípio da ampla defesa, na verdade está-se falando dos meios para isso necessários.

O primeiro requisito para que alguém possa exercer o direito de defesa de maneira eficiente é saber do que está sendo acusado. Por isso, é essencial que qualquer processo punitivo comece pela informação

---

<sup>9</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Limitações à atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 32.

ao acusado daquilo que, precisamente, pesa contra ele. Não basta, por exemplo, publicar um edital dizendo que determinada pessoa cometeu uma infração de trânsito, sem especificá-la; é necessário efetivamente fazer chegar ao acusado a informação precisa sobre qual específica infração teria sido por ele cometida, com todos os detalhes necessários ao exercício da defesa.

Além disso, no curso do processo, é preciso assegurar o acesso aos autos, a possibilidade de apresentar razões e documentos, de produzir provas testemunhais ou periciais, se necessário, e, ao final, de conhecer os fundamentos e a motivação da decisão proferida. Fica ressalvada, entretanto, a possibilidade de recusa à produção de provas inúteis, desnecessárias ou puramente protelatórias.

Convém insistir em que a garantia constitucional do direito à ampla defesa exige que seja dada ao acusado — ou a qualquer outra pessoa contra a qual se faça uma irrogação, em desfavor da qual se estabeleça uma apreciação desfavorável (ainda que implícita), ou que esteja sujeita a alguma espécie de sanção ou restrição de direitos — a possibilidade de apresentação de defesa prévia à decisão administrativa. Sempre que o patrimônio jurídico e moral de alguém puder ser afetado por uma decisão administrativa, deve a ele ser proporcionada a possibilidade de exercitar a ampla defesa, que só tem sentido em sua plenitude se for produzida previamente à decisão, para que possa ser conhecida e efetivamente considerada pela autoridade competente para decidir. O direito de defesa não se confunde com o direito de recorrer, que será examinado mais adiante.<sup>10</sup>

Nos casos ocorridos há mais de uma década, salvo alguma eventual exceção, as decisões então proferidas pelas cortes de contas ocorreram ao tempo em que, ao apreciar a legalidade de contratos, os tribunais davam ciência apenas ao contratante público, sem dar ao particular contratado qualquer oportunidade de defender seus legítimos interesses, dada a inexistência de disposição legal expressa nesse sentido. Porém, repita-se, a garantia da ampla defesa é assegurada, desde 1988, pela Constituição Federal.

---

<sup>10</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 90 e 91.

Essa falha já foi superada pelos tribunais de contas (se não por todos, pelo menos pela maioria), inicialmente, com a aplicação analógica de normas gerais de processo administrativo e depois com a inserção, nos seus regimentos internos, de dispositivos determinando expressamente a notificação dos contratados particulares. Hoje, efetivamente, os tribunais de contas notificam os particulares da existência de processo em curso, para que estes possam apresentar defesa.

No Tribunal de Contas do Estado de São Paulo essa questão é disciplinada pela Instruções nºs 01/2008 e 02/2008, que cuidam, respectivamente, das contas estaduais e municipais. Em ambas essas instruções, ao dispor sobre o exame dos contratos, está estipulada a obrigatória notificação do contratado para que apresente defesa, havendo, inclusive um modelo de notificação, que figura como Anexo 10 de cada instrução.

Ressalte-se, entretanto, que o direito de ser o contratado ouvido não nasceu com essas instruções, que outra coisa não fizeram senão disciplinar a exercício de um direito que já figura na Constituição Federal desde sua promulgação, em 1988.

Efetivamente, as leis gerais de processo administrativo, ainda quando não diretamente aplicáveis, fornecem substanciosos parâmetros para a decisão de casos análogos. Isso já foi expressamente destacado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (MS nº 094.552-0/1-00 — Órgão Especial, v.u — rel. Denner de Sá, j. 23.10.2002), em Acórdão no qual sublinhamos a menção expressa ao Tribunal de Contas:

É cediço também que a Constituição Federal estabeleceu, de forma expressa, princípios fundamentais destinados a reger o processo administrativo. Nesse passo, em consonância com o texto constitucional, a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, editada para minudenciar exatamente as regras do processo administrativo, deixou consignado expressamente no artigo 2º, a saber: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Em sendo assim, na atuação judicante realizada no processo administrativo, **incluindo aqui os atos do Tribunal de Contas**, força afirmar a necessidade de se exigir da Administração Pública o respeito às normas constitucionais, aos princípios constitucionais e às normas infraconstitucionais. Essa cartilha de conduta é que irá formatar o devido processo legal à atuação da Administração Pública.

Não é demais lembrar que o devido processo legal enquadra o princípio de maior importância no direito brasileiro, isto é, “dele decorrem os demais princípios constitucionais. Devido processo legal significa, na verdade, devida adequação ao direito, tradução de conteúdo mais aproximada à cláusula oriunda do direito constitucional anglo-saxônico”.<sup>11</sup>

A jurisprudência supratranscrita menciona apenas a legislação federal de processo administrativo, mas poderia também ter-se referido à correlata legislação ordinária estadual, a já mencionada Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que foi até mais incisiva no tocante à necessidade de observância do princípio da ampla defesa em qualquer processo administrativo, muito especialmente quando neles se cuidar da invalidação de ato ou contrato:

Art. 58. O procedimento para invalidação provocada observará as seguintes regras:

[...]

IV — quando o parecer apontar a existência de terceiros interessados, a autoridade determinará sua intimação, para, em quinze dias, manifestar-se a respeito;

[...]

Art. 62. Nenhuma sanção administrativa será aplicada a pessoa física ou jurídica pela Administração Pública, sem que lhe seja assegurada ampla defesa, em procedimento sancionatório.

Merece ser lembrado, ainda, dispositivo correlato da legislação ordinária municipal de São Paulo, a Lei nº 14.141, de 27 de março de 2006, que reafirma a absoluta necessidade de observância do princípio da ampla defesa em processo administrativo do qual possa resultar a aplicação de alguma sanção: “Art. 46. Nos processos que possam resultar na aplicação de sanções serão sempre assegurados o contraditório e o exercício do direito à ampla defesa, garantindo-se ao interessado a produção de provas, apresentação de alegações finais e interposição de recurso”.

Considerando que a decisão no sentido de decretar a nulidade do contrato corresponde, sem qualquer dúvida, a uma sanção administrativa diretamente aplicada ao contratado particular, é certo que este não pode ser

---

<sup>11</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 1641.

afetado por tal decisão, se não houver sido especificamente intimado da existência do processo.

De resto, atualmente, essa questão do dever de oferecer oportunidade de defesa ao interessado nos processos em curso no Tribunal de Contas foi definitivamente resolvida com a edição da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal, nestes termos:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação do ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Não obstante a súmula mencione expressamente apenas o TCU, é certo que o direito por ela afirmado se aplica perante todo e qualquer Tribunal de Contas, dado que se trata de aplicação de uma garantia constitucional.

Não basta, entretanto, somente ouvir a parte interessada; é preciso mais que isso. As razões, fatos, fundamentos e elementos de prova trazidos pelo interessado devem ser necessariamente considerados pela autoridade ao prolatar a decisão.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, em seu art. 3º, ao dispor sobre os direitos dos administrados, é absolutamente enfática ao dizer que as alegações feitas pelo particular postulante ou, de qualquer maneira, interessado ou envolvido devem ser examinadas pela autoridade competente para decidir:

Art. 3º. O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

[...]

III — formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente.

Pode-se inferir, com bastante probabilidade, que, se os contratados particulares tivessem tido a oportunidade de se defender perante as cortes de contas, a grande maioria dos processos não resultaria em condenação. A experiência tem demonstrado que, em muitos casos, o julgamento dos contratos perante o Tribunal de Contas se deu quando já estava em exercício da chefia



do Poder Executivo municipal um outro prefeito, e não aquele signatário do contrato, sendo que, muitas vezes, um era adversário político do outro, tendo interesse pessoal em não promover a defesa eficiente da legalidade do contrato em exame.

#### 4. Serviços técnicos profissionais especializados

A regra geral da exigência de licitação é mitigada tanto por casos de dispensa, quanto pela previsão legal expressa de sua inexigibilidade, no art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Diz esse dispositivo que é inexigível a licitação quando for inviável a competição, inviabilidade essa que tanto pode estar no objeto do contrato (coisas únicas ou singulares), quanto na pessoa contratada (notória especialização), ou, ainda, nas circunstâncias do contrato (urgência), enfim, sempre que não for possível estabelecer uma comparação entre uma pluralidade de ofertas sem sacrifício do interesse público, conforme o entendimento de um dos mais prestigiados tratadistas do tema:

As diferenças entre inexigibilidade e dispensa de licitação são evidentes. Não se trata de questão irrelevante ou meramente retórica, mas de alternativas distintas em sua própria natureza, com regime jurídico diverso. A inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao da dispensa. Naquela, a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição. Vale dizer, instaurar a licitação em caso de dispensa significa deixar de obter uma proposta ou obter proposta inadequada. Na dispensa, a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é porque, diante das circunstâncias, a Lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares.

Em suma, a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa. Como decorrência direta, o elenco de causas de inexigibilidade contido na Lei tem cunho meramente exemplificativo. Já os casos de dispensa são exaustivos, o que não significa afirmar que todos se encontram na Lei n. 8.666. Outras leis existem, prevendo casos de dispensa de licitação.

Como decorrência, a conclusão acerca da caracterização da inexigibilidade faz-se em momento logicamente anterior ao do reconhecimento da dispensa. Num primeiro momento, avalia-se se a competição é ou

não viável. Se não o for, caracteriza-se a inexigibilidade. Se houver viabilidade de competição, passa-se à verificação da existência de alguma hipótese de dispensa.<sup>12</sup>

Portanto, não haverá ilícito algum na contratação direta de advogado, sem licitação, nos casos em que isso é expressamente autorizado e desde que seguido o processo previsto nos dispositivos da Lei nº 8.666/93, que se transcrevem abaixo:

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.

Art. 26. As dispensas previstas nos incisos III a XV do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do § 2º do art. 8º desta lei deverão ser comunicados dentro de 3 (três) dias à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de 5 (cinco) dias, como condição de eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

[...]

II — razão da escolha do fornecedor ou executante;

---

<sup>12</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 357.

III — justificativa do preço.

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

[...]

V — patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

[...]

§ 3º. A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

Como se pode observar, a Lei nº 8.666/93 contempla expressamente a inexigibilidade de licitação para a contratação de advogados, desde que em certas circunstâncias e observados determinados requisitos. Isso significa que a licitude ou ilicitude da contratação vai depender de um exame cuidadoso de cada caso, assegurando-se ao contratado a possibilidade de demonstrar que todos os mandamentos legais foram observados.

Não é possível, apriorística e genericamente (e até preconceituosamente), levar a juízo toda e qualquer contratação de advogado, como lamentavelmente tem ocorrido. É impossível não enxergar nisto uma certa tentativa de intimidação.

Já tratamos exaustivamente desse assunto em nossos *Aspectos jurídicos da licitação*, especialmente nas páginas 57 e 58, nestes termos:

A contratação de serviços de advocacia tem suscitado enormes controvérsias. O problema é que existe uma variedade enorme de situações entre a elaboração de um parecer jurídico e a simples propositura de (ou defesa em) ação judicial rotineira. Existem casos administrativos e ações judiciais de enorme repercussão justificando a busca do melhor profissional possível para substituir ou prestar assessoramento aos advogados ou procuradores permanentes.

Atualmente, no tocante à contratação de serviços técnicos profissionais especializados, sem licitação, a ação popular vulgarizou-se, transformando-se em meio de atuação política ou, até mesmo, simples instrumento de extorsão. Da mesma forma, pululam as ações civis públicas interpostas sem a mais elementar cautela, sem o mais mínimo cuidado na apuração preliminar dos fatos. Não se pode pretender que autori-

dades e administradores descuidem de sua honorabilidade pessoal, a ponto de entregar tais casos aos cuidados de uma espécie de defensor natural. Entendemos que agentes políticos, titulares de mandatos eletivos, têm a obrigação de defender a integridade da outorga popular.<sup>13</sup>

Fica perfeitamente claro que, em certas situações, diante de casos inusitados, complexos, de especial dificuldade, configurando aquilo que a melhor doutrina designa como serviço de natureza singular, é, sim, possível e até necessária a contratação direta de advogado dotado de conhecimentos especializados, em grau bastante acentuado, e de larga experiência.

Em termos práticos, pode-se dizer que o trabalho não será singular quando diferentes executantes produzirem, sempre, o mesmo resultado. Será singular quando o resultado depender das características do executante, de tal modo que cada executante produza algo substancialmente diferente.

Tudo quanto foi antes transcrito foi dito, com precisão, concisão, clareza e objetividade por Fabio Carneiro Bueno Oliveira, em texto específico sobre a “Inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios”, constante da obra coletiva *Improbidade administrativa*, coordenada por Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, do qual se transcreve a seguinte conclusão:

Portanto, a contratação direta pelo Poder Público de serviços advocatícios, isto é, com inexigibilidade de licitação, somente poderá ser inquinada de ilegalidade em casos específicos em que seja flagrante e inequívoca a violação aos princípios norteadores da atividade administrativa ou de normas legais pertinentes, tais como de demonstração (a) da desnecessidade em celebrar o contrato de prestação de serviços advocatícios, (b) da absoluta falta de capacidade do advogado ou do escritório de advocacia contratado ou (c) de desvio de finalidade na contratação, ou seja, que esta foi utilizada pelo Poder Público visando obter fim não prestigiado pelo ordenamento jurídico como compatível com o interesse público.

Além dessas hipóteses de patente ilegalidade, não caberá ao Poder Judiciário imiscuir-se na contratação direta de serviços advocatícios

---

<sup>13</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 57-58.

pela Administração Pública, sob o risco de penetrar, indevidamente, na esfera de discricionariedade administrativa (juízo de conveniência e oportunidade).<sup>14</sup>

Vale lembrar que o ônus da prova incumbe a quem acusa. Portanto, nas ações civis públicas de improbidade cabe ao Ministério Público demonstrar e comprovar que o serviço era usual e corriqueiro, sem qualquer especial dificuldade, que o profissional indicado e cuja contratação foi autorizada era desprovido de excepcional qualificação, que fosse qualquer contratado o resultado seria o mesmo e que os honorários estabelecidos eram aberrantes, com relação ao que é usualmente cobrado por advogados do mesmo nível profissional.

Na generalidade dos casos, o Ministério Público se insurge contra a contratação, em si mesma, independentemente de estar ou não formalmente em ordem, por entender que qualquer entidade pública, desde que dotada de um corpo de advogados internos, não pode contratar serviços externos para prestar serviços de advocacia, sejam eles consultivos ou na área do contencioso.

Essa questão não é nova, já ensejou discussões, mas está superada, conforme, em poucas palavras, com extrema objetividade, demonstra Marcelo Figueiredo, em seu excelente estudo sobre a *Probidade administrativa*:

Outro ponto que merece comentário diz respeito a perigoso entendimento, que vem tomando corpo, sobretudo nos Tribunais de Contas Estaduais, no sentido de que a Administração Pública não pode contratar advogados porque a Constituição teria reservado essa função aos procuradores, admitidos por concurso, após a criação dos respectivos cargos.

‘Data venia’ desse entendimento, cremos que o argumento não se sustenta. Há situações e demandas que, por suas peculiaridade — tais como complexidade, importância estratégica, singularidade —, justificam plenamente a contratação de advogados, especialmente para atender a essas questões específicas.

Não vemos qualquer incompatibilidade entre a norma constitucional do art. 132 e a contratação de advogados externos pela Administração

---

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Fabio Carneiro Bueno. Inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 215-216.

Pública. A especialidade da matéria, a necessidade de orientação ampla (muitas vezes diversa da já assentada pela própria Procuradoria) e de parecer de jurista renomado no campo de sua especialidade, a sofisticação da matéria, justificam plenamente a contratação, que, ao contrário de tese oposta, atende ao interesse público.<sup>15</sup>

Portanto, não é possível sustentar que o simples fato de a Prefeitura já ter advogados ou procuradores em seu corpo permanente impede a contratação, em casos excepcionais, de especial dificuldade, de profissional de especial qualificação, pois não se trata de fazer algo que poderia ser feito pelos procuradores da Prefeitura. Se o prefeito poderia ou não contratar assessoramento técnico externo é questão atinente à autonomia administrativa do município.

Considere-se, ainda, que ilegalidade não é sinônimo de improbidade. Se assim fosse, a cada mandado de segurança concedido dever-se-ia seguir uma ação civil pública de responsabilidade. Para que esta seja pertinente, é essencial verificar a ocorrência do elemento subjetivo, ou seja, de culpa ou dolo, pois a finalidade da ação é, acima de tudo, defender a moralidade e a probidade administrativa.

Culpa e dolo não se presumem; exigem inequívoca comprovação, pois a presunção é de inocência, conforme já foi salientado pela melhor doutrina:

Relativamente aos atos de improbidade administrativa é importante assinalar que a própria Lei 8.429, de 1992, contém disposição claramente inspirada no princípio da presunção de inocência, ao estatuir, no art. 20, que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Essa regra veio reafirmar a aplicabilidade da presunção de inocência no âmbito da disciplina pertinente aos atos de improbidade administrativa. E essa aplicabilidade, de resto, não deve ser atenuada, como se tem admitido em relação a outras infrações administrativas, tendo em vista a posição peculiar dos atos de improbidade e os muitos traços de aproximação que apresentam em relação aos ilícitos tipicamente penais. Esses traços de aproximação, como já salientado, estão

---

<sup>15</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 92-93.

na gravidade das sanções, na preponderância do dolo, na acentuada reprovação social e na frequente coincidência do conteúdo das infrações. Diante deles, impõe-se a aplicabilidade plena da presunção de inocência à disciplina dos atos de improbidade administrativa. Deve ser lembrado, no entanto, que se trata de uma presunção *juris tantum*, que cede passo à prova de acusação produzida com suficiência e regularidade. O que não se admite é pretender impor ao acusado ou investigado o ônus de provar sua inocência. Nem mesmo a lei pode fazê-lo validamente. O princípio repele, ainda, a antecipação das sanções de maior gravidade, enquanto não sobrevém condenação definitiva.<sup>16</sup>

## 5. Licitude da contratação de advogado para defesa dos atos praticados no exercício do mandato popular

Uma situação particularmente grave é a da defesa do prefeito perante a Câmara Municipal. Alguns enxergam nisso apenas o interesse particular do prefeito, o que não justificaria a contratação de um advogado por conta da Prefeitura.

Entretanto, salvo os casos de abusos cometidos em comportamentos pessoais atentatórios ao decoro na vida pública, normalmente as acusações feitas contra o prefeito e das quais ele tem de se defender, perante a Câmara Municipal, se referem, na verdade, a contratos celebrados pela Prefeitura e assinados pelo prefeito como seu legítimo representante. Normalmente, como expressamente manda a Lei nº 8.666/93, ao assinar tais contratos o prefeito se louva nos pareceres exarados pelos procuradores municipais (bem como dos responsáveis pelo controle da gestão financeira e orçamentária), no sentido de sua licitude.

Note-se que não se trata de atos praticados pela pessoa física do prefeito, mas, sim, na verdade, de contratos celebrados pela Prefeitura Municipal assinados *ex officio* pelo prefeito como seu representante e no exercício de um MANDATO POPULAR, que ele tem não só o DIREITO, mas, além disso, o DEVER de defender, em respeito ao princípio da soberania popular.

Portanto, dada a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, em princípio, para defender a licitude de um contrato assinado,

---

<sup>16</sup> PRADO, Francisco Otávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 46-47.

em nome da Prefeitura, perante a Câmara Municipal, não é nada aberrante a contratação, pela Prefeitura, de um profissional tecnicamente habilitado e dotado de experiência suficiente para essa particularíssima missão.

Para tal defesa prestante e eficiente é essencial o domínio de larga experiência prática no trato de processos de cassação de mandatos. Nesse tipo de processo, os acusadores são inimputáveis, podendo fazer qualquer tipo de acusação e, o que é mais grave, tendo meios e instrumentos para cercar a defesa de todas as formas, mediante o uso de armadilhas políticas e de um arsenal de labirintos regimentais, pois são eles mesmos, os acusadores, muitas vezes adversários políticos do prefeito, que irão julgar o processo.

Evidentemente os procuradores municipais estariam habilitados para defender a licitude dos atos praticados pelo prefeito, mas isso, como regra geral, nesse tipo de processo, é o que menos interessa, pois o objetivo único e exclusivo é CASSAR O MANDATO DO PREFEITO, que tenha ousado não atender às exigências e aos interesses políticos e pessoais dos vereadores.

Não se está afirmando que todo e qualquer caso de proposta de cassação de mandato seja movido por interesses menores. Certamente, em muitos casos, a acusação é séria e o processo corre normalmente. Mas existe sempre, de maneira inafastável, dado o enorme componente político envolvido, o risco de desvios que podem vulnerar o princípio democrático, que manda respeitar a vontade livremente manifestada pela maioria do eleitorado.

Sem um assessoramento técnico eficiente, prestado por quem já tenha aprendido a sobreviver nessa areia movediça, há sempre um enorme risco de que o prefeito seria alijado do mandato popular que lhe foi democraticamente outorgado.

No estado democrático de direito, é absolutamente incontestável que a defesa do mandato popular se enquadra como questão de interesse público, de interesse do conjunto dos cidadãos eleitores, que transcende a figura do eleito e pertence ao conjunto da sociedade.

De resto, no tocante aos advogados contratados para a defesa do mandato do chefe do Executivo, é absoluta e inquestionável a licitude de sua conduta, desde que sejam dotados de conhecimentos técnicos e experiência suficiente para prestar o serviço especificamente contratado e que tenham efetivamente cumprido suas obrigações, tendo prestado uma assistência técnica eficiente no sentido da manutenção do mandato popular.

Quanto a isto, vale lembrar que a Lei nº 8.666/93, em seu art. 59, parágrafo único, estabelece que a declaração de nulidade do contrato “não exonera a Administração de indenizar o contratado pelo que este houver executado até



a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhes deu causa”.

Ou seja: em nenhuma hipótese os advogados contratados para a defesa do mandato popular poderão figurar no polo passivo de uma eventual ação civil de responsabilidade, posto que, em princípio, apenas executaram fielmente os contratos firmados e receberam tão somente pelos serviços que efetivamente prestaram.

Na absurda hipótese de que se viesse a postular a devolução das importâncias recebidas a título de honorários, pelos trabalhos efetivamente executados, teríamos aí uma flagrante violação do texto expresso da lei e um processo com objeto ilícito, pois visaria consagrar o enriquecimento sem causa e o trabalho na condição de escravo.

No limite, mesmo na absurda hipótese de que se entenda que o prefeito não poderia ter defendido a administração e os atos praticados no exercício do mandato popular, ainda assim os advogados contratados nada teriam a ver com isso, pois não podem ser responsabilizados por uma decisão tomada pelo prefeito. Quem tomou a decisão de contratar foi o prefeito; o advogado contratado não pode ser responsabilizado por ato de terceiro.

É evidente que a administração não pode locupletar-se por ter agido illicitamente. Todo enriquecimento só é jurídico se derivar de uma atividade lícita. Não faz sentido decretar uma nulidade do contrato celebrado pela administração para que, por força dessa invalidação, a administração experimente uma vantagem, tendo como contrapartida o dano injusto causado a quem efetivamente trabalhou, prestando o serviço para o qual foi regularmente contratado.

Em resumo, caso se entenda que a contratação do advogado para defender o mandato do prefeito tenha sido irregular, a única solução juridicamente admissível é a condenação do próprio prefeito ao ressarcimento dos cofres públicos. Entretanto, convém repetir, o Ministério Público não tem competência para promover ações de ressarcimento, que somente poderão ser intentadas pelas próprias municipalidades interessadas, por intermédio de seus procuradores.

## Referências

CRESTANA, João; BERNARDES, Cláudio. Segurança jurídica e a formação de uma nação. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Coord.). *Segurança jurídica*. São Paulo: Elsevier, 2010.

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

\_\_\_\_\_. Limitações à atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. O princípio da segurança jurídica em face das reformas constitucionais. In: \_\_\_\_\_.; NASCIMENTO, Carlos Valder do; BARROS, Sérgio Rezende de. *Reforma da Previdência e contribuição dos inativos: direito adquirido e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 57-58.

FIGUEIREDO, Marcelo *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007. (Temas de Direito Administrativo, 17)

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Fabio Carneiro Bueno. Inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2003.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PRADO, Francisco Otávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.