

Contratação de advogado pela Administração Pública

O lançamento da nova revista eletrônica pelo Conselho Federal da OAB incentiva abordar-se tema que diz respeito à problemática, já tantas vezes objeto de atuação e enfrentamento pela nossa corporação em defesa da advocacia, quando infelizmente atingida no exercício da sua atividade por equivocado tratamento sobre a prestação de serviços profissionais para a administração pública, com inexigibilidade de licitação. Esse tema cresce de importância e de preocupante significação quando se denota, como se tem verificado nos últimos tempos, uma avassalante ação do Ministério Público questionando essa forma de contratação, e criando sério problema para o Estado e para a defesa dos seus interesses e direitos, ao mesmo passo em que acaba atingindo o legítimo exercício dos serviços profissionais da advocacia. Em alguns Estados, tal situação tem colocado importantes segmentos da área jurídica em indesejável confronto, dada a ação exacerbada do Ministério Público na interpretação distorcida de hipóteses previstas na lei, que autorizam a contratação questionada.

Tal situação acaba desbordando para outros debates, que o bom senso aconselha evitar-se. Recentes episódios, de ampla divulgação pela imprensa, de profundas divergências entre a cúpula do Ministério Público do Estado de São Paulo e da direção da OAB paulista, que levaram o Conselho Federal a deliberar e realizar sessão pública de desagravo daquela Secional em recente data, denota justificada preocupação sobre o comportamento do *parquet* em relação à classe advocatícia.

Conquanto, lamentáveis as críticas realizadas e a divulgação do inconformismo, principalmente do Procurador Geral do MPESP, às reservas feitas pela nossa entidade no Estado de São Paulo ao comportamento de membros do Ministério Público em relação às prerrogativas do advogado, não é esse o tema do presente artigo, que apenas a ele alude para salientar a preocupação sobre o relacionamento entre as duas entidades, que infelizmente se esgarça em episódios como os lembrados. E não é bom que isso ocorra, o que infelizmente vem acontecendo, com maior impacto até, nas questões que serão objeto destes comentários.

Em verdade, a ação do Ministério Público, principalmente no Estado de São Paulo, tem se avolumado em um comportamento manifestamente hostil e desarrazoado em relação aos componentes de nossa classe, centrando-se em demandas com que questiona a contratação de advogados, individualmente ou através de sociedades regularmente constituídas, por empresas públicas sem que a preceda a realização de licitação.

O procedimento licitatório, é sabido, decorre da exigência de realizá-lo para a contratação de obras e serviços pela Administração Pública, por força do que dispõe o art. 37, XXI, da Constituição Federal, regulamentada, sob esse enfoque, pela lei federal nº 8666, de 1993. Esta última, porém, contém expressa dispensa ou inexigibilidade da licitação, quando tratar-se de serviços técnicos, de notória especialização do contratado e da

singularidade do objeto da contratação, como estabelece o art. 25, II, e § 1º do texto legal referido.

A OAB já se posicionou sobre o tema, provocada pela iniciativa do *parquet* nas ações propostas contra dirigentes de órgãos da Administração Pública, que agem na correta convicção da possibilidade da contratação com dispensa ou com inexigibilidade da licitação, uma vez verificadas as hipóteses previstas na lei de regência. Tal comportamento justifica-se nos casos em que a dispensa da licitação decorre de situações de emergência ou de calamidade, ou quando ela se torna inexigível, pela verificação dos requisitos legais para tanto e dada a premente necessidade de valer-se a administração dos órgãos descentralizados do Estado de serviços advocatícios especializados em demandas de complexidade não possíveis de adequada defesa pelos quadros de seus departamentos jurídicos, quando existentes.

Lembre-se que o Conselho Federal aprovou parecer do então Conselheiro Sérgio Ferraz, sustentando a impossibilidade de licitação dos serviços advocatícios, em geral, com sólidos argumentos que sustentaram que *"a contratação direta pela Administração Pública, sem licitação pois (aqui legalmente inexigível) de advogado, sobre não infringir o artigo 132 da Constituição Federal, e a Lei 8.666/93, representa, nos quadros da singularidade subjetiva e objetiva, aqui traçados, valioso reforço à atividade administrativa e ao interesse público"* (Conselho Federal da OAB, PRO-0034/2002, Pleno, j. 20/01/2003).

Recente constatação do procedimento do Ministério Público de SP, ao passar a acompanhar, com a designação de membros de primeira e segunda instâncias da corporação, seus recursos em processos vencidos por advogados que se encontrem em tramitação no STJ e no STF, em Brasília, com nítida usurpação da competência do Ministério Público Federal em terceira instância, provocou nova providência de pretendido alcance corretivo, através de representação apresentada pelo Conselho Federal da OAB perante o Conselho Nacional do Ministério Público, onde se acha em fase de processamento para próximo julgamento.

Os fundamentos dessa representação são consistentes, na medida em que destacam a impossibilidade legal da designação de Promotores e Procuradores de Justiça lotados e com exercício, segundo a lei, no Estado de São Paulo para atuarem como agentes do MPE perante o STJ e o STF. As aludidas portarias indicam o Promotor de Justiça ou o Procurador de Justiça, a sua vinculação ao processo, ao recurso especial ou ao recurso extraordinário, inclusive para interposição de outros recursos e apelos e, também, outros atos que deverão praticar perante as Cortes Superiores, em Brasília.

Tais designações são voltadas preferencialmente para as ações em que é questionada a contratação de advogados e sociedades de advogados por inexigibilidade de licitação. Há, por parte do Ministério Público do Estado de São Paulo, movimento organizado destinado a proibir essa modalidade lícita de contratação de advogado e sociedades de advogados. Alguns Promotores e Procuradores de Justiça, com o respaldo do Conselho Superior do MP daquele Estado, estão dedicando-se quase que exclusivamente para transformar uma permissão legal (art. 13, V c/c os arts. 25 e 26, parágrafo único, I, II e III da Lei 8.666/93) em proibição, manipulando argumentos destituídos de fundamentos jurídicos, apoiando-se em filigranas e alterando o significado dos dois pressupostos que esteiam a legalidade da contratação com inexigibilidade de licitação: a notória especialização e a singularidade do objeto contratado.

O Ministério Público, por força do art. 127, § 1º e do art. 128, I e II, da CF, é instituição nacional submetida aos princípios da unicidade, indivisibilidade, legalidade e moralidade pública. Tem ele previsão constitucional, porém a sua estrutura orgânica e funcional está disciplinada por leis orgânicas, federal e estadual, com fulcro no princípio federativo.

Nesse prisma, a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, estabeleceu no art. 37, I e seu § único: *“O Ministério Público Federal exercerá as suas funções: nas causas de competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Juízes Federais, e dos Tribunais e Juízes Eleitorais. O Ministério Público Federal será parte legítima para interpor recurso extraordinário das decisões da Justiça dos Estados nas representações de inconstitucionalidade”*.

Por outro lado, o art. 25, IX, da Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, guardando estrita conformidade com o princípio federativo e o princípio da unicidade e individualidade dessa Instituição, outorgou ao Ministério Público Estadual atribuições apenas para *“interpor recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça”*.

O projeto da Lei Federal nº 8.625, de 12.02.93, em seu art. 29, IV, dava outras atribuições ao Procurador-Geral de Justiça Estadual, ao prever que ele poderia: *“ocupar a tribunal nas sessões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para formular requerimentos, produzir sustentação oral ou responder às perguntas que lhe forem feitas pelos Ministros, nos casos de recursos interpostos ou de interesse específico do Ministério Público local”*.

Mas, esse preceito foi vetado, com as seguintes razões: *“Consoante estatui o § 1º do art. 103 da Constituição Federal,*

perante o Supremo Tribunal Federal o Ministério Público é representado, única e exclusivamente, pelo Procurador-Geral da República, quer como "custos legis", quer como parte. No Superior Tribunal de Justiça, a representação do Ministério Público é feita pelo Procurador-Geral da República (CF, art. 36, IV) e pelo Ministério Público Federal. O compromisso essencial do Ministério Público, seja o da União, seja o dos Estados, como instituição permanente, está "na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e indisponíveis" (CF, art. 127 "caput"). A referida identidade de atribuições está a excluir a atuação simultânea, perante o mesmo órgão judiciário, de membros pertencentes a ramos diversos do Ministério Público. Aliás, o princípio da unidade do Ministério Público, inscrito na Constituição Federal (art. 127, § 1º) como princípio institucional, também é obstáculo do mencionado tipo de atuação. Do sistema traçado pela Constituição Federal, obediente à forma federativa de Estado, ressaí com clareza a área de atuação definida com exclusividade a cada um dos ramos do Ministério Público. Assim, compete ao Ministério Público Estadual exercer suas funções institucionais perante os órgãos judiciários ou não, do respectivo Estado, enquanto que no plano federal tais funções são exercidas pelos diversos ramos do Ministério Público da União".

Dessa forma, tais membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, na sua sanha persecutória, estão tentando amesquinhar a Advocacia, imputando aos advogados e sociedades de advogados contratados com inexigibilidade de licitação, a pecha de improbidade administrativa. E, além disso, evidencia-se que o comportamento do *parquet*, na situação criticada, com o escudo da chefia da instituição no Estado de São Paulo, contraria a lei e, notadamente, o princípio do promotor natural, com afronta aos princípios da impessoalidade e da legalidade (art. 37, *caput*, da CF), além de violar diretamente o art. 129, § 5º da Carta Magna, com a redação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

O STF já teve oportunidade de decidir que *"somente o Ministério Público Federal tem legitimidade para officiar nos Tribunais Superiores e, conseqüentemente, interpor recursos de suas decisões, sobretudo diante dos princípios da unidade e indivisibilidade previstos no art. 127, § 1º, da Constituição Federal. Precedente. A atuação do "parquet" local se exaure quando interpõe agravo de instrumento da decisão que nega seguimento a recurso especial"* (STF, HC nº 80.463-2 – Distrito Federal, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 01/08/2003).

Essa decisão foi confirmada pela Suprema Corte, em acórdão no RE 262.178-1 – DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 24/11/2000, em que se decidiu que *"tanto o Ministério Público dos Estados quanto o do Distrito Federal são igualmente legitimados para a interposição dos recursos da competência do Superior*

Tribunal de Justiça (v.g. o REsp, o RHC ou o RMS), mas a legitimação de ambos – ou, pelo menos, a do MPDFT – para recorrer ao Supremo Tribunal é adstrita ao recurso extraordinário das decisões de primeiro ou segundo grau das respectivas Justiças locais, não para interpor recurso ordinário ou extraordinário de decisões do STJ para o Supremo”.

E recentemente a mesma Corte, em duas outras decisões, fulminou a pretensão do MP de advogar (STF, Ação Cautelar 1450, Minas Gerais, Autor: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Ré: Associação Brasileira de Criadores de Zebu de Uberaba, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15/11/2006), afirmando na segunda delas: *“Não há base para acolher-se pedido de participação individual do Ministério Público. Atua ele a partir do Direito posto, pouco importando o alcance das normas alusivas às sanções aplicáveis aos agentes públicos. Indefiro o pleito. Devolvam a petição e os documentos que a acompanham ao requerente”* (Petição/STF nº 87.409/2007, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/6/2007).

Não há dúvida, assim, que a iniciativa adotada pela OAB reveste-se de razão e importância, enquanto guarda coerência com o entendimento de que não se justifica a pretendida desqualificação do advogado para contratar seus serviços com órgãos da administração pública, sem submeter-se à licitação, e nesse sentido luta para combater os exageros das iniciativas que agem de forma diversa, principalmente com utilização de métodos e critérios desprovidos de base legal.

Preocupado com o recrudescimento das ações movidas com o objetivo antes referido, o eminente advogado Floriano de Azevedo Marques Neto, Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP, teve oportunidade de escrever: *“Tal situação não é aleatória. Tais iniciativas são movidas por três raciocínios, todos aviltantes à profissão. Um, há a aversão à advocacia liberação, autônoma e independente. Nesta linha de pensar, são freqüentes os posicionamentos que querem interditar que o Estado contrate a prestação de serviços jurídicos de profissionais que com ele não possuam vínculo empregatício ou funcional. É o que chamo da ideologia da exclusividade da carreira pública, que se adotada acabaria por impedir que a Administração conte em temas específicos e complexos, com os melhores especialistas. Dois, há o viés de desqualificar a advocacia como um afazer impregnado do engenho e arte profissional. É o que chamo de tentativa de redução da advocacia a uma prestação vulgar, um bem fungível, uma atividade sem maiores predicados. Três, os mais ardilosos dos móveis, há a tendência ao processo de retaliação contra a atuação do advogado. São cada vez mais comuns os processos ajuizados por quem, atuando como parte numa ação civil pública ou numa ação de improbidade, se depara com um profissional aguerrido e, inconformado com a renhida demanda, retalha o profissional*

questionando os fundamentos de sua contratação. São muitos os advogados consagrados que, não obstante serem exemplo para os mais jovens, vêm sendo constrangidos a se defender em processos criminais ou em ações de improbidade pela singela razão de terem aceitado prestar serviços para o poder público.” (A singularidade da advocacia e as ameaças às prerrogativas profissionais, Revista dos Advogados, São Paulo, 2007).

É evidente que falta ao comportamento do Ministério Público, tão zeloso do cumprimento da lei e da defesa do interesse público, a indispensável coerência em sua atividade repressiva criticada. Entende o *parquet* que o comportamento dos dirigentes de órgãos estatais deve pautar-se pela realização de concursos para a contratação de advogados que passem a ocupar os respectivos departamentos jurídicos, que deveriam ser os encarregados únicos da defesa dos interesses da respectiva entidade da administração descentralizada do Estado. Se, de um lado, o MP aparentemente age sob o argumento que está a defender o interesse público, impedindo a contratação onerosa para a administração, de outra sorte obsta que seja eficazmente protegido esse mesmo interesse. Não há necessidade de grandes argumentos para demonstrar a evidente desproporção de forças - nos embates judiciais, ou mesmo nas contratações realizadas pelos órgãos públicos com grandes empresas - entre os advogados contratados mediante concurso, principalmente quando mais jovens, e os profissionais a serviço dessas empresas, na maior parte das vezes com reconhecida capacidade, tirocínio profissional e experiência no exercício de nossa profissão.

O ilustre advogado paulista Rubens Naves recentemente publicou importante obra que aborda essa tormentosa questão [“Advocacia em defesa do Estado”, Edit. Método, 2008] em que, já na sua apresentação salienta: *“Para o enfrentamento de questões de particular complexidade ou relevância, as quais excedem a habilidade do advogado ou procurador de formação jurídica geral, é imperioso o aconselhamento por profissional especializado. Mas a constante ameaça de sofrer reprimendas faz com que o administrador público deixe de buscar soluções visando a obter os melhores resultados possíveis para o órgão ou instituição a que se vincula. Nessa direção, opta-se por uma conduta que, por não se desviar dos padrões da atividade administrativa burocrática, isente o gestor público de qualquer responsabilização posterior. Com isso, priva-se o Estado da obtenção de consultoria e defesa competentes, debilitando-o diante de intrincadas situações, as quais é obrigado a enfrentar. Notadamente, a falta de um aconselhamento jurídico adequado enfraquece o Estado perante o agente privado, o qual pode, a qualquer tempo, recorrer a profissionais mais habilitados.”*

Verifica, na prática, que o receio de sofrer as conseqüências da contratação em hipóteses e situações especialmente delicadas, ainda que admitidas pela legislação, acaba forçando o administrador público a descurar-se dos interesses que lhe são confiados, no enfraquecimento da sua defesa, fragilizada pela desproporção de conhecimentos e experiência profissional de seus procuradores ou advogados em relação àqueles que litigam com o Estado.

Rubens Naves termina o prestimoso livro antes mencionado – que é de obrigatória leitura pelos que se preocupam com o problema ora levado à reflexão, pela riqueza de conceitos com que o aborda - com a conclusão de que nas questões em que se imbrica a problemática da contratação direta de advogados pela administração pública não devem descurar-se do princípio constitucional da eficiência (EC 19/1988), que leva à necessidade da contratação em benefício da melhor defesa e do interesse do Estado (p. 234).

E conclui a sua obra (p.250) afirmando, com sólidas razões, que *"o entendimento contrário teria o condão de acarretar conseqüências nefastas. Como exemplo, cite-se a tendência do administrador passar a fechar os olhos para as circunstâncias fáticas, que possam demandar uma solução por via de contratação direta, e realizar sempre o procedimento licitatório, inclusive em detrimento do interesse público, por temor de reprimendas. Cite-se, também, a negativa por parte dos advogados mais qualificados de prestar serviços à Administração, para evitar eventuais sanções posteriores. Fica evidente o prejuízo que isto acarretará para uma gestão eficiente da coisa pública"*.

Não se abordará aqui as hipóteses de dispensa da licitação, estabelecidas no art. 24, IV, da lei 8666/93, que confere à Administração a possibilidade de contratação direta no resguardo de seus interesses mais imediatos e urgentes. O que interessa no trato do tema em destaque é salientar-se a possibilidade manifesta da contratação do advogado, nos casos de inexigibilidade de licitação, especialmente aqueles contidos no art. 25, II, § 1º da lei 8.666/93, para a realização de serviços jurídicos, de natureza técnica e singular, por profissional de notória especialização.

A doutrina brasileira já assentou que são os critérios de maior qualidade, conjugados aos de menor custo e tempo, que devem nortear a caracterização de determinado serviço como exclusivo ou de notória especialização, não havendo falar-se na necessidade de inexistência de similares disponíveis no mercado para a configuração de inexigibilidade.

Como bem preleciona MARÇAL JUSTEN FILHO, *“a raiz da inexigibilidade da licitação reside na necessidade a ser atendida e não ao objeto ofertado. Ou seja, não é o objeto que é singular, mas o interesse público concreto. A singularidade do objeto contratado é reflexo da especialidade do interesse público”* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 6^a ed. São Paulo: Dialética, 1999, p. 262).

Por seu lado, o saudoso HELY LOPES MEIRELLES ensinou que *“a exceção da contratação direta com os profissionais de notória especialização não afronta a moralidade administrativa, nem desfigura a regra da licitação para os demais serviços. Antes a confirma. E atende não só à necessidade, em certos casos, da obtenção de trabalhos altamente exatos e confiáveis, que só determinados especialistas estão em condições de realizar, como também habilita a Administração a obtê-los imediatamente, sem as delongas naturais da licitação, e sem afastar aqueles que, exatamente pelo seu renome, não se sujeitariam ao procedimento competitivo entre colegas”*. (Contratação de serviços técnicos com profissional ou firma de notória especialização, in Revista de Direito Público n^o 32, págs. 32/35).

A jurisprudência também conforta o que se vem sustentando, como lembra o seguinte julgado do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 1^a Região: *“Se a contratação em questão deu-se em observância ao artigo 25, da Lei n^o 8.666/93, que prevê os casos de inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição, como a de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, a qual, inclusive, é ato discricionário da administração pública, não há falar em ilegalidade (RO n^o 9501235017 – DF, rel. Des.Federal Wilson Alves de Souza, p. DJ de 16.12.2004).*

A esse respeito, confira-se o posicionamento lapidar do E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: *“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”*. (RHC 72830/RO – rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 16.02.96).

É no mesmo sentido o posicionamento do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO: *“CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO - DISPENSA DE LICITAÇÃO - Serviço singular justifica a contratação de profissional de notória especialização pelo critério da confiança,*

não se mostrando apropriada, nem legalmente exigível, a licitação - Improbidade não configurada, considerada também a moral administrativa e o interesse público". (Apelação Cível 92.690-5, rel. Desembargadora Teresa Ramos Marques, j. 10.03.99). Também os Acórdãos no julgamento da Apelação nº 165.432-5/4-00, confirmada nos Embargos d.e Divergência de nº 165.432-5/8-02, que foram referendados pelo Egr. STJ em recentíssimo julgamento do Recurso Especial nº 785.540-SP, relator o eminente Ministro Luiz Fux (1ª. Turma, unânime, em 27.11.2007).

E muitos outros poderiam ser aqui referidos, tantos há que seguem essa orientação jurisprudencial que se vem consolidando na esteira do que se afirma, valendo lembrar os mencionados na obra do ilustre advogado Rubens Naves, antes colacionada (Capítulo VII, págs. 177 a 232).

Em conclusão a estas notas sobre a questão exposta, insta que permaneçamos atuantes no sentido de fazer prevalecer o entendimento no sentido de que se torna dispensável a realização de licitação para a contratação de advogados pela Administração Pública, principalmente quando se tratar de trabalho de natureza singular e de profissional com notória especialização, sem embargo de fortalecermos igualmente o entendimento já antes sufragado da impossibilidade mesmo da licitação dos nossos serviços profissionais. E, igualmente, enfatizarmos nossa disposição, enquanto dirigentes da classe, na intransigente defesa dos colegas atingidos por demandas que os procuram alcançar em contratações dessa natureza, ao pretender responsabilizá-los criminalmente ou impor-lhes a condenação de natureza civil pretendida também dos agentes públicos, e, o que é mais grave, com a devolução dos valores recebidos pela realização dos serviços prestados.

(Mário Sérgio Duarte Garcia)