



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO
Órgão Especial

Representação de Inconstitucionalidade nº 0027691-96.2014.8.19.0000

Representante: Senhor Procurador Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Representado: Senhor Governador do Estado do Rio de Janeiro

Procuradora de Justiça: Doutora Lúcia Léa Guimarães Tavares

Representado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro

Relator: Desembargador Nagib Slaibi

ACÓRDÃO

Direito Constitucional e Administrativo. Representação de inconstitucionalidade. Lei Estadual nº 6450/2013, que cria obrigação para o Poder Público Estadual contratar Advogado para a defesa de autoridades e servidores da Administração Pública direta e indireta em decorrência da prática de atos funcionais. Rejeição.

A Advocacia, e principalmente a pública, constitui instrumento essencial ao Estado Democrático de Direito em complexa prestação de serviços que envolve a atividade de muito mais pessoas do que a de um solitário profissional.

Assim, o Poder Público Estadual pode contratar escritório de advocacia para a defesa de servidores e autoridades, pois o Procurador do Estado não podem defendê-los, uma vez que deve ser fiel ao interesse público em caso de eventual conflito.

A defesa destes servidores também não poderia ser atribuída à Defensoria Pública do Estado, que apesar de exercer papel fundamental para o acesso à Justiça, na defesa do hipossuficiente, previsto no art. 134 da Constituição da República, está assoberbada pelo grande número de assistidos, até mesmo no Rio de Janeiro, a despeito de sua notável diligência e eficiência.

Vivencia-se, portanto, uma crise de representação, já que não é atribuição específica das Procuradorias, nem da Defensoria e muito menos do Ministério Público a defesa destes servidores.

Não se pode presumir que o ocupante de cargo ou função pública seja rico e tenha dinheiro para pagar um advogado em valores que ultrapassarão os seus salários, sendo dever da Administração Pública patrocinar a causa e repelir a plutocracia.

Impor aos agentes públicos, eleitos ou não, o dever de prover as despesas de sua defesa nos processos judiciais e administrativos que debatam sobre seus atos funcionais seria impor o regime plutocrático e afugentar o governo representativo para aqueles que não foram aquinhoados pela fortuna.

Precedente: "Trata-se da contratação de serviços de advogado, definidos pela lei como 'serviços técnicos profissionais especializados', isto é, 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. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo. Vale dizer: nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo; logo, 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 de 'trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato' (cf. o parágrafo 1º do art. 25 da Lei nº 8.666/93). Ademais, a licitação desatenderia ao interesse público na medida em que sujeitaria a Administração a contratar com quem, embora vencedor na licitação, segundo a ponderação de critérios objetivos, dela não merecesse o mais elevado grau de confiança" (Trecho do voto do Ministro Eros Grau no RE nº 466.705-3, de São Paulo).

Doutrina. Trecho do artigo do Professor Adilson de Abreu Dallari, publicado na Interesse Público nº 2, p. 116, sobre contratação de serviços de advocacia pela administração pública: "Com base nos princípios federativo e da autonomia municipal, cada Município, ao organizar sua administração, decidirá pela criação ou não de Procuradorias, pela criação ou não de cargo ou cargos de Procuradores ou pela pura e simples contratação de Advogados externos, de acordo com suas necessidades, possibilidades e peculiaridades. Na contratação de Advogados, as especificidades do

trabalho a ser realizado é que determinarão a exigibilidade ou não de licitação. Em se tratando de situação que recomende ou determine a contratação direta, sem licitação, deve-se tomar especial cuidado com as características do profissional contratado (qualificação, experiência, confiança). A livre escolha deve ser feita e examinada à luz do princípio da razoabilidade, considerando-se um conjunto de circunstâncias. É intolerável a escolha mediante simples cotejo de preços. Se for possível e exigível uma escolha objetiva, poder-se-á realizar uma licitação na modalidade do concurso, com a predeterminação do valor dos honorários. Em síntese, cabe apenas reafirmar que não é possível formular uma afirmação genérica no tocante à exigibilidade de licitação para a contratação de serviços profissionais de Advogado, seja em sentido positivo, seja em sentido negativo, pois cada caso é um caso”.

Matéria já apreciada por este Tribunal de Justiça na Ação Civil Pública nº 0090571-34.2008.8.19.0001, julg. pela Sexta Câmara Cível em 07 de agosto de 2013.

A Suprema Corte reconheceu a existência de repercussão geral dessa questão no RE nº 656558, que ainda aguarda julgamento.

Voto pela improcedência da representação, declarando-se a constitucionalidade da lei impugnada.

ACORDAM os Desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria, em votar pela improcedência da representação, declarando-se a constitucionalidade da lei impugnada, nos termos do voto do relator.

Integra-se ao presente o relatório do douto parecer ministerial, de fls. 134/149, subscrito pelo eminente Procurador de Justiça Doutor Marcelo Daltro Leite.

Debate-se, em controle concentrado de constitucionalidade, sobre a Lei nº 6.450, de 15 de maio de 2013, do Estado do Rio de Janeiro, que cria obrigação para o Poder Público Estadual contratar advogado para a defesa de autoridades e servidores da Administração Pública direta e indireta em decorrência da prática de atos funcionais.

O âmbito da prestação de serviços advocatícios hoje não mais comporta o trabalho individual e exclusivo de um só diligente e hábil profissional, mas abrange necessariamente todo um complexo de serviços integrado por Advogados com as mais diversas funções, técnicos e funcionários administrativos de forte especialização, além da hoje imprescindível terceirização de serviços pontuais.

E mais densa se torna a complexidade dos serviços ao se constatar que, em tema de Advocacia Pública, na defesa do interesse público, como no caso de mais de uma centena de milhares de cidadãos, não basta um zeloso advogado que trabalhe com uma secretária datilografando os seus requerimentos e com um menino para levar as peças processuais ao Edifício do Fórum.

Diversamente do que muitos pensam, a Advocacia Pública constitui hoje atividade essencial ao Estado Democrático de Direito, não se podendo suspeitar que pudessem os ilustres Procuradores do Município somar ao seu ordinário serviço também o extraordinário da defesa dos interesses municipais em milhares de causas ou em temas envolvendo milhões de reais.

O que está se defendendo é o interesse do ente estatal, não o agente público.

Vale destacar trecho do livro *Curso de Direito Administrativo*¹, do professor e Procurador do Estado Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sobre advocacia pública:

Vale observar que, com técnica equivocada, a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, restringiu a denominação de advocacia pública apenas às funções de advocacia do Estado (título IV, Capítulo IV, Seção II), quando sob tal denominação deveria incluir todas as modalidades que assume, que são, em sentido amplo, as atividades especiais do ministério público da advocacia, incluindo assim,

¹ Curso de Direito Administrativo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Forense, 15ª edição, 2009, pg31/32.

as advocacias institucionais dos Municípios e suas autarquias, simétrica distinção, portanto, com a sua contraparte geral, o ministério privado da advocacia.

Este relator exerceu durante alguns anos a difícil judicatura em Vara de Fazenda Pública desta Capital, sendo testemunha privilegiada da atuação dos nobres e diligentes Procuradores do Estado e Procuradores do Município do Rio de Janeiro, que trabalham em diversos setores especializados, mas mesmo assim contam com apoio externo através de pareceristas contratados e até mesmo a terceirização de serviços, como se vê ainda hoje em empresas estatais como a companhia estadual de águas e esgotos.

Os escritórios de advocacia brasileiros neste limiar do século XXI são portentosas organizações prestadoras de serviço, com dezenas e centenas de Advogados e outros tantos funcionários diretos, sem contar os serviços terceirizados que a todos apoiam.

A Advocacia e, principalmente, a Advocacia Pública, constitui instrumento essencial ao Estado Democrático de Direito em complexa prestação de serviços que envolve a atividade de muito mais pessoas do que a de um solitário profissional.

Assim, vislumbra-se que o Poder Público Estadual pode e deve contratar escritório de advocacia para a defesa de servidores e autoridades, pois o Procurador do Estado e do Município não podem defender estes servidores, uma vez que devem ser fiéis ao interesse público.

Tanto é assim que na ação popular o Ministério Público, em prol da Sociedade, pode assumir o polo ativo da demanda, nos termos do art. 9º da Lei da Ação Popular (Lei nº 4717/65).

Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante

do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

A defesa destes servidores também não poderia ser atribuída à Defensoria Pública do Estado, que apesar de exercer papel fundamental para o acesso à Justiça, na defesa do hipossuficiente, previsto no art. 134 da Constituição da República, está assoberbada pelo grande número de assistidos, até mesmo no Rio de Janeiro, a despeito de sua notável diligência e eficiência. Aliás, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro é certamente a mais eficiente em todas as Américas, mas muitos de seus defendidos são ainda obrigados a chegar de madrugada na fila de atendimento.

Vivencia-se neste momento uma crise de representação, já que não é atribuição específica das Procuradorias, nem da Defensoria e muito menos do Ministério Público a defesa destes servidores.

E não se pode presumir que o ocupante de cargo ou função pública seja rico e tenha dinheiro para pagar um advogado, sendo dever da Administração Pública patrocinar a causa e repelir a plutocracia.

Impor aos agentes públicos, eleitos ou não, o dever de prover as despesas de sua defesa nos processos judiciais e administrativos que debatam sobre seus atos funcionais seria rejeitar o sistema democrático e impor o regime plutocrático, afugentando o governo representativo para aqueles que não foram aquinhoados pela fortuna.

Encerro com as observações do Ministro Eros Grau no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.705-3, de São Paulo, em 14 de março de 2006:

Trata-se da contratação de serviços de advogado, definidos pela lei como 'serviços técnicos profissionais especializados', isto é, 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 contratado. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo.

Vale dizer: nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo; logo, 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 de ‘trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’ (cf. o parágrafo 1º do art. 25 da lei nº 8.666/93). Ademais, a licitação desatenderia ao interesse público na medida em que sujeitaria a Administração a contratar com quem, embora vencedor na licitação, segundo a ponderação de critérios objetivos, dela não merecesse o mais elevado grau de confiança.

E também com trecho do artigo do Professor Adilson de Abreu Dallari, publicado na *Interesse Público*, nº 2, p. 116 (<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/73.htm>), sobre contratação de serviços de advocacia pela administração pública:

"(...) No caso dos Municípios, a Constituição deixou aberta a possibilidade de que cada um, no exercício de sua autonomia, ao disciplinar sua própria estrutura administrativa, de acordo com suas peculiaridades, decida sobre a criação ou não de uma Procuradoria ou de cargos de Procuradores.

No caso dos Estados e do Distrito Federal, a obrigatoriedade de criação de Procuradorias para as tarefas usuais e corriqueiras de consultoria e representação judicial não é incompatível com a contratação esporádica de Advogados para determinados serviços.

Não se pode esquecer que o trabalho de Advogado requer uma elevadíssima dose do elemento confiança. Por isso mesmo, para a solução de problemas usuais e corriqueiros, de defesa de um interesse público claramente afirmado

pela lei, não haverá problema algum (muito ao contrário, é altamente conveniente) que isso seja feito por Procuradores profissionais, de carreira, imunes a alterações da supra-estrutura política. Entretanto, existem assuntos de grande repercussão política, correspondentes a programas ou prioridades determinadas exatamente pela supra-estrutura política eleita democraticamente pelo corpo social. Temas dessa natureza requerem o concurso, ou de assistentes jurídicos nomeados para cargos de provimento em comissão, ou a contratação temporária de profissionais alheios ao corpo permanente de servidores.

(...)

Em síntese, a contratação direta de serviços técnicos profissionais de advogado tem sua legalidade ou ilegalidade dependendo de circunstâncias de fato, requerendo do intérprete ou aplicador da lei um exame aprofundado de cada específico caso.

2 - OS CONTRATOS QUE PODEM SER CELEBRADOS

Em algumas situações, a necessidade e a licitude da contratação de serviços técnicos profissionais de advogados emergem claramente.

O exemplo mais comum é o da contratação de jurista de renome para emitir parecer destinado a servir como ponto de apoio na defesa de interesses públicos extremamente relevantes, a ser feita pelo corpo permanente de Procuradores. Isso tanto pode referir-se a um caso determinado, como também ao fornecimento de orientações, ao longo do tempo, à medida que os problemas concretos forem surgindo.

Contratos dessa natureza podem ser celebrados com uma pessoa jurídica (sociedade de Advogados), desde que o detentor da especial habilitação se comprometa a executar pessoalmente os serviços contratados, além do que, como é sabido, a constituição de sociedades de Advogados se prende precipuamente a fatores de ordem fiscal, que não estão em causa neste estudo.

Assim como as empresas privadas, também as entidades governamentais podem contratar a prestação de serviços de consultoria em determinadas especialidades jurídicas (complementando o trabalho normalmente executado pelo corpo permanente), compreendendo a análise e o fornecimento de orientação em casos que apresentem maior complexidade ou relevância.

Da mesma forma, pode haver contratação para o patrocínio de determinada ou determináveis ações judiciais, de especial complexidade ou de excepcional relevância.

Além desses aspectos ligados ao objeto dos contratos, cabe enfocar, também, a pessoa do contratado; mais exatamente, sua qualificação profissional. O conjunto das peculiaridades do contrato e do contratado é que permite enquadrar a contratação entre aquelas que a doutrina reconhece como justificadoras da inexigibilidade de licitação.

Uma palavra, entretanto, precisa ser dita com relação a pequenos Municípios, os quais, muitas vezes, precisam contratar advogados que não são exatamente expoentes altamente titulados, mas possuem conhecimentos e são dotados de alguma experiência em matéria de direito público em nível superior aos que militam normalmente na advocacia cível, criminal ou trabalhista na região. A contratação de consultoria nesse nível permite obter orientações razoáveis por uma remuneração módica, e tanto pode servir para auxiliar o eventual Procurador permanente, como para atuar em lugar dele, quando inexistente.

Mais nítida, ainda, é a contratação, pelo Município, de Advogado para a defesa de Prefeito acusado de haver cometido crime de responsabilidade ou infração político-administrativa.

Nesses casos, a acusação sempre se refere a atos praticados no exercício do mandato popular, por dever de ofício. O alvo da acusação não é a pessoa física, mas, sim, a autoridade pública Prefeito Municipal; o que a defesa visa a preservar não é a pessoa física, mas, sim, o mandato popular.

Seja permitido transcrever aqui o que já dissemos sobre esse assunto em artigo publicado a respeito do famigerado Decreto-Lei nº 201/67, que dispõe sobre a responsabilidade de Prefeitos e Vereadores:

"Para concluir, convém recordar que na Administração Pública há uma necessidade elementar de responsabilização. Todo administrador público tem que ser responsável. Não se admite administrador irresponsável. Portanto, não há dúvida alguma que deve haver meios de responsabilização. Mas esta responsabilização precisa ser feita com uma certa prudência, dadas as deficiências da legislação, as dificuldades administrativas, as dificuldades de entendimento da legislação. A responsabilização deve existir, sim, mas feita com prudência. E esta prudência tem sido o padrão de conduta do Poder Judiciário.

*É preciso considerar que quem está sendo julgado é um mandatário, é um homem que recebeu a confiança do povo para desempenhar um mandato. E um princípio geral do Direito Penal o *in dubio pro reo*, isto é, na dúvida não se condena. Com maior vigor este princípio deve ser aplicado ao caso de mandatários políticos, que receberam um voto de confiança de toda uma população.*

Um outro aspecto que tem que ser considerado é a questão da eficiência na administração. Imaginem um Prefeito acuado, espremido por uma atitude violenta, impensada, na aplicação desta legislação.

O administrador recebe uma missão a realizar. Ele é um agente da realização do interesse público. E não deve ser aterrorizado na sua função. Senão ele jamais conseguirá satisfazer o interesse público" (DALLARI, Adilson Abreu. Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, in RDP 39-40, p. 260-261).

Tanto a acusação quanto a defesa, especialmente nos casos de infrações político-administrativas (julgadas pela Câmara Municipal), possuem um elevado componente político-partidário ou até mesmo de relacionamento pessoal. Mas, se por um lado a defesa do Prefeito deve ser suportada pelo Poder Público (por uma série de razões: porque se trata de defender a licitude de atos de ofício; porque o que se está defendendo é um mandato popular;

porque o Prefeito é inocente até prova em contrário; e porque, se assim não for, a Câmara pode simplesmente matar por inanição econômica um Prefeito que não seja de seu agrado), por outro lado, é essencial que haja confiança e empatia entre o defensor e o defendido, o que nem sempre ocorre se a defesa for feita por Procurador de carreira.

Enfim, aqui estão exemplificativamente expostas algumas situações justificadoras da contratação de serviços de Advogados, mesmo que haja uma Procuradoria regularmente instituída e composta por Procuradores de carreira, ficando evidenciado que uma coisa não é incompatível com a outra.

Como regra geral, a contratação de Advogado externo aos quadros da Administração Pública comporta e até mesmo exige a livre escolha, sem licitação.

3 - CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS

A contratação direta, sem licitação, com fundamento na inexigibilidade, baseia-se na inviabilidade de competição, entendendo-se como tal a impossibilidade de comparação entre diversos possíveis executantes do serviço pretendido.

Quando diversos profissionais puderem realizar o mesmo e idêntico serviço, ainda que de natureza técnica especializada, deve ser promovida uma disputa entre eles. Entretanto, quando diversos profissionais puderem realizar um serviço técnico profissional especializado, mas o produto do trabalho de cada um for diferente do trabalho do outro, por força das características pessoais do autor, aí então haverá impossibilidade de competição, dada a singularidade do serviço.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em seu Curso de Direito Administrativo (8ª ed., Malheiros, 1996, p. 332), resume de maneira clara e objetiva essa questão da singularidade, dizendo:

"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.

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."

Quem efetua uma contratação direta, sem licitação, assume uma especial responsabilidade pelos resultados do contrato. Quando um contrato realizado mediante regular licitação não chega a bom termo, não há que se falar em responsabilidade pela escolha. É mais cômodo e seguro contratar mediante licitação, mas o dirigente efetivamente preocupado com os resultados de sua gestão não deve deixar de efetuar contratações diretas quando isso for necessário, devendo apenas acautelar-se provendo-se de dados que possam justificar a escolha.

Mais que isso, deve a autoridade competente, para decidir, evidenciar a efetiva necessidade desse tipo de contratação, pois, obviamente, não se pode contratar um profissional altamente qualificado para executar serviços corriqueiros.

A contratação direta se justifica quando se conjugarem a alta complexidade do serviço a ser executado, justificando-se a escolha de profissional de alto nível, e a notoriedade do executante escolhido, conforme destaca LÚCIA VALLE FIGUEIREDO (Direitos dos Licitantes. 3ª ed., Malheiros, 1992, p. 34):

"Se a notória especialização é uma das exceções à regra da licitação, traz, como conseqüência, a possibilidade de contratações à revelia do procedimento licitatório. E, assim sendo, há de estar bem evidenciado que se conjugam os fatores necessários a sua validade.

De conseguinte, como já afirmado, dois são os fatores que devem, obrigatoriamente, estar presentes:

- 1) existência da especialização notória; em síntese, capacidade notória;*
- 2) necessidade desta especialização notória, por parte da Administração."*

Seja qual for a espécie de profissional especializado que se pretenda contratar, é preciso que estejam presentes, concomitantemente, esses dois requisitos; caso contrário, será obrigatória a realização de licitação.

Entretanto, no caso da contratação de profissional do Direito ou da execução de serviços profissionais privativos de Advogado devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, surgem algumas peculiaridades impeditivas da concorrência derivadas da legislação disciplinadora do exercício profissional.

Mesmo que se tenha que proceder a uma comparação entre diversos advogados, é impossível a realização de qualquer modalidade licitatória na qual o menor preço seja ou possa ser o fator de julgamento.

ALICE MARIA GONZALES BORGES deixa isso perfeitamente claro ao estudar a questão específica da contratação de Advogado em trabalho publicado sob o título Licitação para contratação de serviços profissionais de advocacia, publicado no Boletim Jurídica - Administração Municipal (editado em Salvador, nº 8, 1996, p. 7), no qual apresenta os seguintes argumentos:

"Se o Estatuto da OAB e o Código de Ética vedam a captação de clientela, os procedimentos de mercantilização da profissão e o aviltamento de valores dos honorários advocatícios (arts. 39 e 41 do Código de Ética), como conciliar tais

princípios com a participação de advogados, concorrendo com outros Advogados em uma licitação de menor preço, nos moldes dos arts. 45, I e § 2º da Lei 8.666/93?

Também resulta inviável, pelos mesmos princípios, a participação de escritórios de advocacia em licitações do tipo melhor técnica, a qual, nos termos do art. 46, § 1º, descamba, afinal, para o cotejamento de preços. Obviamente, também a licitação de técnica e preço do art. 46, § 2º, que combina aqueles dois requisitos."

Esses judiciosos argumentos, entretanto, não se aplicam à realização de procedimento licitatório na modalidade de concurso, no qual o valor da remuneração é previamente estipulado, procedendo-se à escolha do melhor profissional que se disponha a realizar o serviço pretendido pelo valor que a Administração pretende ou pode suportar.

Quando, porém, o elemento fundamental da contratação for a confiança requerida pelas particularidades do caso, não se há que falar nem mesmo em concurso. O mesmo se pode dizer com relação a situações emergenciais, de real urgência.

Quem examinou a questão da exigibilidade ou inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços profissionais de Advogado de maneira bastante ampla, apontando as diversas variáveis, foi MÁRCIO CAMMAROSANO (Breves anotações sobre a contratação de serviços profissionais de advocacia, ILC, Curitiba, nº 31/674), conjugando os fatores de ordem prática e de ordem jurídica que afetam a tomada de decisão nessa matéria:

"Contratação de serviços de Advocacia, como serviços de terceiros, sob o regime da Lei nº 8.666/93, só pode ser efetuada em caráter eventual, esporádico, contingencial. Admite-se a contratação direta, sem licitação, se se estiver diante de caso de dispensa ou situação de inexigibilidade, nos termos da lei.

Se, mesmo para serviços rotineiros de Advocacia, houver premente necessidade de contratação de serviços de terceiros por algum prazo, por

alguma razão contingencial, deverá ser realizada prévia licitação, sem embargo da observação de que as modalidades de certame contempladas na Lei nº 8.666/93 não são, em rigor, as mais adequadas à referida finalidade. Se a urgência reclamada for incompatível com as delongas de um procedimento licitatório, poderá haver contratação direta.

Se a necessidade da contratação de serviços de terceiros for ditada pela complexidade ou sofisticação do serviço desejado, a reclamar profissional ou escritório de notória especialização, a contratação direta será o caminho, com fundamento no art. 25, II, c.c. art. 13 da Lei nº 8.666/93, dando-se ao § 1º do art. 25 interpretação razoável, que não inviabilize sua utilização. Para tanto, cabe anotar que a singularidade do serviço, a reclamar notória especialização do seu prestador, não significa que só possam ser assim qualificados serviços inéditos, ou que só um possa prestá-lo. Se este for o caso, haverá manifesta inviabilidade da competição, e a contratação direta terá por fundamento o próprio caput do art. 25."

Essa questão já foi objeto de decisão no Supremo Tribunal Federal. Ao relatar o RHC nº 72.830-8-RO (acórdão publicado no Boletim Licitações e Contratos - BLC, Curitiba, nº 10, 1996, p. 521), o eminente Ministro CARLOS VELLOSO, em seu ilustrado voto, acolhido por unanimidade, negando a existência de crime na contratação de Advogado para a defesa de interesses do Estado junto aos Tribunais Superiores, fez a seguinte notável ponderação:

"Acrescente-se que a contratação de Advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para a contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao Advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão a defesa da res publica."

A importância especial dos interesses a serem defendidos não se coaduna com uma escolha automática, formal, impessoal. Em certos casos, não é irrelevante a escolha deste ou daquele profissional. Deve a Administração buscar o concurso do melhor profissional, daquele que se apresente como mais habilitado para a execução daquela específica tarefa, que tanto pode ser a elaboração de um parecer quanto a propositura de uma ação judicial, ou a defesa do interesse público em uma ação judicial proposta por terceiros, ou, ainda, a prestação de serviços de consultoria por tempo determinado.

Cabe repetir, todavia, que serviço técnico profissional especializado de Advocacia suficiente para dispensar qualquer tipo de licitação é somente aquele de caráter singular, que exija de seu executante conhecimentos extraordinários, acima e além dos exigidos para o regular e normal exercício da profissão.

Somente se poderá contratar a elaboração de um parecer jurídico, com dispensa de qualquer modalidade de licitação, com quem, além de ser Bacharel em Direito, tenha uma formação acadêmica superior ao simples grau de Bacharel em Direito, seja dotado de especial titulação acadêmica ou tenha exercido funções públicas de hierarquia superior na área jurídica; não é possível escolher subjetivamente e contratar diretamente um simples Bacharel em Direito para promover execuções fiscais.

Lamentavelmente, os abusos que já se cometeram nessa matéria estão levando a uma reação desarrazoada, redundando na formulação de denúncias e mesmo na propositura de um preocupante número de ações judiciais contra profissionais dotados da maior honorabilidade, especialmente quando contratados para atuar em casos de grande repercussão política, conforme tivemos oportunidade de focar em nossa monografia sobre os procedimentos licitatórios:

"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 autoridades 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.

Da mesma forma, devem defender, da melhor forma possível, a integridade do patrimônio sob seus cuidados e zelar pelo incremento de suas fontes de recursos" (DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação, 4ª ed., Saraiva, 1997, p. 57).

No exame da legalidade ou ilegalidade da contratação direta de Advogado, existe sempre a necessidade de um exame cuidadoso e aprofundado de cada caso, assegurando-se aos acusados o exercício da ampla defesa, antes de se lhes causar qualquer gravame, ainda que apenas de ordem moral, como ocorre quando se deflagra um procedimento judicial totalmente infundado.

Resumindo: a contratação eventual e temporária de serviços de Advocacia, com profissionais ou firmas de notória especialização, não conflita com a manutenção de um corpo permanente de Procuradores ou servidores Advogados, mas está sujeita, em princípio, à licitação, realizada sob a modalidade de concurso, configurando-se a inexigibilidade de qualquer procedimento licitatório apenas quando houver impossibilidade de comparação, em função da singularidade do objeto.

4 - A LEGISLAÇÃO

À luz das considerações doutrinárias acima expostas, fica mais fácil extrair o exato entendimento das normas que disciplinam o assunto.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu art. 13, faz uma enumeração (meramente exemplificativa) dos trabalhos que por ela são considerados como "serviços técnicos profissionais especializados".

Nos diversos incisos desse artigo, para os efeitos deste estudo, cabe mencionar as referências a estudos técnicos, pareceres, assessorias ou

consultorias técnicas, patrocínio ou defesa de causas judiciais administrativas e, ainda, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal.

É certo, pois, que os objetos das contratações em exame se enquadram dentro daquilo que a própria Lei já considera como serviços técnicos profissionais especializados.

Essa enumeração está diretamente relacionada com a questão da inexigibilidade de licitação, que é disciplinada pelo art. 25:

"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;"

Aliás a Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo, considerou eticamente irrepreensível a contratação de Advogado com fulcro no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 com a redação da Lei nº 8.883/94, verbis:

"Licitação. Inexigibilidade para contratação de Advogado. Inexistência de infração. Lei nº 8.666, de 21.06.1993, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública. Inexigibilidade de licitação para contratação de Advogado, para prestação de serviços, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas. Condição de comprovação hábil, em face da natureza singular dos serviços técnicos necessários, de tratar-se de profissionais ou empresas de notória especialização. Critério aceitável pela evidente inviabilidade de competição licitatória. Pressuposto da existência de necessária moralidade do agente público no ato discricionário regular na aferição da justa notoriedade do concorrente. Inexistência, na mencionada lei, de criação de hierarquia qualitativa dentro da categoria dos Advogados. Inexistência de infringência ética na fórmula legal licitatória de contratação de Advogados pela

administração pública. Precedente no Processo nº E-1.062". (OAB - Tribunal de Ética. Processo E-1.355, Relator Dr. Elias Farah).

O dispositivo em comento não apresenta maior detalhamento quanto ao que deve ser entendido como serviço "de natureza singular" (tarefa essa muito bem cumprida pela doutrina, conforme o excerto de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO acima transcrito), mas, em seu § 1º, esmera-se em indicar quais os dados ou elementos que permitem qualificar um profissional como dotado de notória especialização:

"§ 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."

O exame da documentação apresentada pelo Advogado contratado, especialmente seu curriculum vitae, deve servir para confirmar não só que ele é dotado de notória especialização, mas, sim, também, que ele é um jurista cuja experiência profissional está perfeitamente adequada aos objetivos almejados pela Administração Pública com a sua contratação. Ou seja, ele é especializado exatamente naquilo para o que o contratante necessita de assessoramento jurídico ou atuação judiciária de especial qualificação.

Nunca se pode esquecer, entretanto, o princípio da razoabilidade, que requer uma ponderação entre a natureza e a relevância dos interesses em jogo, a capacidade financeira de quem contrata e a disponibilidade de profissionais contratáveis, no espaço e no tempo.

5 - CONCLUSÕES

Como resumo final, diante de tudo quanto foi exposto, pode-se dizer que a Constituição Federal não impede a contratação de Advogados pela Administração Pública, muito especialmente no âmbito municipal.

Com base nos princípios federativo e da autonomia municipal, cada Município ao organizar sua administração, decidirá pela criação ou não de Procuradorias, pela criação ou não de cargo ou cargos de Procuradores ou pela pura e simples contratação de Advogados externos, de acordo com suas necessidades, possibilidades e peculiaridades.

Na contratação de Advogados, as especificidades do trabalho a ser realizado é que determinarão a exigibilidade ou não de licitação.

Em se tratando de situação que recomende ou determine a contratação direta, sem licitação, deve-se tomar especial cuidado com as características do profissional contratado (qualificação, experiência, confiança).

A livre escolha deve ser feita e examinada à luz do princípio da razoabilidade, considerando-se um conjunto de circunstâncias. É intolerável a escolha mediante simples cotejo de preços.

Se for possível e exigível uma escolha objetiva, poder-se-á realizar uma licitação na modalidade do concurso, com a predeterminação do valor dos honorários.

Em síntese, cabe apenas reafirmar que não é possível formular uma afirmação genérica no tocante à exigibilidade de licitação para a contratação de serviços profissionais de Advogado, seja em sentido positivo, seja em sentido negativo, pois cada caso é um caso.

Tal matéria já foi apreciada em ação civil pública julgada pela Sexta Câmara Cível deste Tribunal:

ACÓRDÃO

0090571-34.2008.8.19.0001 - APELACAO

NAGIB SLAIBI FILHO - SEXTA CAMARA CIVEL

Direito Administrativo. Contratação, com dispensa de licitação, de escritório para prestar serviços de Advocacia Pública. Ação civil pública posta pelo Ministério Público em face do ente municipal e do escritório pretendendo a anulação dos decretos municipais nº 14486/98 e 20430/01, a abstenção do Município na contratação de advogados para a defesa de servidores e

autoridades e o ressarcimento ao erário. Sentença de procedência. Apelações Reformas. Agravo retido. Ausência de intimação para apresentação de defesa prévia. Desprovimento. Inexistência de prejuízo. Pas de nullité sans grief, art. 249 e 250 da Lei Processual. Não se está utilizando o rito de improbidade, o qual exige a pretendida defesa prévia. Arguição de inconstitucionalidade. Rejeição. A causa pode ser julgada sem o referido conflito entre a Constituição da República e o decreto autônomo. Ausência de questão prejudicial para ensejar a incidência da regra do art. 97 da Constituição da República O âmbito da prestação de serviços advocatícios hoje não mais comporta o trabalho individual e exclusivo de um só diligente e hábil profissional, mas abrange necessariamente todo um complexo de serviços integrado por advogados com as mais diversas funções, técnicos e funcionários administrativos de forte especialização, além da hoje imprescindível terceirização de serviços pontuais. E mais densa se torna a complexidade dos serviços ao se constatar que, em tema de Advocacia Pública, na defesa do interesse público, como no caso de mais de uma centena de milhares de cidadãos, não basta um zeloso advogado que trabalhe com uma secretária datilografando os seus requerimentos e com um menino para levar as peças processuais ao Edifício do Fórum. A Advocacia, e principalmente a pública, constitui instrumento essencial ao Estado Democrático de Direito em complexo serviço de prestação de serviços que envolve a atividade de muito mais pessoas do que a de um solitário profissional. Precedente: "Trata-se da contratação de serviços de advogado, definidos pela lei como 'serviços técnicos profissionais especializados', isto é, 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. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo. Vale dizer: nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo; logo, 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 de 'trabalho essencial e

indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (cf. o parágrafo 1º do art. 25 da Lei nº 8.666/93). Ademais, a licitação desatenderia ao interesse público na medida em que sujeitaria a Administração a contratar com quem, embora vencedor na licitação, segundo a ponderação de critérios objetivos, dela não merecesse o mais elevado grau de confiança" (Trecho do voto do Ministro Eros Grau no RE nº 466.705-3, de São Paulo). Doutrina. Trecho do artigo do Professor Adilson de Abreu Dallari, publicado na Interesse Público nº 2, p. 116, sobre contratação de serviços de advocacia pela administração pública: "Com base nos princípios federativo e da autonomia municipal, cada Município, ao organizar sua administração, decidirá pela criação ou não de Procuradorias, pela criação ou não de cargo ou cargos de Procuradores ou pela pura e simples contratação de Advogados externos, de acordo com suas necessidades, possibilidades e peculiaridades. Na contratação de Advogados, as especificidades do trabalho a ser realizado é que determinarão a exigibilidade ou não de licitação. Em se tratando de situação que recomende ou determine a contratação direta, sem licitação, deve-se tomar especial cuidado com as características do profissional contratado (qualificação, experiência, confiança). A livre escolha deve ser feita e examinada à luz do princípio da razoabilidade, considerando-se um conjunto de circunstâncias. É intolerável a escolha mediante simples cotejo de preços. Se for possível e exigível uma escolha objetiva, poder-se-á realizar uma licitação na modalidade do concurso, com a predeterminação do valor dos honorários. Em síntese, cabe apenas reafirmar que não é possível formular uma afirmação genérica no tocante à exigibilidade de licitação para a contratação de serviços profissionais de Advogado, seja em sentido positivo, seja em sentido negativo, pois cada caso é um caso". Provimento do recurso.(Ocultar ementa)

Data de julgamento: 07/08/2013

Data de publicação: 22/08/2013

Sobre o tema, existe recurso repetitivo na Suprema Corte de Justiça (RE nº 656558) cujo julgamento, inicialmente designado para o dia 04 de fevereiro de 2015, foi adiado.

Ante tais considerações, voto pela improcedência da representação, com o reconhecimento da constitucionalidade da lei impugnada.

Rio de Janeiro, 18 de maio de 2015.

Desembargador Nagib Slaibi

Relator