



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.759 - SC (2011/0304958-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : CLÁUDIO ÁVILA DA SILVA JÚNIOR E OUTROS
ADVOGADO : CLÁUDIO ÁVILA DA SILVA JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : DALIRIO JOSE BEBER

EMENTA

HABEAS CORPUS. LICITAÇÃO ILEGALMENTE INEXIGIDA (ART. 89 DA LEI N. 8.666/93). ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO PROFISSIONAL PARA PATROCÍNIO DE CAUSA ESPECÍFICA. EXISTÊNCIA DE CORPO JURÍDICO CONSTITUÍDO NO ÂMBITO DA AGÊNCIA DE FOMENTO. CONFLITO DE INTERESSES CONFIGURADO. GRAU DE CONFIABILIDADE. CRITÉRIO SUBJETIVO. DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O tipo penal descrito no artigo 89 da Lei n. 8.666/93 visa apenar o administrador que dispensa ou considera inexigível o procedimento licitatório fora das hipóteses legais (artigos 24 e 25 do aludido diploma legal), ou deixa de observar formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

2. A inviabilidade de competição a que se refere o artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93, não se caracteriza apenas na exclusividade na prestação do serviço técnico almejado, mas também na sua singularidade, marcada pela notória especialização do profissional, bem como pela confiança nele depositada pela administração. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

3. O grau de confiança depositado na contratação do profissional, em razão da sua carga subjetiva, não é suscetível de ser valorado no bojo de um certame licitatório e se encontra no âmbito de atuação discricionária do administrador público, razão pela qual a competição se torna inviável.

4. Na hipótese em apreço, o órgão acusatório considerou irregular a contratação direta pela administração pública pelo fato da agência de fomento presidida pelo paciente contar com um corpo jurídico próprio, o qual seria apto a defendê-la na demanda que é objeto do contrato.

5. O fato da agência de fomento presidida pelo paciente possuir um corpo jurídico próprio, por si só, não torna ilegal a contratação de escritório de advocacia por meio de inexigibilidade do certame licitatório, mormente pela existência de conflito de interesses de membros daquele com a demanda.

6. Constatando-se que a contratação direta ocorreu dentro dos limites legais, afasta-se a tipicidade da conduta, sendo imperioso o trancamento da ação penal em apreço.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Sendo comum aos demais corréus o constrangimento ilegal reconhecido, aplica-se o disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal.

8. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade da conduta atribuída ao paciente, determinando-se o trancamento da ação penal deflagrada, estendendo-se os efeitos desta decisão aos demais corréus.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 24 de abril de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.759 - SC (2011/0304958-7)

IMPETRANTE : CLÁUDIO ÁVILA DA SILVA JÚNIOR E OUTROS
ADVOGADO : CLÁUDIO ÁVILA DA SILVA JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : DALIRIO JOSE BEBER

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de DALIRIO JOSE BEBER, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (HC n. 2011.076804-1).

Noticiam os autos que o paciente, com 4 (quatro) outros corréus, foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 89, *caput*, da Lei n. 8.666/93, acusado, em síntese, de ter autorizado, na qualidade de ex-presidente da Agência de Fomento do Estado de Santa Catarina (BADESC), a contratação, mediante processo de inexigibilidade de licitação, de um escritório de advocacia para patrocinar a defesa de uma ação trabalhista movida contra a referida instituição pelo Sindicato dos Bancários da Grande Florianópolis.

Sustentam os impetrantes que a conduta atribuída ao paciente seria manifestamente atípica, aduzindo que o procedimento licitatório seria inexigível para a contratação almejada, tendo em vista a notória especialização do profissional contratado na área em que se desenvolve a demanda, qual seja, o Direito do Trabalho.

Asseveram que, não obstante tenha o BADESC um corpo jurídico permanente, a demanda ajuizada em detrimento da referida instituição seria revestida de notável complexidade, aduzindo que eventual prejuízo a ser suportado poderia chegar ao montante de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais). Entretanto, o causídico especializado teria sido contratado pela quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), equivalente a pouco mais de 1% (um por cento) dos valores discutidos na demanda trabalhista.

Destacam que a referida contratação pela modalidade de inexigibilidade de licitação se mostrou regular, ainda, pelo fato dos próprios servidores que fazem parte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do corpo jurídico da aludida Agência de Fomento serem interessados no deslinde da causa.

Alegam, ainda, que a exordial acusatória seria formalmente inepta, pois o Órgão Acusatório, ao afirmar que o paciente teria autorizado a contratação do escritório de advocacia, dispensando o procedimento licitatório considerado inexigível, não apontou de que forma a referida autorização teria ocorrido.

Asserem que o paciente não teria subscrito nenhum documento referente à contratação questionada, aduzindo que a acusação, na forma como posta, estar-lhe-ia impondo responsabilidade penal objetiva.

Pretendem, liminarmente, a suspensão do trâmite da ação penal deflagrada em desfavor do paciente, até o julgamento do mérito da impetração, no qual requerem o seu trancamento, em razão da alegada atipicidade da conduta que lhe foi atribuída; ou a sua anulação, em razão da inépcia da exordial acusatória.

O pleito liminar foi indeferido pelo Ministro Presidente desta Corte Superior de Justiça, nos termos da decisão de fl. 764.

As informações prestadas pela autoridade apontada como coatora foram juntadas às fls. 770/785.

Em parecer acostado às fls. 791/793, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.759 - SC (2011/0304958-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretendem os impetrantes, em síntese, o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor do paciente em razão da alegada atipicidade da conduta que lhe foi atribuída na exordial acusatória, ou, subsidiariamente, a sua anulação por conta da apontada inépcia formal da exordial acusatória.

De acordo com os autos, o paciente, com mais 4 (quatro) corréus, foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 89 da Lei n. 8.666/93, pela prática dos seguintes fatos narrados pelo Órgão Acusatório:

"Na data de 18 de maio de 2010, os denunciados Dalírio José Beber (ex-Presidente do BADESC), João Omar Macagnan (ex-Diretor Administrativo do BADESC), Luiz Antônio Ramos (ex-Diretor Financeiro do BADESC) e Sayde José Miguel (ex-Diretor Vice-Presidente de Operações do BADESC), autorizaram (p. 33) o contrato n.º 027/2010 (p. 5 - 8), firmado entre a agência e o escritório de Advocacia Umberto Grillo Advocacia e Consultoria Jurídica, por meio do processo de Inexigibilidade de Licitação n.º 014/10, com fulcro no artigo 25, inciso II, da Lei 8.666/93 (cláusula segunda do contrato), para defender a agência em relação à ação trabalhista n.º 00124.2010.036.12-00, movida pelo Sindicato dos Bancários da Grande Florianópolis.

Importante ressaltar, que tal contrato foi pago por meio da nota de serviço nº 000809 (p. 119), perfazendo um valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Nota-se, assim, que a contratação foi baseada em um parecer (pp. 37-40) do consultor jurídico do BADESC, o denunciado Paulo Murillo Keller do Valle, que se manifestou em favor da realização do processo de inexigibilidade de Licitação, por exigir, o processo em questão, um saber notório, que os procuradores da agência não teriam, apenas o escritório do Dr. Umberto Grillo.

Entretanto, necessário destacar, que o BADESC possui quadro jurídico próprio (p. 123 e 128) e que estava apto a atuar no caso em comento, haja vista que não havia necessidade de saber notório, não existindo, portanto, a possibilidade de contratação, por meio de processo de Inexigibilidade de Licitação, de advogado alheio ao quadro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

funcional da companhia.

Agindo dessa forma, os denunciados Dalírio José Beber, João Omar Macagnan, Luiz Antônio Ramos, Paulo Murillo Keller do Valle e Sayde José Miguel praticaram a conduta típica prevista no art. 89, caput, da Lei de Licitações (8.666/93), razão pela qual esta Promotoria de Justiça requer seja recebida a presente Denúncia; seja determinada a prévia intimação dos Denunciados para apresentação de defesa preliminar na forma do art. 514, CPP; e suas citações para responder à acusação, nos termos do art. 396 do CPP, sendo, ao final, condenados às penas legais." (fls. 100/101.)

Insurgindo-se contra o recebimento da exordial acusatória pelo magistrado singular, a defesa do paciente impetrou prévio *writ* perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cuja ordem foi denegada, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COM O PODER PÚBLICO MEDIANTE DISPENSA OU INEXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI (LEI N. 8.666/93, ART. 89, CAPUT).

DECRETAÇÃO DE SEGREDO DE JUSTIÇA. RESGUARDO DA INTIMIDADE DOS PACIENTES. RELEVÂNCIA NÃO DEMONSTRADA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. PLEITO INDEFERIDO.

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. ANÁLISE APROFUNDADA DAS PROVAS EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE E DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA.

INÉPCIA DA INICIAL. FORMALIDADES EXIGIDAS PELO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ATENDIDAS. DESCRIÇÃO DOS FATOS E DAS CONDUTAS IMPUTADAS AOS PACIENTES. VÍCIO NÃO CONSTATADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO OCORRENTE. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. ORDEM DENEGADA." (fl. 17.)

Daí o presente *mandamus*, no qual os impetrantes almejam o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor do paciente, trazendo como tese principal a atipicidade da conduta que lhe foi atribuída na exordial acusatória.

Como é cediço, o trancamento de ação penal na via do *habeas corpus* é medida excepcional, só admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessidade de exame valorativo aprofundado do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

E compulsando os autos, afigura-se configurado o constrangimento ilegal aventado na impetração.

Com efeito, ao editar o artigo 89 da Lei n. 8.666/93, pretendeu o legislador ordinário incriminar a conduta do administrador público que celebra contrato sem o prévio certame licitatório em desacordo com as hipóteses legais, ou deixa de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade de licitação.

Da leitura do citado dispositivo legal, depreende-se que se trata de uma lei penal em branco, já que para a correta subsunção do fato concreto à conduta típica exige-se o recurso à outra norma inserida no ordenamento jurídico, no caso, as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, descritas nos artigos 24 e 25 da Lei n. 8.666/93.

O juízo de tipicidade da conduta, portanto, passa pela análise da regularidade da utilização dos aludidos institutos que permitem ao administrador público a contratação direta do bem ou serviço almejado sem o prévio certame licitatório.

Interessa para o deslinde da questão posta nesta impetração o estudo da hipótese prevista no artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93, que dispõe:

"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;"

A conceituação legal do requisito da notória especialização é trazida no § 1º do aludido dispositivo, *verbis*:

"§ 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato."

É lição corrente na doutrina que o instituto da inexigibilidade da licitação incide quando, diante de peculiaridades do objeto do contrato a ser celebrado, se constata a inviabilidade de competição entre fornecedores ou prestadores de serviços.

Na hipótese aplicada ao caso concreto, elegeu o legislador ordinário, de forma expressa, dois requisitos necessários para justificar a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos - dentre os quais se encontra o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (art. 13, inciso V, da Lei n. 8.666/93) -, quais sejam, a singularidade do serviço a ser prestado, bem como a notória especialização do profissional.

Sobre o tema, colhe-se a lição de Hely Lopes Meirelles:

"(...) serviços técnicos profissionais especializados, no consenso doutrinário, são os prestados por quem, além da habilitação técnica e profissional - exigida para os serviços técnicos profissionais em geral -, aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento. Bem por isso, Celso Antônio considera-os singulares, posto que marcados por características individualizadoras, que os distinguem dos oferecidos por outros profissionais do mesmo ramo.

A contratação direta desses serviços com profissionais ou empresas de notória especialização, tal como conceitua, agora, o § 1º do art. 25, enquadra-se, genericamente, no caput do mesmo artigo, que declara inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição. Essa inviabilidade, no que concerne aos serviços técnicos profissionais especializados em geral, decorre da impossibilidade lógica de a Administração pretender 'o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato', pelo menor preço, ou que renomados especialistas se sujeitem a disputar administrativamente a preferência por seus trabalhos." (Direito administrativo brasileiro. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 288.)

Ao lado dos referidos requisitos apontados pelo legislador, renomados doutrinadores vêm sustentando que a contratação de serviço técnico de natureza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

singular, a ser prestado por profissional de notória especialização, deve ser acompanhada da confiança neste depositada pelo administrador público para a consecução do objeto do contrato a ser celebrado, requisito de natureza subjetiva que se encontra no seu âmbito de atuação discricionária e torna inviável a competição.

Isto porque, os serviços de natureza advocatícia, como ocorre na hipótese em apreço, em uma análise primária e geral, sempre poderão ser prestados por mais de um profissional especializado, mormente em razão da popularidade da profissão atualmente alcançada na sociedade brasileira. Não se pode suprimir do administrador público, entretanto, que, sempre atuando no interesse público, confie a defesa de uma determinada causa ao profissional que repute mais capacitado, em decorrência de características específicas encontradas no contratado.

É o que se tem chamado do princípio da confiança, que atribui ao administrador a discricionariedade de contratar com aquele profissional que entende melhor atender os interesses da administração pública que são objeto do contrato.

Cita-se, a propósito, a lição de Joel de Menezes Niebuhr, Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo:

"Repita-se que a inexigibilidade encontra amparo no traço singular com que qualquer um dos potenciais contratados imprimiria à execução do mesmo. Várias pessoas poderiam executar o contrato, todas de modo especial e peculiar, incomparável objetivamente em licitação pública. Daí a inexigibilidade, que depende da subjetividade dos critérios para a aferição do contratado, isto é, no final das contas, da discricionariedade dos agentes administrativos.

Nesse processo discricionário, o agente administrativo encontra amplo espaço de liberdade para escolher aquele especialista que reputa o mais adequado à satisfação da utilidade pretendida com a contratação, pressupondo-se, pois, a avaliação de conceitos de valor, variáveis em grau maior ou menor, de acordo com estimativa subjetiva.

Na perspectiva dessa competência discricionária, observa-se elemento de extrema relevância para visualizar a inviabilidade de competição, qual seja o juízo de confiança do agente administrativo em determinado especialista, que o leva a contratá-lo, preterindo outros com similar capacitação." (Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 163).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embasando as ideias do citado autor, colhe-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"37. Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público. Bem por isto não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito 'A' ou pelos sujeitos 'B' ou 'C', ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.

38. É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado - a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria - recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.

Há, pois, nisto, também um componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata.

(...)

Com efeito, o normal, e salvo situações muito raras, é que exista mais de um profissional ou empresa altamente qualificados em dado ramo ou setor de atividade, ensejando, portanto, opção por algum deles." (Curso de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 541.)

Assim, embora possam existir vários profissionais dotados de notória especialização em determinada área do conhecimento, a circunstância que inviabiliza a competição são as suas características individuais que despertam a confiança do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

administrador, analisadas sob o enfoque do objeto do contrato a ser executado, bem como do interesse público que deve ser buscado em toda atuação da administração.

Com base nesta breve incursão no universo do Direito Administrativo, e retornando à hipótese em discussão, constata-se, sem qualquer revolvimento aprofundado dos elementos de informação que acompanham a denúncia, que a conduta atribuída ao paciente não fere o bem jurídico tutelado no artigo 89 da Lei n. 8.666/93.

Com efeito, para o órgão acusatório, a ilicitude na contratação, pela agência de fomento da qual o paciente era presidente, de escritório de advocacia mediante procedimento de inexigibilidade de licitação repousaria no fato da aludida sociedade de economia mista possuir corpo jurídico próprio, o qual estaria apto a atuar no caso para o qual o aludido escritório foi contratado, "*pois não havia necessidade de saber notório*" (fl. 100).

Entretanto, em parecer exarado pelo então Chefe da Consultoria Jurídica da aludida instituição, e também denunciado, Paulo Murillo Keller do Valle, a utilização do instituto da inexigibilidade de licitação para a contratação do escritório escolhido foi justificada pelos seguintes fundamentos:

"No caso concreto, tem-se que o Sindicato dos Bancários da Grande Florianópolis demandou o BADESC S/A junto a 6ª Vara do Trabalho de Florianópolis, sendo designada a primeira audiência para o dia 13 de maio do corrente, às 13:35hs. A demanda trabalhista, movida pelos servidores por último admitidos em concurso público (em torno de 53 a 60 servidores), tem como objeto o questionamento de seu acesso de 'técnico adestrando' que deveria, no entender dos autores substituídos pelo Sindicato, ser diretamente para 'técnico em fomento'.

Como visto, trata-se de ação trabalhista de grande vulto, com expressivo número de servidores demandantes, patrocinada por Sindicato de Empregados, ente que possui reconhecida especialização na condução de feito dessa natureza. Além do mais, há expressivo valor monetário em discussão, pois objetiva a demanda a reclassificação/reenquadramento, com inegável impacto sobre a folha de pagamento/despesa administrativa.

Todavia, a prudência e a cautela recomendam que a defesa da agência, no âmbito de 1º, 2º e 3º graus, seja feita por profissional especializado, tendo em vista que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resultado da ação (eventual procedência da ação) poderá beneficiar advogados que integram os quadros da COJUR/BADESC." (fls. 138/139.)

Note-se que o aludido denunciado, no seu parecer, esclarece que as peculiaridades da causa intentada em desfavor da Agência de Fomento de Santa Catarina - BADESC S/A - demandariam a contratação de profissional especializado por duas razões: a) o expressivo valor monetário a ser suportado pela instituição em caso de procedência da reclamação trabalhista; e b) o interesse de advogados quem integram os quadros da Consultoria Jurídica da agência.

Conforme consignado pela autoridade coatora no voto condutor do acórdão objurgado, em sede de medida cautelar requerida em ação de improbidade administrativa, o próprio magistrado da 1ª Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital/SC concluiu que apenas um dos integrantes do quadro da Consultoria Jurídica do BADESC não teria qualquer impedimento ou suspeição para patrocinar a referida causa trabalhista, conforme se extrai dos seguintes excertos:

"Primeiramente, verifica-se que nem todos os advogados do BADESC estariam, em tese, impedidos ou suspeitos de atuar no patrocínio da entidade, na reclamationária trabalhista em trâmite perante a 6ª Vara Trabalhista de Fpolis, porquanto, dos seis advogados indicados à fl. 133, apenas Karla Sobleski supostamente estaria impedida, por ser a única advogada sindicalizada ao Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Florianópolis e Região, autor da reclamationária, e admitida pelo concurso de 2005, de modo a ser a única beneficiada com o sucesso da causa.

Os advogados Débora, Eneléo, Isabela e Romeu poderiam ser apontados como suspeitos, pois, apesar de não sindicalizados, foram admitidos após o ano de 2005, provavelmente pelo mesmo concurso público que estabeleceu o critério de remuneração a menor que o plano de cargos e salários instituído pela sociedade de economia mista, sobre o qual foi pautada a postulação do Sindicato.

Entretanto, sobraria um advogado que, em tese, não teria nenhum motivo para se dar por impedido ou suspeito para patrocinar os interesses do BADESC na ação trabalhista. Seria o próprio Diretor Jurídico que confeccionou o parecer favorável à inexigibilidade de licitação, o sr. Paulo Murilo Keller do Valle, admitido no ano de 1983 ao quadro de pessoal, e que por isso não teria interesse pessoal no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resultado da reclamação trabalhista." (fl. 253.)

Ora, a despeito da quantia pecuniária envolvida na demanda proposta em desfavor da referida empresa de economia mista, a atuação de profissional alheio aos seus quadros se mostrou imperiosa em razão do conflito de interesses verificados, argumento que bem se amolda ao princípio da impessoalidade que rege os institutos de direito administrativo.

Ademais, afigura-se prescindível perquirir o motivo pelo qual o próprio Chefe da Consultoria Jurídica opinou pela delegação da defesa do BADESC na demanda proposta pelo Sindicato dos Bancários de Florianópolis, já que, como visto, não poderia sequer contar com o auxílio eventual dos demais integrantes do corpo jurídico, questionando-se, ainda, a sua isenção para tal desiderato, em razão da própria natureza da causa e sua proximidade com pessoas diretamente interessadas.

Por tal razão, conclui-se que o simples fato da Agência de Fomento do Estado de Santa Catarina - BADESC S/A - possuir quadro próprio de advogados não é fundamento idôneo para se taxar de ilegal a contratação de escritório de advocacia especializado mediante o instituto da inexigibilidade de licitação.

A notória especialidade do contratado, por sua vez, foi amplamente demonstrada no bojo do procedimento de inexigibilidade de licitação, conforme se infere da cópia do *curriculum vitae* acostada às fls. 144/146.

A confiança que lhe foi depositada pela sociedade de economia mista, por sua vez, exsurge da própria intenção em entregar-lhe a defesa de uma causa de efeitos patrimoniais expressivos, diante da sua reconhecida capacidade profissional externada pelo largo currículo.

A reforçar a inviabilidade de competição em hipóteses como a do caso em análise, recorre-se novamente às lições de Joel de Menezes Niebuhr:

"Além da irremediável subjetividade para a seleção do especialista a ser contratado pela Administração, convém ressaltar que, em muitos casos, mesmo que se insistisse em realizar a licitação pública, os especialistas altamente qualificados não se dispõem a participar do certame, pelo que se supõe justificar a inexigibilidade. Ora, como os especialistas realmente afamados não se interessam por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disputar abertamente contratos, dado o nível de notoriedade que logram, se a Administração pretender contratar um deles, a licitação pública não se revelará um meio hábil. É que eles não procuram clientes, mas os clientes é que os procuram. Portanto, se a Administração quiser ser um dos clientes, que os procurem, porque eles não a procurarão e, tampouco - o que é ainda mais remoto - se disporiam a participar de licitação pública, disputar contrato" (Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 165).

Em síntese aos fundamentos que foram expostos, colaciona-se a conclusão a que chegou o Pleno do Supremo Tribunal Federal em hipótese análoga à dos autos:

EMENTA: AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL. A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 2. "Serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação Penal que se julga improcedente. (AP 348, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2006, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

03-08-2007 PP-00030 EMENT VOL-02283-01 PP-00058 LEXSTF
v. 29, n. 344, 2007, p. 305-322 - grifo deste Relator)

No mesmo sentido já se posicionou esta Corte Superior de Justiça:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS SEM LICITAÇÃO. PEDIDO DE TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL AO ARGUMENTO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONTRATO INTUITO PERSONAE. NATUREZA DA ATIVIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO.

1. No caso, formalmente, falta aptidão à denúncia, que não logrou enquadrar a indicada conduta na incriminada ação consistente em 'dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei'. A denúncia há de conter 'a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias'.

2. Tratando-se de contrato em que se levou em conta a confiança e considerando-se ainda a natureza do serviço a ser prestado, justifica-se a dispensa de licitação.

3. Recurso provido.

(RHC 21.909/MG, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 19/12/2008)

Em arremate, cumpre consignar que a contratação do aludido escritório de advocacia mediante inexigibilidade de licitação se deu para uma atuação pontual, qual seja, a defesa da Agência de Fomento do Estado de Santa Catarina na Ação Trabalhista n. 00124-2010-086-12-00, ajuizada perante a 6ª Vara do Trabalho de Florianópolis/SC pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Florianópolis e Região, bem como nos ulteriores recursos eventualmente interpostos.

Nota-se, assim, que, pela sua especificidade, o contrato celebrado sequer importaria em ilegal substituição da consultoria jurídica implantada na sociedade de economia mista pelo escritório contratado, já que, uma vez encerrada a referida demanda, extingue-se a relação contratual pelo esgotamento do seu objeto.

Constatando-se a similitude fática dos demais corréus com relação à eiva que se reconhece, devem lhes ser estendidos os efeitos desta decisão, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, **concede-se a ordem** para reconhecer a atipicidade da conduta atribuída ao paciente, determinando-se o trancamento da Ação Penal n. 023.11.033539-5, da 2ª Vara Criminal da comarca da Capital, estendendo-se os efeitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta decisão aos demais corréus.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0304958-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 228.759 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20110768041 23110227410 23110335395

EM MESA

JULGADO: 24/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CLÁUDIO ÁVILA DA SILVA JÚNIOR E OUTROS
ADVOGADO : CLÁUDIO ÁVILA DA SILVA JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : DALIRIO JOSE BEBER

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes da Lei de licitações

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.