

Contratação de Serviços Advocatícios para Defesa de Gestores Públicos

Bruno Santos Cunha

Procurador do Município do Recife
Ex-professor da Universidade Federal de Santa Catarina
Advogado e Professor Universitário.

Resumo: O presente estudo tem o objetivo de analisar as circunstâncias e condicionantes inerentes à contratação, mediante inexigibilidade de licitação, de serviços advocatícios para defesa de gestores públicos. Para tal, é necessário demonstrar as peculiaridades e requisitos do procedimento de inexigibilidade de licitação fundado no art. 13, V, e 25, II, da Lei Federal n. 8.666/93.

1. Introdução

Preliminarmente, há de se dizer que a contratação de advogados (serviços advocatícios), por ente público, para a defesa pessoal de gestores públicos é tema que, a par da larga utilização em tempos atuais, é cercado de polêmicas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Assim, é necessário discorrer de forma pormenorizada sobre o mesmo, a fim de dirimir eventuais dúvidas que possam subsistir. Passa-se, pois, à explanação da temática.

2. A Contratação de Serviços Advocatícios por Entes Públicos

Em princípio, vale notar que a opção preferencial para a execução dos serviços advocatícios no âmbito dos entes públicos em casos que tais deve ser a da utilização de quadro efetivo próprio de advogados, eis que a manutenção de advogados contratados permanentemente, sob vínculo trabalhista ou estatutário, é solução capaz de fulminar as necessidades de consultoria jurídica e representação judicial do ente – ao menos nos casos de natureza não excepcional. É que, por certo, “é extremamente problemático obter atuação satisfatória de um advogado que não conhece o passado da instituição e desconhece a origem dos problemas enfrentados. A terceirização dos

serviços advocatícios representa um grande risco para a atuação eficiente da Administração Pública” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 361).

Todo modo, é nítido que, no mais das vezes, os órgãos jurídicos internos – *Procuradorias* – não detêm, por determinação legal, atribuição específica para a defesa pessoal dos gestores públicos eventualmente denunciados em ações penais ou por atos de improbidade administrativa, estando sua atuação vinculada à defesa do interesse público inerente ao atuar estatal, em estrita observância à legalidade administrativa. Assim, pela falta de tal atribuição – ou, em sentido atécnico, por *incompetência* – nem mesmo a eventual existência de vínculo direto entre a atividade pública dos gestores e a pretensão denúncia ministerial poderia ensejar a defesa dos mesmos pelo órgão jurídico do ente estatal; tal aferição serviria, tão somente, para se vislumbrar a possibilidade de contratação de advogado não pertencente aos quadros do ente, eis que inequívoco, em casos tais, o interesse público subjacente à contratação.

De fato, tal contratação resta viável no momento em que seja possível aferir uma conexão entre a atividade político administrativa dos gestores e o fato discutido em juízo, ainda que tal nexo deva ser sopesado ante uma concepção muito mais política do que jurídica. Assim, em que pese a discussão que daí possa surgir, não se pode antever como ilegal ou irregular a intenção de contratação de defensores para os gestores, eis que, como já dito, é possível, a partir de um viés notadamente político, conceber um elo plausível entre a atuação dos gestores, o interesse do ente estatal e a futura contratação dos serviços advocatícios, mormente quando alinhados à implementação de políticas galgadas no interesse público.

De qualquer forma, o que se tem é que não cabe reprovar – de plano e de forma generalizada – a decisão administrativa de promover a terceirização dos serviços advocatícios em tais casos, eis que, no dizer de Marçal Justen Filho, “ainda se a entidade administrativa mantiver um corpo permanente de advogados, poderá haver hipóteses anômalas de contratação de serviços de advogados autônomos” (Justen Filho, 2009, p.361). Como consectário, bom anotar que o primeiro requisito – tido como extrínseco à contratação pretendida de serviços advocatícios – é o já citado liame jurídico político entre a conduta do gestor e, em última análise, o interesse público, capaz de

ensejar e justificar o manejo de recursos públicos em tais contratações.

Assim, o que resta é que a grande questão a ser enfrentada é a das condicionantes intrínsecas de tal contratação, de forma a trazê-la para o âmbito da legalidade, principalmente quando a solução alviada passa pela contratação mediante licitação inexigível, nos termos dos arts. 13, V e 25, II da Lei 8.666/93.

3. A Contratação Direta e sua Fundamentação

De início, vê-se que tal espécie de contratação – serviços advocatícios – no mais das vezes, é operada com fundamento no instituto da contratação direta, isto é, mediante procedimento em que o trâmite licitatório ordinário e formal é suplantado por procedimento específico regulado em lei. De fato – e em que pese a divergência acerca da figura da licitação dispensada – a lei de regência e a doutrina trazem, como espécies do gênero *contratação direta*, as figuras da licitação dispensável e da licitação inexigível, reguladas, precípua e respectivamente, pelos artigos 24 e 25 da Lei Federal n. 8.666/93.

No caso em análise, vislumbra-se, na grande maioria das vezes, a incidência do instituto da licitação inexigível, com respeitado embasamento teórico-doutrinário e sem maiores diferenciações ou requisitos em relação a outros objetos a serem contratados mediante tal procedimento. No entanto, é de se dizer, por ora, que tal fundamentação e repercussão – combatidas nesse estudo – não devem prosperar, ensejando uma distinta visão sobre a questão, a ser agora apresentada em suas nuances específicas.

Nesse tocante, dispõe o art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93, que, em suma, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, trazendo em seus incisos hipóteses meramente exemplificativas nas quais se presume tal inviabilidade. Assim, caracterizam-se como situações de inexigibilidade todas aquelas passíveis de se amoldar diretamente à previsão genérica contida no aludido dispositivo, independentemente de previsão legal específica e expressa. Tal é a comprovação do exposto que o Tribunal de Contas da União já se posicionou nesse sentido:

As hipóteses de inexigibilidade relacionadas na Lei n. 8.666/93 não são exaustivas, sendo possível a contratação com base no caput do art. 25 sempre que houver comprovada inviabilidade de competição. (TCU – Acórdão 2.418/20006, Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer – 12 de dezembro de 2006).

No caso específico a que ora se alude, tem-se uma hipótese de licitação inexigível com lastro no inciso II do art. 25 da Lei 8.666/93, que assim 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;

No ponto, é grande a discussão acerca das formalidades inerentes à tal contratação, havendo opiniões balizadas e de escol que apontam para diversas possibilidades, o que, por certo, demonstra a incerteza que paira sobre o tema. De toda sorte, inúmeros são os precedentes tanto nos Tribunais Jurisdicionais (STF e STJ, sobretudo) como nas Cortes de Contas (mormente no TCU) – ora contrários, ora favoráveis, a depender das peculiaridades do caso – restando, por conseguinte, as seguintes ilações.

O primeiro ponto a ser debatido é que a regra da licitação não deve ser afastada de plano em tal espécie de contratação, ainda que se tenha por objeto um serviço nitidamente especial como o advocatício. Nesse tocante, Lucas Rocha Furtado – Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União – bem explica:

A contratação de advogados para patrocínio de causas judiciais ou administrativas, como visto, depende de prévia licitação. Essa é a regra a ser

seguida. Porém, se se tratar de causa judicial tão cheia de particularidades que apenas determinado profissional ou escritório, em face de sua notória especialização, teria condições de defender a Administração, a contratação sem licitação seria justificada.

Vê-se que a jurisprudência do TCU tem reiteradamente afirmado a possibilidade de contratação direta de advogado de notório saber quando a situação assim exige, ainda que o órgão ou a entidade possua quadro próprio de advogados. [...]

Lembramos, mais uma vez, que a regra é a obrigatoriedade da licitação; a exceção, a contratação sem licitação. Assim, a contratação de qualquer serviço, inclusive dos indicados no art. 13, deve ser precedida da devida licitação. Situações excepcionais, e muito bem motivadas, permitem, no entanto, em caráter excepcional, a contratação sem licitação, conforme examinamos acima (Furtado, 2009, p. 103-104).

Em suma, tem-se que a contratação de serviços advocatícios (serviços técnicos) sem licitação depende, portanto, das seguintes condições: a) enumeração do serviço no dispositivo legal – art. 13, incisos; b) sua natureza singular, isto é, não basta estar enumerado no art. 13, sendo necessário que o serviço se torne único devido à sua complexidade e relevância; c) a notória especialização do profissional (art. 25, §1º); d) decorrente inviabilidade de competição.

Nessa esteira, vale apontar algumas decisões elucidativas lavradas ora pelo TCU, ora pelo STJ, que trazem, em seu inteiro teor, as seguintes considerações:

Os pressupostos para a contratação direta de um serviço com inexigibilidade de licitação, com base no referido dispositivo legal, são os seguintes (conforme a Decisão n.º 427/99-TCU-Plenário, DOU de 19.07.99, exarada no TC - 001.347/1998-5, relatado pelo Exmo. Sr. Minis-

tro Marcos Vilaça, e a Decisão n.º 154/99-TCU-2ª Câmara, DOU de 12.07.99, proferida no TC - 013.733/1997-4, relatado pelo Exmo. Sr. Ministro Benjamin Zymler): a) presença do serviço na relação contida no art. 13 do mencionado diploma legal; b) natureza singular do serviço; c) notória especialização do contratado na execução de serviços da mesma espécie; e d) inviabilidade de competição. (TCU – Acórdão n. 342/2007 – Primeira Câmara – Relator Ministro Marcos Bemquerer).

A contratação de serviços técnicos (caso dos autos) sem licitação, depende, portanto, de três condições: 1) a enumeração do serviço no dispositivo legal supracitado (art. 13); 2) sua natureza singular, isto é, não basta estar enumerado no art. 13 da Lei 8.666/93, sendo necessário que o serviço se torne único devido à sua complexidade e relevância; e 3) a notória especialização do profissional (conforme disposto no § 1º do art. 25 acima transcrito). Assim, não é qualquer serviço descrito no art. 13 da Lei 8.666/93 que torna inexigível a licitação, mas aquele de natureza singular, que exige a contratação de profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa. (STJ – RESP 513747/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28/10/2003, DJ 01/12/2003 p. 395).

No mesmo patamar – e ilustrando cabalmente o que até aqui aludido –, veja-se o disposto no bojo do RESP 436.869/SP:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS, MAS NÃO SINGULARES. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. DISPENSA.

1. Os serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/93, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa.

2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos à ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados – em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade – que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação.

3. Recurso especial não provido.

(RESP 436.869/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 01/02/2006 p. 477).

Resta claro, assim, o rol de condicionantes a que se submete tal espécie de contratação direta, alertando-se para a necessidade que tais requisitos sejam aferidos pelo órgão jurídico do ente contratante no momento em que aprecia a juridicidade de todo o procedimento a ele submetido. O que se tem, assim, é uma série de requisitos que devem coexistir para que a contratação direta, pela via da licitação inexigível, seja plausível. Não se pode, pois, relegar a um segundo plano tais aspectos de ordem formal, sob pena de fulminar todo o escopo principiológico inerente às contratações manejadas por entes públicos, na tutela mais efetiva possível do erário.

De fato, caso não restem preenchidas tais formalidades autorizantes da contratação direta, necessário que o trâmite da contratação seja trilhado pelas vias ordinárias, obedecendo-se ao processo regular licitatório, fundamentando-se o certame de acordo com as peculiaridades do caso, ou seja, a modalidade licitatória há de ser escolhida, em suma, em função da perspectiva de dispêndio financeiro acerca do objeto, de forma a garantir o amplo acesso aos interessa-

dos que comprovadamente cumprirem os requisitos e padrões mínimos de especialização para a contratação.

4. As Posições Divergentes

Todo modo – e em homenagem ao princípio dialético –, importante frisar a existência de posicionamentos contrários ao até aqui explanado, também como forma de prestigiar o debate hermenêutico – ainda que não sejam essas as correntes interpretativas às quais se filia o presente estudo.

Em um primeiro ponto, ressalta-se a posição da ANPM (Associação Nacional dos Procuradores Municipais), manifestada por meio de Enunciado no I Congresso da Advocacia Pública no Espírito Santo, em 4 e 5 de junho de 2009. Tal posição se mostra frontalmente avessa à contratação de serviços advocatícios para a defesa de gestores (agentes políticos). Eis o enunciado formatado naquela oportunidade:

É ilegal a contratação, pelo ente público, de advogado para a defesa de atos praticados por agentes políticos.¹

Em um segundo ponto e no sentido da inviável competição e possível contratação mediante licitação inexigível, válido apontar a posição do Conselho Federal da OAB, da lavra do então conselheiro federal da entidade pelo Ceará, Jorge Hélio Chaves de Oliveira – com a qual discorda-se, com a devida vênia –, segundo o qual a confiança a ser depositada no profissional da Advocacia, dentre outros aspectos, limitaria a já aludida competição e abriria as portas para a contratação direta por inexigibilidade, *a despeito de outros requisitos específicos*. Eis a notícia no sítio do Conselho Federal da OAB acerca do tema:

¹ Disponível em
<http://www.oabes.org.br/arquivos/documentos/enunciadocapes.pdf>. Acesso em 20/7/2010.

Administração pública não precisa de licitação para contratar advogado

Brasília, 09/12/2008 - Não se exige qualquer processo licitatório para a contratação de serviços profissionais de natureza advocatícia por parte de órgãos e agentes da administração pública, devendo esta função ser exercida tão somente por advogados habilitados. O entendimento foi ratificado durante sessão plenária do Pleno da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que examinou a matéria com base no voto do relator, o conselheiro federal da entidade pelo Ceará, Jorge Hélio Chaves de Oliveira, aprovado à unanimidade.

Para decidir nessa direção, o conselheiro federal da OAB destacou, principalmente, a natureza singular da prestação de serviços profissionais na área advocatícia. Citou parecer já aprovado do exconselheiro Sérgio Ferraz, que afirmou se tratar de trabalho intelectual de alta especialização, "impossível de ser aferido em termos de preço mais baixo".

O relator citou, ainda, recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de habeas corpus (HC 86198-9-PR), tendo como relator o ministro aposentado Sepúlveda Pertence, segundo o qual "a presença de requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, permite concluir pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia". O ministro afirmou ainda: "se for para disputar preço, parece de todo incompatível com as limitações éticas e mesmo legais que a disciplina e a tradição da advocacia trazem para o profissional".

O relator afirmou também em seu voto que não cabe falar em competição no caso em questão. "O Código de Ética e Disciplina da OAB veda expressamente qualquer procedimento de mercantilização da atividade advocatícia", afirmou

Jorge Hélio Chaves de Oliveira. A proposta foi examinada a pedido do secretário-adjunto do Conselho Federal da OAB, Alberto Zacharias Toron e de outros interessados.²

Bem de ver, ademais, que o próprio STF e TCU já enfrentaram, por mais de uma vez, a questão da confiabilidade no causídico por parte do contratante. O que se extrai da presente posição é que a já referida confiança obstará uma possível seleção entre uma pluralidade de advogados notadamente capazes de prestar o serviço, mormente em face de um “vínculo diferencial de confiança na pessoa do advogado como indispensável para o desempenho satisfatório da atuação profissional” (Justen Filho, 2009, p. 365).

Como dito, há posição nesse sentido inclusive no STF, em voto do Ministro Eros Grau no Recurso Extraordinário n. 466.705/SP, vejamos:

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 contrato. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo.

Vale dizer: nesses casos, o requisito da confiança da Administração em que 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 do ‘trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do

² Notícia disponibilizada no sítio do Conselho Federal da OAB: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=15466>, acessada em 20/2/2010.

contrato (cf. o parágrafo 1º do art. 25 da Lei n. 8.666/933). Ademais, a licitação desatenderia ao interesse público na medida em que sujeitaria a Administração a contratar com quem, embora vencedor da licitação, segundo a ponderação de critérios objetivos, dela não merecesse o mais elevado grau de confiança. (Voto do Ministro Eros Grau – RE 466.705, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 14/3/06, DJ 28/4/06).

Em que pese tal constatação, vê-se que a confiança no profissional escolhido para se justificar a contratação não pode ser tida, de *per si*, como fundamento ensejador da contratação direta. Diante desse ponto, é nítido que a contratação mediante licitação inexigível deveria se amoldar a todos os requisitos anteriormente expostos; seja o requisito extrínseco – sobretudo com o cotejamento entre a atuação política do gestor e o interesse público a ser tutelado, conforme já mencionado anteriormente –, ou os intrínsecos, conforme mencionado anteriormente.

5. Conclusão

De acordo com o que foi tratado, tem-se que a contratação de serviços advocatícios por entes públicos não é de todo fulminada, restando tal viabilidade condicionada, inicialmente, a um primeiro fator extrínseco, qual seja: a configuração, a partir de um viés político-jurídico, de um elo plausível entre a atuação dos gestores, o interesse do ente estatal e a futura contratação dos serviços advocatícios, mormente quando alinhados à implementação de políticas galgadas no interesse público.

Demais disso – e a partir da configuração do cenário acima exposto – necessário que a contratação direta leve em conta os seguintes condicionamentos – tidos, também, como requisitos intrínsecos da contratação – a saber:

1) enumeração do serviço no dispositivo legal – art. 13, incisos – o serviço pretendido deve se enquadrar no rol do art. 13. No caso,

tal é notório, vez que o patrocínio ou defesa de causa judicial ou administrativa consta expressamente do inciso V do artigo mencionado. Assim – e ao menos em tese – possível seria a sua contratação.

2) sua natureza singular, isto é, não basta estar enumerado no art. 13, sendo necessário que o serviço se torne único devido à sua complexidade e relevância – no ponto, somente a singularidade do caso decorrente de denúncia ministerial ou afim é que poder ensejar uma contratação específica de profissional, sobretudo ante a notória pluralidade de profissionais capazes de prestar o serviço em termos ordinários.

3) a notória especialização do profissional (art. 25, §1º) – a notória especialização do profissional há de ser configurada, nos termos do art. 25, §1º, de forma a excluir outras alternativas eventualmente possíveis de contratação, denotando como única viável aquela alvitrada em face da unicidade do serviço pretendido.

4) decorrente inviabilidade de competição – como consecutivo lógico dos itens acima mencionados.

Referências

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2009.

FURTADO, L. R. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, M.. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, R. C. L. de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2009.