

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA
CÍVEL E DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE MACAPÁ - AMAPÁ**

**PROCESSO Nº 0001908-37.2000.8.03.0001 DE 15/12/2000
(AÇÃO POPULAR 2086/2000)**

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI, brasileiro, separado, servidor público federal, portador da Cédula de Identidade RG nº 16.266.525/SSP-SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 110.560.528-05, com endereço funcional em Brasília, Distrito Federal, à SIG Quadra 06, Lote 800, 3º andar, Edifício Sede da Advocacia-Geral da União, vem, por seu advogado, devidamente constituído nos termos do instrumento de procuração juntado às fls., nos autos da **AÇÃO POPULAR** em epígrafe, que contra si, o Estado do Amapá e João Batista Silva Plácido move Lélío José Hass, apresentar

CONTESTAÇÃO

na forma e nos prazos da Lei nº 4.717 de 1965 e do Código de Processo Civil, nos termos das razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Nestes Termos, Pede Deferimento.

Macapá/AP, 16 de julho de 2009.

**JOSÉ ARNALDO DA FONSECA
OAB/DF Nº 303**

AÇÃO POPULAR

LÉLIO JOSÉ HASS VS ESTADO DO AMAPÁ E OUTROS

RAZÕES DE CONTESTAÇÃO APRESENTADA PELO RÉU JOSÉ ANTONIO DIAS

TOFFOLI

- **Da Prescrição.** A contratação objeto da presente lide deu-se em 06 de julho de 2000 e, tendo a citação sido anulada, não se operou o efeito interruptivo do artigo 219 do Código de Processo Civil. Decorreram, portanto, 09 anos da prática do ato, o que faz incidir a prescrição quinquenal do artigo 21 da Lei nº 4.717/65.

- Aplicação dos artigos 13, V, e 25, II, da Lei 8.666/93, já que a contratação de advogados pelo Estado é perfeitamente lícita, tendo no presente caso sido inclusive objeto de licitação prévia. Além disso, os honorários foram pactuados razoavelmente, o serviço foi prestado e, ainda que a advocacia não seja um serviço com obrigação de resultado, não se pode deixar de dizer que o Estado obteve o êxito almejado nas ações perante o Supremo acompanhadas pelo Réu na Ação Popular.

- O Supremo Tribunal Federal já afirmou, em reiterados precedentes, que o Estado pode e deve contratar advogados, ainda que sem licitação, quando a especialidade e importância do caso assim o exigirem.

I - DA TEMPESTIVIDADE

Antes de mais nada, cumpre esclarecer que a presente contestação é apresentada tempestivamente.

A carta de citação expedida na data de 29 de julho do corrente ano sequer foi recebida pelo ora contestante, o que torna a presente resposta plenamente tempestiva, já que o prazo sequer teve seu curso iniciado.

II - A INICIAL DA AÇÃO POPULAR

Trata-se de Ação Popular proposta pelo Sr. Lélío José Hass em face do Réu, do então Procurador-Geral do Estado do Amapá, o Sr. João Batista Silva Plácido e do Estado do Amapá.

Na referida Ação Popular o Autor imputa ao Réu e ao Sr. João Batista Silva Plácido a prática de pretenso ato lesivo ao erário público do Amapá.

O pretenso ato lesivo seria a contratação pelo Estado do Amapá dos serviços de assessoria jurídica prestados pelo Réu, nos termos do contrato nº 020/00 publicado no Diário Oficial do Estado em 18 de agosto de 2000.

A contratação do Réu para fins de assessoria jurídica, de acordo com o Autor popular, seria nula na medida em que o Estado possui corpo jurídico próprio, e competiria apenas aos Procuradores do Estado a defesa dos interesses estatais. Pela lógica obtusa da inicial, não seria lícito ao Estado a delegação da sua representação judicial a terceiros estranhos aos seus quadros e, ainda, ao Procurador-Geral do Estado faleceria competência para firmar contratos com terceiros *ex vi* do artigo 28 da Lei Complementar nº 006/94.

Os fatos acima narrados, tal qual extraídos da inicial da Ação Popular, só se tornaram do conhecimento do Réu precisamente na data de 04 de abril de 2007, quando se viu surpreendido com a intimação de um oficial de justiça para realizar o pagamento da quantia de R\$ 59.305,39 (cinquenta e nove mil, trezentos e cinco reais, e trinta e nove centavos), **decorrentes do cumprimento da sentença em ação popular.**

A evidente nulidade da citação, já que o Réu sempre possuiu endereço certo, com exercício profissional, atualmente na seara pública, reconhecido e sediado em Brasília, obrigou a propositura de ação rescisória perante o Eg. Tribunal de Justiça do Amapá que reconheceu a nulidade da citação em acórdão assim ementado:

“EMENTA.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO POPULAR. CITAÇÃO POR EDITAL. NÃO ESGOTAMENTO DOS MEIOS NECESSÁRIOS À LOCALIZAÇÃO DO RÉU. PRONTA DETERMINAÇÃO DE CITAÇÃO POR EDITAL. AFRONTA AO CONTRADITÓRIO. 1) A citação por edital, por se tratar de medida de exceção, somente será determinada após esgotadas todos os meios à localização do réu. 2) Havendo nos autos indícios de que o requerido era detentor de endereço certo, a pronta determinação de sua citação por edital afronta o princípio do contraditório. 3) Resta evidenciada a nulidade dos autos decisórios se o magistrado não determinou a realização de citação pessoal mesmo depois de conhecido o endereço do requerido. 4) Ação rescisória julgada procedente.”

Convém destacar, que o aludido acórdão teve seu trânsito em julgado certificado na data de 15.02.2008.

Após, importante registrar que, em 31.01.2008, o Exmo. Juiz **AILTON MARCELO MOTA VIDAL**, proferiu decisão com o seguinte teor:

“Há litisconsórcio necessário não apenas por força da natureza da relação jurídica, mas também quando a lei o determina ex vi do art. 47 do CPC. In casu, há previsão legal - art. 6º da Lei 4.717/65. Sobretudo, e isso é de sua importância que fique registrado, há litisconsórcio unitário, afinal, o objeto do litígio é um contrato de prestação de serviço firmado entre os réus, de maneira que a causa deve ser julgada da mesma forma para ambos. Daí, pese o juízo rescindendo haver declarado a nulidade do processo apenas em relação ao réu José Antônio Dias Toffoli, certo é que a relação processual foi bombardeada como um todo. É que, a permanecer a sentença válida para um dos réus, é nítida a possibilidade de decisões conflitantes para situações cujo tratamento deve ser o mesmo. De mais a mais, provável que a pretensão tenha sido corroída pelo decurso do tempo (art. 21 da Lei 4.717/65), todavia, antes sobre esta e

outras questões, entendo conveniente ouvir as partes. Após, ao Ministério Público.”

Nesse contexto, em 10.03.2008, os autos foram encaminhados ao Ministério Público, sendo devolvidos em 02.04.2008 com parecer, *verbis*:

“Deste modo, ainda que necessário o litisconsórcio, inexistente unitariedade, não havendo que se falar em declaração de prescrição extensiva a todos os litisconsortes, pois como já dito, a decisão recorrida atinge a todos, mas não de forma uniforme, portanto, não encontra respaldo a questão suscitada no artigo 47 do Código de Processo Civil, devendo ser mantida a decisão recorrida.”

Em 06.06.2008, os autos foram conclusos para análise do parecer supramencionado e, na data de 15.07.2009, houve decisão entendendo correto o entendimento externado às fls. 236 e por isso o mantendo, bem como determinando a citação dos réus para responderem aos termos da presente ação, no prazo legal.

O referido intróito, presta-se não apenas para pontuar os fatos que lastreiam a exordial proposta em face do Réu, mas especialmente para demonstrar, desde já, a ocorrência da prescrição por força do V. Acórdão do Eg. Tribunal de Justiça do Amapá que decretou a nulidade do ato citatório. É o que se passa a demonstrar.

III – DO MÉRITO.

A) DA PRESCRIÇÃO DO DIREITO EM QUE SE FUNDA A AÇÃO.

Em que pese o Código de Processo Civil não elencar em seu artigo 301 a prescrição como matéria preliminar, não há dúvida de que a

sua análise é antecedente ao mérito, já que leva à extinção do feito, com julgamento de mérito, mas sem o enfrentamento da tutela jurídica pretendida.

Por isso, e por mera observância ao artigo 301, cumpre deduzir o tema no presente tópico, atinente ao mérito da resposta.

Com efeito, o próprio Exmo. Juiz **AILTON MARCELO MOTA VIDAL** no r. despacho acima transcrito que determinou a remessa dos autos ao *parquet* já havia alertado: ***“provável que a pretensão tenha sido corroida pelo decurso do tempo (art. 21 da Lei 4.717/65)”***. Efetivamente, a prescrição é fato notório nos autos e de fácil demonstração.

De acordo com o artigo 21 da Lei nº 4.717/65 que rege a ação popular: ***“a ação prevista nesta Lei prescreve em cinco anos”***.

No caso presente, discute a Ação Popular a validade do contrato de prestação de serviços de assessoria jurídica firmado **em 06 de julho de 2000**, firmado entre o Estado do Amapá e o ora Réu. O prazo prescricional, por óbvio, encerrou-se em 06 de julho de 2005.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o termo inicial da prescrição quinquenal ***“deve ser o primeiro ato concreto lesivo ao direito subjetivo do autor popular”***, *verbis*:

“AÇÃO POPULAR - PRIVATIZAÇÃO DOS TERMINAIS RODOVIÁRIOS DE SÃO PAULO - ART. 21 DA LEI N. 4.717/65 - LUSTRO PRESCRICIONAL - TERMO INICIAL - PRIMEIRO ATO CONCRETO QUE SE REPUTA LESIVO À ADMINISTRAÇÃO - PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO E DOS CONTRATOS – PRESCRIÇÃO CARACTERIZADA – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. De acordo com o art. 21 da Lei n. 4.717/65, prescreve em 5 anos a pretensão do autor popular. O termo inicial deve ser o primeiro ato concreto lesivo ao direito subjetivo do autor popular. Precedentes.

2. A simples publicação do edital de licitação não pode ser tomada como ato concreto, pois aqui, para o caso dos autos, ainda não existe lesão alguma à Administração.

3. O primeiro ato concreto e lesivo à Administração e ao direito vindicado pelo autor popular, conforme se extrai do delineamento fático estabelecido na instância ordinária, foi o relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Companhia do Metropolitano de São Paulo, cujo aviso para cadastramento das empresas interessadas no certame foi publicado em 4.11.1988. A partir daí, como mesmo reconhece o autor, surgiram os efeitos lesivos, como também nasceu a pretensão. Ajuizada que foi a ação popular em 22.11.1993, já se encontrava prescrita a pretensão de anulação do ato, em razão do lustro indicado no art. 21 da Lei n. 4.717/65.

4. De qualquer modo, poder-se-ia dizer, inclusive, que, em um ponto, a pretensão do autor popular não estaria prescrita, caso existisse eventual pedido de ressarcimento ao erário. Ocorre que o autor popular não realizou propriamente nenhum pedido de ressarcimento ao erário. Ao revés, requereu que os réus fossem condenados a indenizar a Companhia do Metropolitano de São Paulo S/A em razão dos recursos arrecadados com o contrato, bem como nas despesas realizadas com a licitação. Como se vê tal pedido é decorrência lógica da anulação do contrato e invalidação da licitação, o que não pode mais ser pleiteado, em razão da prescrição (pedidos sucessivos). Assim, prescrita pretensão principal, também prescrita a pretensão logicamente subsequente. Recurso especial improvido.”
(Resp 755.059/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 07.02.2008) – grifos nossos.

No presente caso, em sendo o objeto da ação popular a contratação do réu como advogado do Estado, o primeiro ato concreto que se estabelece para fins prescricionais é a própria assinatura do contrato, que como já dito acima deu-se em 06 de julho de 2000.

Tendo-se por premissa fática inafastável o início do prazo prescricional quando da contratação do Réu, resta perquirir quando ao seu curso e eventual interrupção.

Efetivamente, o Código de Processo Civil é extremamente minucioso e formalista na forma de comunicação dos atos processuais, ou seja,

com a maneira pela qual se dá a informação aos sujeitos do processo sobre os acontecimentos sucedidos na marcha processual.

Especificamente quanto à citação, o Código de Processo Civil a reveste de formalidades absolutamente rígidas e indispensáveis, sob pena de não se aperfeiçoar a relação processual e tornar-se inútil e inoperante a sentença. Daí dispor o artigo 214 do CPC que, ***“para a validade do processo, é indispensável a citação inicial do Réu.”***

Nesse sentido, é a doutrina de **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR** e **LUIZ GUILHERME MARINONI**, respectivamente:

“Tão importante é a citação, como elemento instaurador do indispensável contraditório no processo, que sem ela todo o procedimento se contamina de irreparável nulidade, que impede a sentença de fazer coisa julgada. Em qualquer época, independentemente de ação rescisória, será lícito ao réu arguir a nulidade de semelhante decisório (art. 741, I). Na verdade, será nenhuma a sentença assim irregularmente prolatada.” (in “Curso de Direito Processual Civil”, editora Forense, 41ª Edição, pg. 237).

“Uma vez efetuada a citação do réu, pode acontecer que deva ela ser repetida em função de algum vício que a contamine. Assim, sempre que se tiver por nula a citação, sem que tenha ela sido convalidada por alguma atitude própria – por exemplo, o comparecimento espontâneo do réu, oferecendo resposta à ação proposta pelo autor -, será necessário, para a validade do processo, repetir-se o ato citatório. Com efeito, declarada nula a citação, não se operou o principal efeito do instituto, que é a convocação do réu para o processo. Sem isto, não há meio de realizar-se a garantia constitucional do contraditório, razão por que o processo que se seguirá sem essa providência ofenderá princípio basilar do direito processual.” (in “Manual do Processo de Conhecimento”, 5ª edição, ed. Revista dos Tribunais, pg. 123).

Nessa ordem de idéias, o requisito de validade do processo não se restringe à existência de citação, mas igualmente à citação

válida, ou seja, praticada de acordo com a forma prescrita em lei, conforme preceitua o artigo 247 do CPC pelo qual:

“As citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais.”

No presente caso, e como já dito ao início, a citação por edital realizada nos autos foi considerada **nula** pelo Tribunal de Justiça do Amapá em ação rescisória proposta pelo Réu. É de se transcrever o seguinte excerto do voto do relator que não deixa dúvidas quanto ao reconhecimento da nulidade do ato citatório:

“ A citação por edital não detém as mesmas garantias da citação pessoal, havendo, na verdade, uma presunção da convocação do réu ao processo. De ordinário, a ninguém é dado à leitura de diários oficiais. Há que se evidenciar que a citação é o modo de se concretizar um dos princípios mais importantes do processo, valor constitucionalmente assegurado, que é o contraditório.

Depreende-se dos autos que, de fato, a citação do ora autor ocorreu de forma viciosa, pois a citação editalícia somente seria cabível caso o requerido José Antonio Dias Toffoli estivesse em lugar incerto e não sabido.

(...)

Por meio deste vício processual, adveio prejuízo ao réu na demanda popular, ora autor, que teve tolhido o seu exercício ao direito de defesa. Portanto, tal prejuízo deve levar à nulidade da sentença rescindenda e dos demais atos processuais, desde a referida citação.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido rescindendo, e, por consequência, declaro nula a citação e todos os demais atos decisórios a partir dela, em relação a José Antonio Dias Toffoli, facultando o seu prosseguimento, acaso corrigido o vício aqui reconhecido.”

Ora, tendo a citação sido considerada **nula de pleno direito**, não se operou o efeito interruptivo da prescrição previsto no artigo 219

do Código de Processo Civil. O ato nulo, como é sabido, não existe no mundo jurídico, equivalendo a um ato não praticado.

Nesse sentido são os seguintes precedentes:

“PROCESSO CIVIL - AÇÃO POPULAR – CITAÇÃO EDITALÍCIA ANULADA - INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - ART. 175 DO CC/1916.

1. A prescrição, nos termos do art. 175 do CC/1916, não se interrompe com a citação editalícia nula.

2. Recurso especial improvido.”

(Resp 551.522/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 20.09.2004).

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OFENSA NÃO-CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA.

1. Afasta-se a alegada violação do art. 535 do CPC quando a questão deduzida nos embargos de declaração restou apreciada no acórdão recorrido de forma clara, expressa e motivada.

2. Apenas após a citação válida é que está devidamente instaurado o processo e perfectibilizada a relação jurídica processual.

3. Está prescrita a ação popular na hipótese em que a citação dos litisconsortes tenha ocorrido após o transcurso do prazo prescricional previsto na lei.

4. Recurso especial provido parcialmente.”

(Resp 468.383/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 06.08.2007).

Dessa forma, tendo-se que o contrato objeto da lide foi firmado em julho de 2000 e só tendo a citação válida sido realizada agora, em carta expedida em 29 de julho de 2009, passaram-se mais de 09 (nove) anos da prática do ato, o que leva ao inafastável reconhecimento da prescrição que, como dito acima, é de 05 (cinco) anos *ex vi* do artigo 21 da Lei nº 4.717/65.

Assim sendo, verifica-se que, no caso presente, há que ser reconhecida a prescrição, com a conseqüente extinção da ação com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

B – DA IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA.

De acordo com a inicial, a contratação do Réu para representar os interesses do Estado do Amapá seria nula já que:

(i) o contrato de prestação de serviços é viciado, embora tenha sido celebrado após processo licitatório, já que visaria “fraudar a Constituição Federal e a Constituição do Amapá.”

(ii) A Constituição Federal e a Constituição do Amapá estabelecem que apenas os procuradores dos Estados que ingressaram na carreira mediante concurso de provas e títulos é que poderão representar o Estado;

(iii) o Estado do Amapá nunca realizou concurso público para o preenchimento das vagas de Procurador do Estado. De acordo com a exordial, *“até a presente data os governantes do Estado do Amapá tem se válido (sic) de contratos administrativos para abrigar seus amigos políticos ou pessoais, nos cargos de Procurador do Estado”*.

(iv) o Procurador-Geral não teria poderes para contratar o Réu, tratando-se de ato privativo do governador.

(v) teria ocorrido um “desvio de finalidade do contrato”, já que o Réu não teria escritório de advocacia em Macapá e, ainda, a contratação seria “fruto de corrupção”, já que o Réu não prestou qualquer serviço jurídico ao Estado do Amapá, tendo sim representado os interesses particulares do então governador em causas perante o Tribunal Superior Eleitoral, conforme comprovariam extratos processuais obtidos do *site* do mencionado Tribunal.

A mera transcrição dos fundamentos da inicial, já permitem identificar o seu tom meramente partidário, focado muito mais em criticar os então ocupantes do Poder Executivo Estadual do que propriamente apontar qualquer ato lesivo praticado pelo Réu.

Em primeiro lugar, se o Estado do Amapá não realizou concursos para Procuradores do Estado ou, ainda, se os antigos governantes se utilizaram da procuradoria do Estado para abrigar amigos, é de se perguntar: **no que isso implica a ilegalidade do contrato firmado com o Réu?** *Data vênia*, em rigorosamente nada.

Se esse ou aquele governante deixaram de realizar concursos, é fato que escapa completamente à ação popular ou, ainda, à responsabilidade do Réu que foi contratado pelo Estado mediante licitação prévia e, regulamente, prestou serviços advocatícios de mais alta relevância ao Estado do Amapá.

Ao contrário do quanto afirmado pelo Autor, a contratação de advogados especializados para a defesa de interesses do Estado é reputada pela jurisprudência como plenamente válida e coerente com o interesse público, já que a contratação de profissional com notória especialidade e capacidade para os fins colimados na contratação, irão proporcionar uma melhor defesa e aumentar as chances de êxito do Estado na respectiva demanda.

Com efeito, o entendimento atual do Eg. Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a contratação de advogados externos pelo Estado não só é permitida, como até mesmo a licitação pode ser dispensada tendo em vista a notória capacidade e especialidade.

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.705-3, da relatoria do Ministro **EROS ROBERTO GRAU**, o Eg. Supremo Tribunal Federal assim se posicionou acerca do tema:

“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 do ‘trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do contrato’ (cf. o parágrafo 1º do artigo 25 da Lei n.º 8.666/93). 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.” (doc. 01)

Também já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, em um caso bastante similar ao tratado na ação popular. No processo julgado pela Suprema Corte o Governador do Estado de Rondônia contratara, sem licitação, advogado para defender os interesses estatais perante os Tribunais Superiores, em Brasília, exatamente como fez o Estado do Amapá na ação que se pretende rescindir. Proclamou a Suprema Corte, com tranquilidade, a legalidade do que fora feito:

“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 de apropriação do patrimônio público.

II - *Concessão de 'habeas corpus' de ofício para o fim de ser trancada a ação penal.*"¹

No voto, ficou salientado que *“o contrato é daqueles que dispensa a licitação (...), os honorários foram modicamente arbitrados e os serviços de advocacia efetivamente prestados, serviços que resultaram em benefício do Estado.”* E adiante esclarece:

“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.”

Com a indignação que o caso requer, o ministro Maurício Corrêa, em seu voto-vista, foi ainda mais enfático; *“Vieram novas eleições, novo Governador é eleito e começa a caça às bruxas... por que? Porque teve o cuidado e a preocupação de contratar advogado em Brasília para defender o Estado... Evidentemente que se trata de pequena e atroz perseguição”*.

Em consonância com a posição da Jurisprudência está a doutrina no sentido de que a licitação para a contratação de serviços especializados de advocacia é plenamente lícita, senão vejamos breves passagens dos mestres administrativistas:

Tratando do tema, **MARÇAL JUSTEN FILHO** observa que mesmo dispondo de profissionais da advocacia concursados:

¹ STF, 2ª Turma, Recurso em Habeas Corpus n. 72.830-RO, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU 16.02.96, p. 2.999.

“a Administração poderá recorrer eventualmente à contratação de profissionais alheios a seus quadros, em face de causas específicas ou litígios especializados. A natureza singular do serviço advocatício se caracterizará em virtude da presença de requisitos de diferente natureza: a complexidade da questão, a especialidade da matéria, a sua relevância econômica, o local em que se exercitará a atividade, o grau de jurisdição e assim por diante.”²

Por outro lado, ao tratar do mesmo tema, **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO** lembra que para causas corriqueiras, como executivos fiscais, por exemplo, não deve a Administração contratar profissionais de notória especialização. Mas em casos singulares, de grande relevância, poderá haver esta contratação, e diretamente, sem licitação. E afirma o Professor:

“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.”³

E mais adiante o eminente administrativista completa, lembrando que em muitas situações haverá mais de um profissional gabaritado para a tarefa, cabendo ao administrador escolher um deles, diretamente, dentro de um componente subjetivo ineliminável, no critério da discricionariedade⁴, *verbis*:

“38. 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

² MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 8ª ed., São Paulo: Dialética, 2002. p. 291.

³ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995. p. 328.

⁴ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *ob. cit.*, pp. 328-329.

contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhes a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.”

No presente caso, reitera-se uma vez mais, houve licitação prévia que redundou na contratação do Réu, o que observa por completa as regras da Constituição Federal e da própria lei de licitações e contratos administrativos.

c- DA MANIFESTAÇÃO DA AGU SOBRE O TEMA.

Por outro lado, vale ressaltar que a própria Advocacia Geral da União, ao reformular entendimento anterior da extinta Consultoria Geral da República, reconheceu que a licitação de menor preço para a contratação de serviço jurídico especializado não se revela como a melhor opção. Muito pelo contrário, gera sérios prejuízos ao erário.

Com efeito, em 1992, a então Consultoria Geral da República baixou a Exposição de Motivos n.º 2, seguida da EM CGR 2/92, que estipulou que *“a contratação das pessoas jurídicas prestadoras dos referidos serviços [jurídicos] deverá ser sempre precedida de licitação.”* Desde então, o que se verificou foram enormes prejuízos ao erário, decorrentes da contratação de profissionais inexperientes e sem a qualificação técnica necessária para bem defender os interesses em litígio.

Nesse cenário, a AGU acabou por reformular o entendimento de sua antecessora, editando o Parecer n.º GQ-77 (doc. 06), consignando que:

“A vista de notícia, 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.”

Note-se que, no aludido parecer, reconheceu-se, inclusive, que a contratação de profissionais despreparados trouxe prejuízos para o erário da ordem de bilhões de dólares. Confira-se:

“Ocorre, porém, que 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 n.º 2.300, de 1986), para admitir a inexigibilidade do procedimento licitatório quando esses serviços, de natureza singular, sejam confiados a profissionais ou a empresas de notória especialização (art. 23. II, c/c parágrafo único do art. 12 do DL citado).

De outro lado, a insuficiência técnica do patrocínio judicial, segundo ainda as notícias que nos chegam, tem conduzido a sucumbência de extraordinário valor, em algumas entidades alcançando o correspondente a bilhões 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 n.º 2.300, de 1986).”

No Superior Tribunal de Justiça, o princípio de que nem sempre a licitação é exigível – ou mesmo cabível – para a contratação de advogados por entidades públicas vem sendo igualmente prestigiado. Pode ser mencionado caso recente, no qual foi confirmado acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que entendera ser incabível a exigência de licitação para a contratação de advogado por Prefeito de cidade do interior. Naquela hipótese, foi mantida decisão local que afirmara o seguinte:

“A contratação de advogado para prestar assessoria jurídica a Município prescinde de licitação, como permite o art. 13, incisos III e V da Lei nº 8.666/93, e quanto à notória especialização a que se refere o art. 25, § 1º, da mesma lei, não há critérios objetivos que permitam discriminar este ou aquele advogado, daí porque se deve contentar com os critérios de escolha do Prefeito, que, como representante legal do Município, está no

direito de fazê-la, segundo seu poder discricionário, não tendo obrigação de atender a recomendações que recaiam na pessoa de A ou B, ainda que estas se apresentem ao denunciante como as que possuem especialização.

Não se pode confundir notória especialização com notáveis especialistas, como não se pode olvidar que somente ao Prefeito Municipal incumbia julgar se a escolha recaía sobre profissional apto. Ninguém pode substituí-lo neste mister.”⁵

Como se vê, ainda que se pudesse cogitar que o presente caso não foi precedido de licitação – o que seria de todo absurdo – a doutrina e jurisprudência são acordes no sentido de que a atividade da advocacia, pela sua singularidade, pode prescindir de licitação.

Além disso, como restará demonstrado a seguir, ao contrário do quanto afirmado na inicial, o Réu atuou na defesa estrita dos interesses do Estado.

D) OS SERVIÇOS PRESTADOS PELO RÉU.

O Réu, à época advogado privado com notória atuação perante os Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal – o próprio “curriculum vitae” anexado aos autos (fls. 103/109 – doc. 02 anexo) demonstra o grande número de ações diretas de inconstitucionalidade patrocinadas pelo Réu perante o STF – foi contratado exatamente para a atuação perante o Supremo Tribunal Federal, nas Reclamações 2064/2002, relator Ministro Maurício Corrêa; Mandado de Segurança 24206/2002 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1143-0, relator Ministro Ilmar Galvão; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2235/2000, relator originário Ministro Octávio Galloti e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2330/2000, relator originário Ministro Nelson Jobim, todas do interesse do Estado do Amapá (doc. 03). Atuou,

⁵ Trecho do acórdão recorrido, transcrito no acórdão do STJ, 5ª Turma, Recurso Especial n. 629.257-MG, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU 20.09.2004, p. 330.

assim, como Conselheiro Jurídico nos temas e ações do Estado nos Tribunais Superiores.

O Réu atuou, ainda, em ação de execução indireta fundada em título judicial proposta pelo Estado do Amapá contra a Rádio Difusora de Macapá, e que tramitou perante a 21ª Vara da Seção Judiciária de Brasília sob nº 1995.34.0016670-4, conforme demonstram os documentos em anexo (docs. 04).

Além de atuar, de forma especializada, perante o STF e Justiça Federal de Brasília onde o Réu mantém domicílio profissional, a sua notória competência e capacidade restaram ainda mais confirmadas quando da sua nomeação, pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República Federativa do Brasil, para o cargo de Advogado-Geral da União, e que tem por exigência constitucional o notável saber jurídico (artigo 131, § 1º, da Constituição Federal), o que por si só demonstra a sua correta contratação pelo Estado do Amapá.

Além disso, também conforme os documentos em anexo, o Réu prestou todos os serviços atinentes à contratação, tais como acompanhamentos processuais, contratação de empresa para a leitura de diário oficial, comunicações entre o escritório e Procuradoria-Geral, cópia fieis de petições protocolizadas nos Tribunais Superiores, e, sobretudo, participações dos advogados contratados nos feitos de interesse do Estado do Amapá nos Tribunais Superiores, devidamente comprovadas por certidões de tais órgãos judicantes (doc. 05).

A apenas para ilustrar a relevância dos serviços prestados pelo Réu e por sua então sociedade de advogados, somente no trabalho relativo ao Mandado de Segurança nº 24.206, **os valores envolvidos giravam em torno de R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais) – Doc. 06.**

Como se vê, o Réu nada mais fez senão cumprir com aquilo para que foi contratado: **a defesa dos interesses do Estado do Amapá.** Nessa ordem de idéias, é de se indagar: Como falar-se em lesividade ao patrimônio público se os serviços advocatícios foram prestados? O contrário, ou seja, entender que há lesividade na contratação objeto da demanda, é admitir-se a locupletação do Estado do Amapá com o trabalho desenvolvido pelo advogados. Nesse sentido, é o seguinte precedente do Eg. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR Nº 4.717/65. REQUISITOS. AUSÊNCIA DA LESIVIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

1.A ação popular reclama como requisitos de procedência a ilegalidade e a lesividade do ato oriundo do poder público. A lesividade presumida admite a contra-prova, máxime no âmbito pecuniário, mercê da “lesividade à ordem jurídica”. A lesividade que impõe o ressarcimento é aquela que onera, sem benefícios, o erário público.

2. A contratação de servidores temporários, sem concurso público, na hipótese em tela, não preenche o requisito da ocorrência da lesividade, razão porque não há que se falar em nulidade de tais contratos, **mormente porque os contratados se beneficiaram dos salários auferidos e a municipalidade da mão-de-obra prestada.**” (STJ – 1ª Turma, Recurso Especial nº 407.075, relator Exmo. Ministro LUIZ FUX, DJU de 23/09/2002).

Como se vê, não há como falar-se em lesividade, se os serviços foram regularmente prestados, com benefícios diretos para o Estado, **não tendo o Autor provado, em uma linha sequer, o existência do binômico ilegalidade/lesividade a justificar a propositura de uma ação popular.**

E) DA PRETENZA UTILIZAÇÃO DO ERÁRIO PÚBLICO PARA A REMUNERAÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS AOS OCUPANTES DE CARGOS PÚBLICOS.

O segundo fundamento da ação popular, é no sentido de que a contratação do Réu pelo Estado do Amapá seria para “camuflar” a real intenção das partes, qual seja a utilização do erário público para a remuneração de serviços advocatícios prestados às pessoas físicas dos então ocupantes de cargos públicos. **Nada pode ser mais errôneo e falacioso, além de beirar as raias da calúnia.**

Do inteiro compulsar dos autos, não se identifica um único documento, ou ao menos um indício de prova, no sentido de que a contratação do Réu se deu para os interesses dos ocupantes de cargos públicos, e não para a defesa do Estado.

Tudo o que se identifica na inicial, são meros extratos de acompanhamento de 02 (duas) medidas cautelares perante o Tribunal Superior Eleitoral, em que figura como Requerente o então Governador do Estado JOÃO ALBERTO RODRIGUES CAPIBERIBE, além de um habeas corpus e uma exceção de incompetência em favor do Sr. JOÃO BATISTA SILVA PLÁCIDO perante o Eg. Superior Tribunal de Justiça, **nada além disso.**

Ora, a juntada de meros 04 (quatro) processos, apenas comprovam o exercício regular da advocacia pelo Réu perante os Tribunais Superiores em Brasília, sem qualquer vínculo com a sua contratação pelo Estado do Amapá.

Como já dito acima, ao invés do que pretende fazer crer a inicial, o Réu atuou amplamente na defesa do Estado do Amapá, em ações de grande vulto e repercussão financeira, o que incluir a propositura de ações direita de inconstitucionalidade perante o Eg. Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, o fato de o Réu não possuir endereço profissional em Macapá, em nada indica ou denuncia a ilegalidade da sua contratação.

Ao contrário, o Réu foi contratado exatamente para atuar em Brasília, em causas de grande importância para o Estado e que demandavam a atuação de profissional especializado, com *expertise* em Tribunais superiores e em causas de direito administrativo em trâmite na justiça federal de Brasília.

Por fim, é igualmente absurdo afirmar que a contratação seria nula já que o Procurador-Geral do Estado não teria competência para firmar tal tipo de avença, que seria da alçada exclusiva do chefe do poder executivo.

Ora, em primeiro lugar, tal argumento em nada atinge a esfera jurídica do réu, que se submeteu a processo licitatório nos exatos moldes da lei 8.666/94 e assinou contrato administrativo com publicação do referido extrato no diário oficial do Estado, conforme já consta dos autos quanto da juntada de todo o processo administrativo pelo Estado do Amapá. **Logo, o que pretende a ação popular, em verdadeiro exercício de teratologia, é que o Réu seja punido por ter se submetido a um processo licitatório, sagrando-se vencedor e prestando os respectivos serviços. Pelo prisma do Réu, portanto, a sua contratação deu-se de forma absolutamente lícita, com a devida prestação dos serviços.**

Além disso, o Autor se esquece que a administração pública atua de forma descentralizada, com a delegação aos secretários de estado ou aos procuradores gerais de poderes para a prática de atos atinentes às suas respectivas áreas de atuação.

No presente caso, conforme esclarecido pelo próprio Estado do Amapá foram delegados poderes ao Procurador-Geral do Estado para que este, dentro da sua esfera da administração, pratique atos de gestão necessários ao funcionamento do órgão e a defesa dos interesses do Estado. O próprio Estado, em sua contestação, trouxe à baila que o Decreto Estadual nº 2.042, de 13.07.1995, no qual o então governador do Estado delegou competência aos respectivos secretários de Estado para firmarem contratos e convênios, nos termos do artigo 153, § 1º, da Constituição Estadual, o que confere ampla legalidade ao contrato firmado.

É evidente, portanto, a competência do então procurador-geral para firmar o contrato objeto da presente lide, o que também neste ponto conduz à improcedência da ação popular.

V – CONCLUSÃO E PEDIDO

Em conclusão, restou aqui devidamente demonstrado que a inicial não indicou qualquer ato lesivo ao erário público, e, ainda, que a contratação do Réu foi precedida de licitação, tendo os serviços sido corretamente prestados em benefício exclusivo do Estado, não existindo lesividade capaz de justificar a propositura e procedência de uma ação popular.

Ante o exposto, é a presente para requerer:

(i) seja reconhecida a prescrição, nos termos do artigo 20 da Lei nº 4.717/65, com a conseqüente extinção da ação com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, com a exclusão do Réu da lide.

(ii) no mérito, e caso não acolhida a preliminar supra, julgar integralmente **improcedente a presente ação popular**, condenando-se o Autor no pagamento de custas judiciais e sucumbência;

(iii) a produção de todas as provas e direito admitidas, sem exceção de qualquer uma, e, em especial, a documental ora apresentada.

Por fim, informa, ainda, que os advogados do Réu possuem endereço profissional em...

Nestes Termos, Pede Deferimento.

Macapá-AP, 16 de julho de 2009.

JOSÉ ARNALDO DA FONSECA
OAB/DF Nº 303