



Poder Judiciário do Estado do Rio De Janeiro

DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0011356-06.2008.8.19.0002

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

APELADOS: EMPRESA BRASILEIRA DE CONSULTORIA LTDA. e

MENDES COSTA ADVOGADOS ASSOCIADOS

RELATOR: DES. AGOSTINHO TEIXEIRA

Ação civil pública. Escritórios de advocacia contratados, sem licitação, para defesa judicial do Município de Niterói. Causas envolvendo disputas sobre a divisão dos *royalties* do petróleo. Sentença que anula os contratos administrativos, mas julga improcedente o pedido de restituição das quantias pagas, porque os serviços foram prestados. Recurso do Ministério Público insistindo no ressarcimento ao erário. Apelados que assumiram o risco de realizar o serviço, mesmo cientes do vício no contrato, decorrente da ausência de licitação prévia. Contratados que contribuíram diretamente para a celebração do negócio jurídico viciado. Ausência de boa-fé. Devolução dos honorários que se impõe. Recurso provido.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de apelação cível **0011356-06.2008.8.19.0002**, em que é apelante **MINISTÉRIO PÚBLICO** e apelados **EMPRESA BRASILEIRA DE CONSULTORIA LTDA. e MENDES COSTA ADVOGADOS ASSOCIADOS**.

ACORDAM, por **unanimidade** de votos, os Desembargadores que compõem a **Décima Terceira Câmara Cível** do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em **dar provimento ao recurso**, nos termos do voto do Relator.



Poder Judiciário do Estado do Rio De Janeiro

RELATÓRIO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ajuizou ação civil pública contra **MUNICÍPIO DE NITERÓI, EMPRESA BRASILEIRA DE CONSULTORIA LTDA. e MENDES COSTA ADVOGADOS ASSOCIADOS**. Afirma que o ente público contratou diretamente os serviços de advocacia do segundo e terceiro réus, sem licitação. Salieta que outros escritórios poderiam ser contratados para a mesma finalidade. Acentua que os serviços não são singulares, o que tornaria exigível a licitação. Pede a anulação dos contratos e a devolução das quantias pagas.

Na contestação, a Empresa Brasileira de Consultoria Ltda., nova denominação do escritório Ramalho Junior Advogados, diz que: 1) em setembro de 2003, por decisão da Agência Nacional de Petróleo, o Município de Niterói passou a beneficiar-se do rateio dos royalties pela exploração de petróleo; 2) insatisfeitos, quatorze municípios prejudicados com essa inclusão ajuizaram ações e obtiveram liminar para suspender a decisão da agência reguladora; 3) em razão dessa urgência, a contestante teria sido contratada diretamente para atuar na causa, por um ano, em dezembro de 2003; 4) em março de 2004, obteve êxito e o contratante voltou a receber os royalties; e 5) recebeu honorários de R\$ 2.676.000,00 (dois milhões, seiscentos e setenta e seis mil reais), quantia equivalente a aproximadamente 8% do benefício econômico auferido.

O outro réu, Mendes Costa Advogados Associados alega que também foi contratado para atuar em uma das ações referentes à repartição dos royalties, tal como o primeiro réu. Menciona que se trata de matéria específica e singular, que reclama conhecimento técnico-jurídico especializado. Defende a inexigibilidade da licitação, em razão de sua notória especialização. Afirma que prestou serviços por quatro anos e recebeu R\$ 6.958.911,42 (seis milhões, novecentos e cinquenta e oito mil, novecentos e onze reais e quarenta e dois centavos), menos de 10% do benefício econômico auferido pelo contratante.



Poder Judiciário do Estado do Rio De Janeiro

A sentença julgou improcedentes os pedidos, porque os contratos já haviam se exaurido e o serviço teria sido prestado. Entendeu o Julgador de 1º grau que, embora não caracterizada a hipótese de inexigibilidade, a devolução dos honorários pagos ensejaria enriquecimento sem causa.

Apela o autor reeditando os seus argumentos.

Contrarrazões em prestígio do julgado.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso, por entender cabível a restituição aos cofres públicos da quantia desembolsada pelo Município.

É o relatório.

VOTO

A licitação, como se sabe, é mecanismo de garantia dos princípios constitucionais da igualdade, impessoalidade, moralidade e eficiência. Além disso, tem por objetivo assegurar que Administração realize julgamento objetivo na busca da proposta que melhor atenda o interesse público. Entretanto, não é um imperativo absoluto. A lei 8.666/93 estabelece exceções, demonstrando que, em certas hipóteses, a realização do certame atenta contra o interesse público, ao invés de promovê-lo.



Poder Judiciário do Estado do Rio De Janeiro

Em boa sede doutrinária, o Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que: “a licitação é dispensável quando existam razões, legalmente previstas, que recomendem ou reconheçam a desnecessidade de competição”¹. Marçal Justen Filho, por sua vez, enfatiza que “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”². Assim, nos casos em que a lei dispensa a realização da licitação, a concorrência até seria possível. No entanto, razões relevantes, e de interesse público, justificam que se deixe de realizá-las, em hipóteses taxativamente previstas em lei.

A inexigibilidade, por sua vez, decorre da *inviabilidade de competição* em razão da *singularidade* do objeto. Além disso, razões fáticas e jurídicas que demonstrem, no caso específico, não ser possível licitar, também justificam o reconhecimento da inexigibilidade da licitação. Daí porque a doutrina, de forma pacífica, reconhece que o rol de causas de inexigibilidade previstos na Lei de Licitações não é exaustivo. Como salienta Gustavo Binenbojm “a *inviabilidade de competição* é conceito relativo e contextual, que se verifica diante das circunstâncias de cada caso concreto, quando a busca da solução mais vantajosa para a Administração não se mostrar possível através do procedimento licitatório. Desse modo, há consenso no sentido de que a enumeração do art. 25 é exemplificativa”³.

Há também a hipótese em que o certame será inexigível quando comprometer o interesse público. Nesse sentido, Carlos Ari Sunfeld salienta que “os leigos muitas vezes imaginam que a inexigibilidade de licitação se caracteriza pela impossibilidade absoluta de qualquer espécie de disputa. Isso é um erro. Tecnicamente, a inexigibilidade ocorre quando é *inviável processar-se uma disputa sem comprometer o interesse público que se visava atender*”⁴.

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 178.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 10ª Ed., São Paulo: Dialética, 2004, PP. 271/272.

³ BINENBOJM, Gustavo. *Inexigibilidade Inominada de Licitação e Princípio da Eficiência*, in: “Temas de Direito Administrativo e Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 343.

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Saneamento básico e sua execução por empresa estadual*, in: Revista Diálogo Jurídico, Ano I, v. I, nº 5, 2001, p. 6.



Poder Judiciário do Estado do Rio De Janeiro

Pelo teor do art. 25 da Lei 8.666/93, “*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*”.

Existem, assim, três requisitos concomitantes a serem preenchidos para a contratação direta: (i) que os serviços sejam técnicos; (ii) tenham natureza singular; e (iii) que o profissional contratado tenha notória especialização. E a própria Lei define, em seu art. 13, quais os serviços são considerados **técnicos**. Confira-se:

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

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - **pareceres**, perícias e avaliações em geral;

III - **assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias**;

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - **patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas**;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico” (grifos nossos).

Mas, como se disse, não basta que os serviços sejam técnicos para que a licitação seja inexigível. É necessário, também, o caráter singular. Como ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro, “*não é para qualquer tipo de contrato que se aplica essa modalidade (inciso II): é apenas para os contratos de prestação de serviços, desde que observados os três requisitos, ou seja, o de tratar-se de um daqueles enumerados no artigo 13, o de ser de natureza singular, e o de ser contratado com profissional notoriamente especializado (...). Não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer, que torna inexigível a licitação (...)*”⁵. Ou seja, um serviço tem natureza singular em razão de suas características e complexidade, a ponto de só poder ser prestado por apenas um profissional, notoriamente especializado.

⁵ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 12ª Ed., 2000, p. 312.



Poder Judiciário do Estado do Rio De Janeiro

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que **“nos termos do art. 13, V c/c art. 25, II, § 1º, da Lei 8.666/1993 é possível a contratação de serviços relativos ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sem procedimento licitatório. Contudo, para tanto, deve haver a notória especialização do prestador de serviço e a singularidade deste. A inexigibilidade é medida de exceção que deve ser interpretada restritivamente”** (Resp 1444874/MG. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 03.02.15).

Em outro julgado, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que **“a especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei 8.666/1993. Ou seja, envolve serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição”** (AgRg no AREsp 585769/CE. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 05.02.15).

Penso que, no caso concreto, os serviços de advocacia não eram singulares, tanto que a Administração utilizou dois escritórios distintos. Isso já demonstra a viabilidade da licitação, pelo menos entre os dois contratados.

A sentença, embora haja reconhecido a nulidade das contratações, julgou improcedentes os pedidos, ao argumento de que os contratos já estavam encerrados e os réus prestaram os serviços (fl. 1.257).

Realmente, de acordo como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de pagar pelos serviços prestados, ressalvadas as hipóteses de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade.



Poder Judiciário do Estado do Rio De Janeiro

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. CONTRATANTE QUE DEU CAUSA À INVALIDAÇÃO DO INSTRUMENTO. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. SÚMULA 83/STJ. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO.

1. O Tribunal a quo, em virtude da nulidade de contrato administrativo celebrado sem realização de procedimento licitatório devido, afastou o dever de indenizar da Administração ao entender que os agravantes deram causa à invalidação do instrumento.

2. **No tocante à levantada contrariedade ao art. 22 da Lei 8906/94 e ao art. 59 da Lei 8666/93, o acórdão recorrido harmoniza-se com a orientação pacífica do STJ de que não há o dever de indenizar por parte da Administração nos casos de ocorrência de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade.** Incidência da Súmula 83/STJ

(...)

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1394161/SC. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16/10/2013 – grifos nossos)

Após detida análise das circunstâncias fáticas que envolveram as contratações, verifico que os recorridos concorreram diretamente para a nulidade, porque atuaram em causas despidas de singularidade. E, como já dito anteriormente, a contratação de dois escritórios de advocacia distintos, por si só, afasta a singularidade exigida. No tocante ao escritório Mendes Costa, o primeiro contrato, firmado pelo prazo de um ano, foi renovado três vezes, o que demonstra a reiteração da conduta.

Como profissionais do Direito, os envolvidos sabiam ou deveriam saber que a licitação era imprescindível. Consequentemente, a nulidade é imputável aos recorridos.

Ainda que se admita a notória especialização dos réus, não seria difícil apontar, apenas no Estado do Rio de Janeiro, diversas outras firmas de advocacia que ostentam similar expertise, igualmente dotadas do requisito legal da notória especialização.



Poder Judiciário do Estado do Rio De Janeiro

Concluo, desse modo, que os apelados assumiram o risco de realizar o serviço, mesmo cientes do vício insanável de origem, decorrente da ausência de licitação. Isso denota a ausência de boa-fé, o que justifica o ressarcimento ao erário.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para condenar os réus a restituírem ao Município de Niterói as quantias recebidas em razão dos contratos anulados, corrigidas desde o pagamento, e acrescidas de juros de 1% ao mês, a contar da citação. Condeno-os, ainda, ao pagamento das custas. Sem honorários sucumbenciais, pois a verba não é devida em favor do Ministério Público.

Rio de Janeiro, 16 de setembro de 2015.

Desembargador AGOSTINHO TEIXEIRA
RELATOR