

CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO NÃO CONFERE LEGITIMIDADE PARA A AÇÃO DE IMPROBIDADE

*Mauro Roberto Gomes de Mattos
Advogado no Rio de Janeiro. Vice
Presidente do Instituto Ibero Americano
de Direito Público – IADP, Membro da
Sociedade Latino-Americana de Direito
do Trabalho e Seguridade Social, Membro
do IFA – Internacional Fiscal
Association. Conselheiro efetivo da
Sociedade Latino-Americana de Direito
do Trabalho e Seguridade Social.*

Tivemos a oportunidade de discorrer sobre a legalidade da contratação direta de advogado¹ sem a obrigatoriedade de licitação.

Isso porque, o advogado desempenha um trabalho singular, onde a sua criação intelectual retira do administrador público a necessidade de promover o certame licitatório para, através do menor preço, escolher qual seria a melhor opção para o serviço público contratar:

“A singularidade dessa prestação de serviços está fincada nos conhecimentos individuais de cada profissional da advocacia, impedindo, portanto, que a aferição da competição seja plena, pois ‘não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas. (...) Vamos mais além por entender que a singularidade do advogado está obviamente interligada à sua capacitação profissional, o que de certa forma inviabiliza o certame licitatório pelo fato de não ser aferido o melhor serviço pelo preço ofertado. Ou, em outras palavras, os profissionais que se destacam nos vários ramos do direito geralmente não competem em processo licitatório por ser totalmente inviável a sua cotação de honorários em face de outras formalizadas por jovens advogados em início de carreira. Não vai nessa afirmação nenhum demérito aos jovens advogados, pois, como sabiamente afirmado por Calamandrei, ‘a juventude nunca é melancólica porque tem o futuro diante dela’.”²

O art. 25 da Lei nº. 8.666/93 estabelece ser “inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial,” nas situações enumeradas em seus incisos.

¹ Mauro Roberto Gomes de Mattos, “Contratação Direta dos Serviços Advocatícios”, in *O Contrato Administrativo*, 2ª ed., Ed. América Jurídica, 2002, p. 512..

² Mauro Roberto Gomes de Mattos, *ob. cit. ant.*, p. 512.

Ora, as hipóteses previstas nos aludidos incisos não são taxativas (exaustivas), como afirmado pelo Min. Bugarin³ do TCU:

“Verifica-se, dessa forma, que o elenco de situações previstas nos incisos do referido dispositivo, não é exaustivo, mas apenas exemplificativo, sendo inexigível a licitação também quando se configurar qualquer outra hipótese em que seja inviável a competição, consoante estabelece o *caput* do artigo. E isto ocorre no caso em questão, onde, conforme acima se demonstrou, não existe a possibilidade de competição em virtude das características peculiares de que se revestiam as contratações.”

Os princípios vetores da contratação do advogado devem ser considerados para a contratação dos serviços sem a obrigatoriedade do processo licitatório.

A capacidade do advogado não poderá ser avaliada no processo licitatório, conforme posicionamento de Roberto Dromi:⁴

“Exceptuase también de la licitación publica la contratación en la que resulta determinante la capacidad...”

Sayagués Laso⁵ também sentencia:

“Resulta imposible la comparación de obras científicas o de arte, para optar por la de precio mas bajo, y aun mismo el determinarse en función del costo, que esta materia es elemento completamente secundario.”

A singularidade (capacidade intelectual) da prestação do serviço do advogado, por si só, justifica a ausência de competição, bem como da pré-qualificação também, pois o preço da contratação não é fator crucial que direciona a melhor contratação para o ente público.

Contratando diretamente o advogado não estará a autoridade administrativa cometendo infrações, e nem agindo no vácuo da lei, visto que a Lei nº. 8.666/93 não impede a aludida tomada de posição, devendo apenas o administrador justificar a escolha dentro de uma razoabilidade.

Ao agir de tal forma, não será transgredida a lei licitante, pois o serviço jurídico a ser prestado será correspondente à necessidade do tomador do serviço, que não pode se desvincular da finalidade legal.

³ TCU, Processo nº. 022.225/92-7.

⁴ Roberto Dromi, *Licitaciones Públicas*, 2ª ed., 1995, Buenos Aires, p. 147.

⁵ Sayagués Laso, *La Licitación Pública*, 1ª ed., Ed. Acali, Montevideo, 1978, p. 74.

Possuindo o advogado qualificação especial, oriunda da sua própria lei, a licitação para a escolha do melhor serviço deverá ser afastada, pelo fato do processo licitatório, na espécie, não se afigurar como a melhor opção à finalidade pública.

Isto porque não se busca, na contratação do advogado, o menor preço para a realização do serviço e, sim, o resultado da atuação do mesmo. É o resultado da forma ágil de consegui-lo que caracteriza também a singularidade da prestação do serviço pelo profissional eleito:

“Não é a lei que a torna inexigível; é a própria natureza do objeto que impõe tal solução, também reservada para os casos em que uma única pessoa possa atender às necessidades do Administrador.”⁶

Por outra vertente, como já enaltecido, o art. 25 da Lei nº. 8.666/93, ao enumerar os casos de inexigibilidade de competição, pela inviabilidade de competição, deixou assente que os trabalhos intelectuais como o declinado no presente caso, ficam fora a regra geral de competição, sendo lícito ao administrador agir movido pela discricionariedade, visando, única e exclusivamente o interesse público.

A guisa de ilustração, nunca é demais lembrar o que vem descrito no art. 13, V, da Lei de Licitações para se ter a certeza, com toda veemência, de que o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas é um serviço técnico profissional especializado:

“Art. 13 – Para fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.”

Sendo um trabalho técnico especializado, o inc. II do art. 25, em letras garrafais, contempla a inexigibilidade de licitação, à exceção de serviços de publicidade e divulgação, *litteris*:

“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;”

Feita a presente radiografia legal, pode-se afirmar, com toda certeza, que os serviços técnicos profissionais especializados relativos a patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas dos advogados, independentemente de suas qualificações pessoais, possui natureza singular, pelo fato da notória especialização que a profissão em questão exige.

⁶ Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 3, tomo III, Saraiva, 1992, p. 2.

A intelectualidade do advogado, independe da sua inscrição na OAB, não se vincula a qualquer rótulo, tendo em vista que a advocacia é um estado permanente de criação intelectual.

Mais uma vez abrimos parênteses para registrar nossa ótica⁷ proferida em outro trabalho que se encaixa perfeitamente no presente contexto:

“Neste último aspecto, entendemos que a notória especialização, para efeito de exonerar a administração de prévia licitação, para a contratação dos serviços, tem como critério básico o perfil da profissão da advocacia e a intelectualidade do prestador de serviços, na forma do § 1º do art. 25 da Lei nº. 8.666/93.

É humanamente impossível dimensionar-se qual é o melhor advogado do Brasil (se é que é possível tal rótulo) em virtude da complexidade jurídica que o caso comporta, bastando o advogado possuir alto grau de especialização.”

Para coroar o que foi dito, nada melhor do que trazer à tona precioso e importante julgado do STF,⁸ que ao pronunciar-se sobre a contratação de advogado sem processo licitatório, em submissão à natureza do trabalho a ser prestado pelo profissional, considerou como lícita a dispensa do certame:

“Penal. Processual Penal. Ação Penal: trancamento. Advogado: Contratação. Dispensa de Licitação.

I – Contratação de advogado para defesa de interesses do Estado nos Tribunais Superiores: dispensa de licitação, tendo em vista a natureza do trabalho a ser prestado. Inocorrência, no caso de dolo e de apropriação do patrimônio público. II – concessão de *habeas corpus* de ofício para o fim de ser trancada a ação penal.”

O sempre arguto e competente Min. Velloso deixou consignado, na relatoria do julgado multicitado, que o trabalho intelectual do advogado é impossível de ser aferido mediante processo licitatório, descartando a hipótese do preço mais baixo ser a melhor opção para o tomador do serviço. Pela peculiaridade da prestação de serviço do advogado, assim disse o ilustre julgador:

“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 contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O

⁷ Mauro Roberto Gomes de Mattos, *O Contrato Administrativo*, 2ª ed., cit. ant., p. 530.

⁸ STF, RHC nº. 72830-RO, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª t., DJ de 16/2/96, p. 2.999.

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*.

Figurando como *custus legis*, o próprio Ministério Público no multicitado julgamento opinou pela falta de dolo de apropriação do patrimônio público, consoante registro do citado voto condutor do aresto declinado:

“As duas, porque as irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas que ‘não chegaram a tipificar conduta delituosa’, bem registra o Ministério Público Federal, que acrescenta inexistir, no caso, ‘dolo de apropriação do patrimônio público’. É que, conforme acima foi acentuado, o contrato é daqueles que dispensa a licitação. E, ademais, ‘os honorários foram modicamente arbitrados e os serviços de advocacia efetivamente prestados’, serviços que resultaram em benefício do Estado.”

Com o mesmo brilho, segue o voto do eminente Min. Maurício Corrêa:

“Vieram novas eleições; novo Governador é eleito e começa a caça às bruxas. Instaura-se ação penal contra o então Procurador-Geral do Estado e o ex-Governador. No Tribunal *a quo* exclui-se da ação penal o ex-Governador e se determina a continuação da ação penal contra o paciente a ser processada e julgada por um juiz de primeiro grau, sem o foro por prerrogativa de função, que não detém.

Por que? Porque teve o cuidado e a preocupação de contratar advogado em Brasília para defender o Estado, e como assinala o próprio Subprocurador-Geral, Dr. Paulo Sollberg, estipulando-se honorários módicos. Evidentemente que se trata de pequena e atroz perseguição.

Onde está o crime? E que crime cometeu?

Este, a meu ver, é um caso típico de concessão de *habeas corpus* de ofício.

Sr. Presidente, voto no sentido da concessão de ofício do *habeas corpus*, para o fim de trancar a ação penal, por absoluta falta de justa causa. Acompanho o e. Relator *in totum*, na linha de suas razões.”

Extrai-se do v. acórdão as seguintes conclusões: *a)* O STF julgou lícita a contratação de advogado sem processo de licitação; *b)* ao referendar a dita contratação, procurou o Ministro Relator enaltecer a singularidade da prestação de serviço intelectual ministrada pelos advogados; *c)* por ser personalíssima tal prestação de serviço, entendeu aquela Corte ser inviável a competição; *d)* afastou o dolo ou o prejuízo ao patrimônio público.

Este julgado representa preciso precedente, pelo fato de ter sido construído pela Suprema Corte que, como guardiã da Constituição, deixou cristalinamente fixado que a contratação direta de advogados, sem a realização de processo licitatório, não agride o art. 37, XXI, da CF.

Retira também o presente julgado a possibilidade de se ventilar o dolo ou prejuízo ao patrimônio público quando implementada a contratação direta do advogado.

Ao retirar esse requisito que está abrigado na lei de improbidade administrativa, não existe a menor possibilidade de se enquadrar o advogado ou o administrador público nas hipóteses combatidas pelo comando legal citado. Em razão da Suprema Corte ter deixado bem nítida a legalidade da contratação direta do advogado, descaracterizando a figura do crime de fraude à licitação, com a retirada de dolo ou do prejuízo ao patrimônio público. Pelo contrário, procurou a maior Corte do país enaltecer a importância da defesa do Estado feita pelo advogado contratado.

O Poder Público, quando necessitar, possui a obrigação de contratar profissionais habilitados e com um curriculum digno da contratação, em homenagem a proeminência do interesse público.

Assim, não sendo vislumbrado crime ou prejuízo para o erário, como subsistir ação de improbidade administrativa para combater contratação direta admitida pela lei, jurisprudência e boa parte da doutrina?

Entendemos que falta tipicidade para o enquadramento na lei de improbidade administrativa quando é implementada à contratação direta de advogado por parte do ente de direito público.

O particular (advogado) fica excluído do contexto do art. 3º da Lei nº. 8.429/92, por não ser encontrada a menor possibilidade de cometimento do ato de improbidade administrativa, a saber:

- a contratação de advogado não induz ou concorre para a prática do ato de improbidade;
- o advogado não se beneficia de qualquer ilícito, direto ou indireto, pois recebe a sua remuneração pelo fruto de seu trabalho; e
- o STF afastou o dolo e o prejuízo do erário pela contratação direta do advogado.

Fora do contexto do art. 3º da Lei 8.429/92, o advogado (particular) retira também o responsável pela sua contratação do aludido contexto, visto que através da relação *intuitu personae* buscou no profissional eleito a melhor opção para o ente público, sem a caracterização de prejuízo ao patrimônio público.

E o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, também já teve a oportunidade de deixar registrado, através do autorizado posicionamento do Des. Sérgio Cavalieri Filho,⁹

⁹ TJRJ, Ap. Cível nº. 6.648/96, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho julgado em 07.01.97, ementário 07/97, nº. 4, p. 2.665/2.669.

que é inexigível a licitação para contratação de advogado, por caracterizar-se como uma relação *intuitu personae*:

“Licitação. Prestação de serviços de advocacia especializada. Inexigibilidade. É inexigível a licitação para contratação de serviços técnicos de natureza singular, prestados por profissionais de notória especialização. Serviços singulares são aqueles que apresentam características tais que inviabilizam, ou pelo menos dificultam, a sua comparação com outros, notória especialização tem o profissional que, sem ser o único, destaca-se entre os demais da mesma área de atuação. Preenche tais requisitos a prestação de serviços de advocacia junto aos Tribunais Superiores prestados por profissionais de notório saber jurídico e larga experiência na área do Direito Público, na defesa de causa de grande valor patrimonial para a Administração Municipal. Não se pode perder de vista, por outro lado, que o mandato é contrato *intuitu personae*, onde o elemento confiança é essencial, o que torna incompatível com a licitação. Ação popular. Ônus da sucumbência. No caso de improcedência da ação, fica o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, consoante preceito constitucional. Provimento parcial do recurso.”

Contudo, para arrematar, se extrai firme julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª a Região, que, em conformidade com que foi deliberado pelo STF, enquadrou como lícita a contratação de advogado diretamente, por ser uma das exceções do estipulado pelo art. 37, XXI, da CF :

"Constitucional. Administrativo. Contratação de advogados. Renúncia: impossibilidade. Ausência de licitação: legalidade. Art. 37, XXI, CF/88. Honorários. Interesse da União. I. Não há falar-se em renúncia ao direito em que se funda a demanda, vez que a ação popular visa amparar interesses da coletividade. II. O princípio constitucional acerca da obrigatoriedade de licitar imposta à Administração Pública (art. 37, XXI) comporta exceções, destacando-se a hipótese de contratação de profissionais com notória especialidade, não havendo, portanto, ilegalidade no contrato administrativo. III. Honorários bem arbitrados considerando-se a complexidade da causa. IV. Constatado o interesse da União, mormente quando seus agentes estão sendo acionados em razão de atuação firme em demanda administrativa, onde evitaram que o erário viesse a sofrer prejuízos com a manutenção de concessão considerada inoportuna e prejudicial aos interesses da armada. V. Apelações dos réus e da União providas. VI. Recurso adesivo não conhecido por intempestividade."¹⁰

¹⁰ AC. nº. 96.01.14253-3/DF, ReI. Juiz Cândido Ribeiro, TRF-1ª Região, 3ª Turma, DJ 14.11.97, p. 97.150.

Portanto, encontrando eco na jurisprudência e na própria lei de licitações, não há que se falar em improbidade administrativa do advogado contratado diretamente e nem do administrador público que lhe confiou importante e indelegável missão de bem servir à coletividade e ao Estado.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO DETECTOU QUE A CONTRATAÇÃO PELO MENOR PREÇO DO ADVOGADO, APÓS O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO TROUXE PARA O ESTADO SÉRIOS E GRAVES PREJUÍZOS.

Não bastassem todas as colocações técnicas/jurídicas que contemplam a contratação direta do advogado, agrega-se mais um fato de importância ímpar, que é o prejuízo sofrido pela União, que ao contratar profissionais do direito, após o critério de menor preço, teve que amargar condenações pesadas.

Isso porque, antes da criação da AGU (Advocacia Geral da União), o Governo Federal necessitou contratar temporariamente advogados, pelo grande fluxo de ações que lhe era endereçado e pela falta de procuradores capazes de dar conta de tamanho volume.

Pois bem, seguindo a esteira de alguns autores e da minoritária jurisprudência, a Consultoria Geral da República baixou a Exposição de Motivos nº. 2, de 25/11/92, que ficou assim ementada:

“Proposta para tornar obrigatória a contratação, por parte do Banco Central do Brasil – BACEN, das empresas públicas, sociedades de economia mista, nas subsidiárias e demais empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União, de empresas prestadoras de serviços técnicos profissionais de natureza jurídica especializadas na área trabalhista, para fins de defesa, até a última instância, de interesses em Juízo, quando reclamam em ações individuais, plúrimas ou coletivas na Justiça do Trabalho sempre que houver possibilidade de conflito de interesse da parte dos quadros jurídicos próprios.”

Ao ser colocada no cenário administrativo federal, a EM nº. CGR 2/92, estipulou que “a contratação das pessoas jurídicas prestadoras dos referidos serviços deverá ser sempre precedida de licitação.”

Pensando em melhor servir à coletividade, a citada Exposição de Motivos determinou que os advogados se submetessem ao certame licitatório, no intuito de ser escolhido o serviço jurídico de menor preço.

O resultado do serviço, como não poderia deixar de ser, se tornou ineficaz, pois não precisa ser vidente para imaginar que os bons profissionais ficam alijados de concorrerem com preços predatórios, eleitos por iniciantes ou advogados que não possuem clientela fixa.

Em razão dos sérios prejuízos causados ao erário público, a AGU foi obrigada a reformular o entendimento anterior da extinta Consultoria Geral da República, baixando o Parecer nº. GQ-77, deixando evidente que:

“À vista de notícias, que dirigentes de organizações estatais fizeram chegar ao meu conhecimento, a providência sugerida na Exposição de Motivos antes citada resultou ineficaz posto que o patrocínio judicial foi confiado, em decorrência de licitações decididas pelo critério de menor preço, a profissionais ou escritórios de advocacia de talvez insuficiente preparo e experiência.”

Adiante, informa o parecerista da AGU que a contratação direta de advogados despreparados trouxe prejuízos da ordem de bilhão de dólares norte-americanos:

“O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos da Administração Federal considera serviços técnico-profissionais especializados os trabalhos relativos ao patrocínio ou à defesa de causas judiciais ou administrativas (art. 134, do Decreto-Lei nº. 2.300, de 1986), para admitir a inexigibilidade do procedimento licitatório quando esses serviços, de natureza singular, sejam confiados a profissionais ou à empresas de notória especialização (art. 23. II, c/c parágrafo único do art. 12 do D.L. citado).

De outro lado, a insuficiência técnica do patrocínio judicial, segundo ainda as notícias que nos chegam, têm conduzido a sucumbência de extraordinário valor, em algumas entidades alcançando o correspondente a bilhão de dólares norte-americanos tão grave e dramática é a situação, que não resultaria inadequado o apelo também à regra de dispensa de licitação (art. 22, IV, do Decreto-Lei nº. 2.300, de 1986).”

Ficou invencivelmente comprovado pela Advocacia Geral da União que a licitação de menor preço para a escolha do serviço jurídico adequado não se revela como a melhor opção.

Pelo contrário, revelou-se a contratação de advogado pelo certame licitatório como um verdadeiro atentado às finanças públicas, com graves e sérias condenações, onde a União teve que desembolsar verdadeiras fortunas por ter sido defendida por profissionais selecionados pelo critério de menor preço. É o que na gíria se diz: “O barato sai caro”.

Extrai-se, por fim, que os que defendem a licitação para contratação, pelo menor preço, de serviço jurídico, deveriam ser enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, por colocar o ente público exposto à condenações exageradas por falta de conhecimento jurídico do profissional eleito para a defesa da causa pública.

Não se admite, em hipótese alguma, que o Poder Público seja torpedeado por “falsos moralistas” que, em detrimento da eficiência (art. 37 da CF) defendam a contratação mais barata como forma de selecionar o melhor ou mais gabanitado profissional do direito para a defesa de importante causa jurídica de interesse público.

Ficou sepultado esse intempestivo procedimento, em razão do menor preço na contratação do advogado, na maioria dos casos se revelar como um dos piores caminhos a serem traçados.

CONCLUSÃO

Portanto, não cabe ação de improbidade administrativa para os casos em que, em nome do interesse público, o administrador opta pela contratação direta do advogado, sem o processo licitatório.

Rio de Janeiro, 19 de novembro de 2002

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS