



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Distribuição por Prevenção ao Min. Dias Toffoli

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, serviço público dotado de personalidade jurídica e regulamentado pela Lei nº 8.906/94, inscrito no CNPJ sob o nº 33.205.451/0001-14, por seu Presidente, **Claudio Pacheco Prates Lamachia** (anexo 1), vem, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seus advogados infra-assinados, com instrumento procuratório específico incluso (anexo 2), endereço para intimações na SAUS Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Brasília-DF e endereço eletrônico pc@oab.org.br, com base no art. 103, inc. VII e art. 102, inc. I, alínea “a” da Constituição Federal e no art. 2º, inc. VII da Lei nº 9.868/99, e de acordo com a decisão exarada nos autos da Proposição n. 49.0000.2016.005431-6/Conselho Pleno (certidão anexa), propor

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**

tendo por objeto os arts. 13, inc. V e 25, inc. II, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que *regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*, o que o faz pelos seguintes fundamentos:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

I – DA DISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO

A presente ação objetiva a declaração de constitucionalidade dos artigos 13, inciso V e 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93, que permitem a contratação de advogados por ente público pela modalidade de inexigibilidade de licitação.

Cumpre informar que no âmbito desta Suprema Corte tramita o Recurso Extraordinário n. 656.558/SP em que se discute tema correlato ao objeto da presente ação. Trata-se de demanda cuja controvérsia assenta na discussão se a contratação de serviços de advocacia por entes públicos, na modalidade de inexigibilidade de licitação, configura improbidade administrativa à luz do art. 37, § 4º da Constituição Federal. O processo está sob a relatoria do eminentíssimo Ministro Dias Toffoli.

Em função da pertinência temática, o art. 286 do Novo Código de Processo Civil dispõe que serão distribuídas por dependência as causas que se relacionam por conexão, o que se denota no presente caso. Nessa senda, convém trazer à baila a jurisprudência do STJ:¹

O conceito de conexão continua o mesmo (art. 55, caput, do Novo CPC e art. 103 do CPC/1973), ainda que tenha sido substituído o termo "objeto" por pedido, confirmando-se dessa forma a interpretação do art. 103 do CPC/1973 feita pela melhor doutrina no sentido de que a identidade de pedido ou causa de pedir gera conexão. Com a nova redação fica consagrada legislativamente tal interpretação.

Também o efeito da conexão continua a ser o mesmo: reunião das ações conexas para decisão conjunta perante o juízo prevento. Registre-se apenas que o art. 105 do CPC/1973, ao tratar da reunião das ações conexas, previa que as ações seriam julgadas simultaneamente, enquanto o art. 55, § 1.º, do Novo CPC prevê "decisão conjunta" das ações. Entendo que houve tão somente uma mudança redacional, conforme se constata da redação do art. 58 do Novo CPC ao dispor que as ações reunidas em razão da conexão ou continência sejam "decididas simultaneamente".

Não é preciso muito esforço para compreender a razão do julgamento conjunto (ou simultâneo). Ocorre, entretanto, que excepcionalmente o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo o julgamento de ações reunidas por conexão em momentos procedimentais distintos, quando uma das ações já estiver em condições de decisão de mérito imediata e a outra ainda demandar atividade jurisdicional para atingir o mesmo patamar de desenvolvimento. Tal realidade não deve se modificar.

O § 1º do art. 55 do Novo CPC prevê que não haverá reunião de processos de ações conexas se um deles já tiver sido sentenciado, entendimento já consagrado em súmula do Superior Tribunal de Justiça. No §, 2º do mesmo artigo, mais uma consagração de entendimento jurisprudencial: a existência de conexão entre execução de título extrajudicial e ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico. E no mesmo

¹STJ, 1ª Seção, CC 55.584/SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 12.08.2009, Dje 05.10.2009.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

parágrafo há a consagração de conexão entre execuções fundadas no mesmo título executivo.

As hipóteses previstas nos dois incisos do §2º do art. 55 do Novo CPC versam sobre a conexão que envolve execução, mas, como acertadamente indicado no Enunciado 236 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), o rol legal é meramente exemplificativo. Há, portanto, possibilidade de haver conexão envolvendo processo de execução ou cumprimento de sentença além das hipóteses consagradas em lei.

Novidade significativa quanto ao efeito da conexão é encontrada no §3º do artigo em comento. O dispositivo prevê a reunião de processos, mesmo não conexos, sempre que exista risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso sejam decididas separadamente (diferentes juízos). A reunião nessas circunstâncias já vinha sendo aceita pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que por meio da extensão do conceito de conexão.

Extrai-se, portanto, a possibilidade de reunião das ações em comento, ainda que no citado RE 656.558/SP já tenham sido prolatados sentença e acórdãos, a fim de propiciar um julgamento uníssono quanto à questão, conforme previsão do art. 55, §3º do NCPC².

Dessa forma, em razão da afinidade da matéria constante no referido Recurso Extraordinário com a presente ação, requer-se a sua distribuição por prevenção ao eminente Ministro Dias Toffoli, com base no disposto nos arts. 286, inc I e 55, § 3º, ambos do NCPC.

II – DO ATO NORMATIVO CUJA CONSTITUCIONALIDADE SE QUER VER DECLARADA:

A presente ação tem por finalidade provocar a declaração da constitucionalidade dos arts. 13, V e 25, II da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, cujo teor é a seguir reproduzido:

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

*Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
(...)*

² “Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. (...) §3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.” Cf.: NCPC.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

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;

Os dispositivos mencionados preveem a contratação, pela Administração Pública, de advogado na modalidade de inexigibilidade de licitação. Trata-se de dispositivo que reconhece a impossibilidade da realização de licitação para os casos de contratação de serviço advocatício.

Apesar da clareza do texto da lei *per se*, a legislação em apreço vem sendo alvo de controvérsias judiciais em diversas jurisdições do país, ao passo em que os advogados que contratam com a Administração sofrem reiteradamente condenações por improbidade administrativa.

É certo, conforme será demonstrado, que essa Suprema Corte já se posicionou pela legitimidade da contratação de advogados privados pela Administração Pública, afastando a referida imputação de improbidade administrativa. Contudo, a proliferação de decisões controversas pelo país enseja uma manifestação definitiva desse Eg. Tribunal.

III – DO CABIMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A análise da jurisprudência brasileira (Item IV) permite inferir que não há uniformidade acerca da contratação de serviço advocatício pela Administração Pública, em especial, quando se analisa os casos concretos.

Em razão das diversas condenações por improbidade administrativa, nota-se que o advogado que contrata com a Administração, nos termos dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993, encontra-se desprovido de amparo jurídico, a detrimento da previsão legislativa expressa.

As decisões proferidas provocam, de forma reflexa, a perda da coercitividade da norma, tornando-a inócuia. Nessa senda, ainda que a discussão jurisprudencial não utilize e trate expressamente da constitucionalidade do texto, ao afastar reiteradamente a sua aplicação indicam a incongruência da norma aos ditames constitucionais.

A controvérsia em torno da matéria e a criminalização dessa prática legalmente admitida traz à tona que o cerne da questão se assenta na discussão da



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

compatibilidade do texto normativo ao ordenamento jurídico, em destaque, à Constituição Federal.

Aplica-se, por analogia, a Súmula Vinculante 10, a qual dispõe que, ainda que não haja discussão quanto à compatibilidade do texto legal com a Constituição Federal, o afastamento da incidência da norma implica a apreciação de constitucionalidade, o que é matéria de competência do Plenário:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

O caso que ensejou a edição da referida súmula tratava-se de Recurso Extraordinário que contestava a não aplicação do art. 3º da LC 118/2005 pelo STJ, em detrimento da previsão do art. 4º da mesma lei e do art. 106, I, do Código Tributário Nacional. Na oportunidade, a interpretação dessa Suprema Corte foi no sentido de que “ao deixar de aplicar os dispositivos em questão por risco de violação da segurança jurídica (princípio constitucional), é inequívoco que o acórdão recorrido declarou-lhes implícita e incidentalmente a inconstitucionalidade parcial”.³

Por tal razão, faz-se indispensável a declaração, por essa Eg. Corte, da plena aplicabilidade da norma, a fim de revitalizar o seu caráter coercitivo e restabelecer a segurança jurídica, impedindo que as imputações de improbidade administrativa causem a inaplicabilidade dos dispositivos.

Dessa forma, por meio da propositura da presente ação, pugna-se para que não haja distinção interpretativa que extrapole ou restrinja indevidamente o texto legal ou afaste reiteradamente a aplicação da norma, à revelia da vontade do legislador.

Isso porque, vislumbra-se situações em que os arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993 deixaram de ser aplicados em razão da alta subjetividade dos critérios da notória especialização e da singularidade do serviço, os quais se submetem a todo

³ "Discute-se no recurso extraordinário se o acórdão recorrido violou a reserva de Plenário para declaração de inconstitucionalidade de lei (art. 97 da Constituição), na medida em que deixou de aplicar retroativamente o art. 3º da LC 118/2005, como determinam o art. 4º da mesma lei e o art. 106, I, do Código Tributário Nacional. (...) Ao deixar de aplicar os dispositivos em questão por risco de violação da segurança jurídica (princípio constitucional), é inequívoco que o acórdão recorrido declarou-lhes implícita e incidentalmente a inconstitucionalidade parcial. (...) Portanto, ao invocar precedente da Seção, e não do Órgão Especial, para decidir pela inaplicabilidade de norma ordinária federal com base em disposição constitucional, entendo que o acórdão recorrido deixou de observar a necessária reserva de Plenário, nos termos do art. 97 da Constituição". (RE 482090, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgamento em 18.6.2008, DJe de 13.3.2009)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

momento ao crivo interpretativo de cada magistrado. A consequência prática desse cenário é a destituição da força normativa do texto legal, caracterizando as decisões proferidas em declarações incidentais da constitucionalidade dos dispositivos, ainda que de cunho parcial.

Neste contexto, recorre-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade como única medida cabível para dirimir as controvérsias em torno dos dispositivos.

De acordo com a Lei 9.868/1999, a admissibilidade para a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) pressupõe existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto do pedido⁴. Acerca da exigência legal, Gilmar Ferreira Mendes observa:

“Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias, mormente às ações declaratórias de conteúdo positivo.

Assim, não se afigura admissível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade se não houver controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma.

Evidentemente, são múltiplas as formas de manifestação desse estado de incerteza quanto à legitimidade da norma.

A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição.”⁵

Adotando-se tal posicionamento e à luz das inúmeras decisões divergentes que serão posteriormente relatadas, observa-se o preenchimento do quesito da controvérsia jurídica relevante, face ao potencial multiplicador da discussão e em razão dos diversos certames em que ocorre o afastamento da aplicação do texto legal, impondo-se a manifestação dessa Suprema Corte a fim de afastar a insegurança jurídica em torno da matéria.

IV – DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 13, INC. V E 25, INC. II, DA LEI N. 8.666/1993:

Cumpre esclarecer que a realização de procedimento licitatório é a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, os artigos em apreço preveem hipóteses em que esse processo é inviável em razão da impossibilidade de competição.

⁴ “Art. 14. A petição inicial indicará: [...]

III – a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.”

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.219.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Depreende-se da leitura do art. 13, inciso V, que se consideram serviços técnicos especializados o trabalho concernente ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas. É dizer que, a previsão de inexigibilidade de procedimento licitatório aplica-se aos serviços advocatícios, em virtude deles se enquadrarem como serviço técnico especializado, cuja singularidade, tecnicidade e capacidade do profissional, tornam inviáveis a realização de licitação.

A respeito dos critérios de singularidade e notória especialização nos casos de inexigibilidade de licitação, esclarece o Min. Carlos Átila Álvares da Silva:⁶

*Note-se que o adjetivo ‘singular’ não significa necessariamente ‘único’. O dicionário registra inúmeras acepções, tais como: *invulgar, especial, raro, extraordinário, diferente, distinto, notável*. A meu ver, quando a lei fala de serviço singular, não se refere a ‘único’, e sim a ‘*invulgar, especial, notável*’. Escudo essa dedução lembrando que na lei não existem disposições inúteis. Se ‘singular’ significasse ‘único’, seria o mesmo que ‘exclusivo’, e portanto o dispositivo seria inútil, pois estaria redundante o inciso I imediatamente anterior.*

Portanto, no meu entender, para fins de caracterizar a inviabilidade de competição e consequentemente a inexigibilidade de licitação, a notória especialização se manifesta mediante o pronunciamento do administrador sobre a adequação e suficiência da capacidade da empresa para atender ao seu caso concreto. Logo, num determinado setor de atividade, pode haver mais de uma empresa com ampla experiência na prestação de um serviço singular, e pode não obstante ocorrer que, em circunstâncias dadas, somente uma dentre elas tenha ‘notória especialização’: será aquela que o gestor considerar a mais adequada para prestar os serviços previstos no caso concreto do contrato específico que pretende celebrar. Ressalvadas sempre as hipóteses de interpretações flagrantemente abusivas, defendo assim a tese de que se deve preservar margens flexíveis para que o gestor exerça esse poder discricionário que a lei lhe outorga.

Consoante essa interpretação, esclarece o jurista ADILSON DE ABREU DALLARI que ‘não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas’, sendo claro, por outro lado, que inexiste um trabalho advocatício ‘equivalente perfeito’ ao outro.⁷

No mesmo sentido, Eros Roberto Grau afirma que a singularidade está atrelada à confiabilidade que é depositada a um determinado profissional ou empresa. Para o Min., ser um serviço singular, não significa que ele seja necessariamente o único,

⁶ TCU, TC 010578/95-1, BLC n. 3, 1996, p.122

⁷ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO na obra Licitações, 1985, Revista dos Tribunais, p. 15.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

já que outros poderiam realizá-lo. A distinção encontra-se no modo e no estilo de determinado contratado.⁸

Em razão da confiança intrínseca à relação advogado e cliente, nota-se que a inexigibilidade de licitação é único meio para a contratação do serviço advocatício pela Administração Pública.

Isso porque, a inexigibilidade de licitação pode se manifestar ainda quando existam vários especialistas aptos a prestarem o serviço pretendido pela Administração, já que todos eles se distinguem por características marcadas pela subjetividade, por suas experiências de cunho particular. Por esse motivo, a Administração, utilizando-se da discricionariedade a ela conferida, avaliando conceitos de valor variáveis em maior ou menor grau, escolhe um dos especialistas em detrimento dos demais existentes.

Nesse sentido, esclarece o Min. Eros Grau:

“Por certo, pode a Administração depositar ‘confiança’ em mais de um profissional ou empresa dotado de notória especialização relativamente à prestação de serviço técnico profissional especializado, singular, mesmo porque, detendo notória especialização, todos eles são virtualmente merecedores da ‘confiança’, contudo, não pode ser objetivamente apurada, de modo que se possa identificar, entre os profissionais ou empresas nos quais o agente público incumbido de tomar a decisão referentemente a qual deles ou delas deve ser contratado, qual o que, sendo contratado, executará o trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. A decisão quanto à escolha desse profissional ou daquela empresa para a prestação do serviço não pode, repito, ser demonstrada, ainda que se a possa justificar. Repito: é escolha discricionária do agente público ou dos agentes públicos competentes para contratá-lo.”⁹

Aplicando sua teoria, o mesmo Min. Eros Grau, em sede do julgamento da AP 348, apontou a inviabilidade de licitação em virtude da confiabilidade:

“[...] o requisito da confiança da Administração em quem deseja contratar é subjetivo, logo, a realização de procedimento licitatório para 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

⁸ “Singulares são porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. (...) Ser singular o serviço, isso não significa seja ele necessariamente o único. Outros podem realizá-lo, embora não o possam realizar do mesmo modo e com o mesmo estilo de um determinado profissional ou de uma determinada empresa.” Extraído do artigo inexigibilidade de Licitação – serviços técnicos especializados – notória especialização, in RDP 99/70.

⁹ Licitação e Contrato Administrativo – estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 74-75.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Administração para a escolha do ‘trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (cf o § 1º do art. 25 da Lei n. 8.666/93)’.

Ainda concernente à confiabilidade, José Afonso da Silva acrescenta (anexo 3 - p. 4) que “a peculiaridade mais saliente dos serviços advocatícios é que eles assentam no princípio da confiança, que repugna o processo licitatório, mas essa confiança que é subjetiva sim, mas com singularidades que afastam critérios puramente pessoais”.

A confiabilidade é, portanto, um dos critérios que impedem a exigibilidade da licitação para a contratação do serviço advocatício. Outro elemento impeditivo é a vedação da mercantilização da advocacia, conforme a Súmula n. 5/2012/COP (anexo 5) editada pelo Conselho Pleno deste Conselho Federal:

ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal.¹⁰

Acrescenta-se, ainda, que a mercantilização da advocacia é também vedada pelo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo artigo específico é abaixo transscrito:

Art. 5º O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.

Verifica-se, portanto, que a instauração de procedimento licitatório para a contratação de advogado é ato administrativo pelo qual o profissional participante poderia incorrer em punição junto ao seu Órgão de Classe, face à impossibilidade do estabelecimento da livre concorrência entre os candidatos, o que concretizaria na mercantilização do serviço.

Plínio Salgado e Ana Carolina Wanderley Teixeira, analisando a jurisprudência do STJ quanto ao tema, assinalam que esse Tribunal Superior já se posicionou no sentido de que “o estatuto da advocacia estabelece preceito que veda ao advogado mercantilizar e aviltar o valor dos honorários (...), circunstância que não

¹⁰CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula-05-2012-COP.pdf>>. Acesso em 08/04/2016.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

poderia ser observada quando se constata, de grande parte dos editais de licitação, que a contratação feita pelo poder público objetiva, em geral, o menor preço”¹¹.

Frisa-se, ainda, o entendimento de Hely Lopes Meirelles quanto à matéria:¹²

Não só existe a impossibilidade jurídica de competição de preço ou de técnica entre os serviços jurídicos, como também a instauração de licitação contraria as normas do próprio Estatuto da Ordem dos Advogados e respectivo Código de Ética (arts. 39 e 41 [art. 48, §6º NCE] e Precedentes do Tribunal de Ética 1.062, no Processo E-1.355). Assim, nem mesmo o concurso seria viável.

Do exposto, a vedação à mercantilização inviabiliza a licitação de serviços advocatícios, conforme bem pontuado pela doutrina e jurisprudência.

Além dos pressupostos da mercantilização da atividade advocatícia, do elemento da confiabilidade da relação profissional e da discricionariedade do ato, infere-se, ainda, que os critérios da notória especialização e da singularidade do serviço são intrínsecos à atividade profissional em si, sendo inviável sua aferição por meio de competição objetiva entre os candidatos.

A corroborar com esse entendimento, o Dr. Sérgio Ferraz já manifestou – Processo nº PRO-0034/2002/COP deste Conselho Federal – que “o que é singular se revela insusceptível de confronto”, pois a “confluência da especialidade da matéria com a singularidade do prestador veda a cogitação lógica ou jurídica de licitação, em tais eventualidades”.

No tocante à notoriedade, Joel de Menezes Niebuhr esclarece os equívocos na determinação da notória especialização quando se busca a aplicação desse elemento aos casos concretos:¹³

Ressalva-se, contudo, ser equivocado apurar a notória especialização pela notoriedade da pessoa. O sujeito pode ser em tudo conhecido, mas não necessariamente por seus méritos profissionais. A notoriedade é da especialização do profissional e não do profissional em si. Outrossim, a notória especialização deve ser apreciada no meio que atua o profissional. De um jeito ou de outro, o termo notoriedade induz conceito indeterminado, isto é, variável em grau maior ou menor, em decorrência do que se afere

¹¹ *Inexigibilidade de licitação para contratação de advogados na jurisprudência dos tribunais superiores.* In: O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello / Coordenadores Flávio Henrique Unes Pereira; Márcio Cammarosano; Marilda de Paula Silveira; Maurício Zockun. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 475.

¹² *Licitação e Contrato Administrativo.* 13ª ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 155 e 116.

¹³ *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública.* 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 169



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

discricionariedade em sua apreciação. A determinação do grau mínimo de notoriedade necessária para dar suporte à inexigibilidade não é precisa”

Conclui-se, portanto, pela impossibilidade de se determinar a notória especialização nos casos de avaliação da atividade advocatícia, cujos parâmetros são deveras ampliativos a permitir uma determinação precisa caso a caso. Isso porque, poderia se avaliar tanto títulos acadêmicos, quanto publicações, tempo de atividade, sucesso nas causas judiciais sem poder inferir qual critério se sobressairia ao outro, face à evidencia da subjetividade.

Nessa senda, apontou a Min. Cármem Lúcia na já citada AP 348 de Relatoria do Min. Eros Grau:

“No caso de contratação de advogado, tal como justificado, motivado, ocorreria realmente a situação prevista de inexigibilidade de licitação, pois não há, como disse o Ministro Eros Grau, condições de objetivamente cumprir-se o art. 3º da Lei n. 8.666/93. Um dos princípios da licitação, postos pelo art. 3º é exatamente o do julgamento objetivo. Não há como dar julgamento objetivo entre dois ou mais advogados. De toda sorte, como verificar se um é melhor do que o outro? Cada pessoa advoga de um jeito. Não há como objetivar isso. Esse é o típico caso, como mencionou o Ministro Eros Grau, de inexigibilidade de licitação – artigo 25 c.c. artigo 13.”

Conota-se, assim, que tal subjetividade intrínseca aos critérios de notória especialização e singularidade, impedem sua determinação nos casos de competição entre advogados, o que impossibilita a instauração de procedimento licitatório. A contratação entre advogado e ente público é, conforme demonstrado, ato discricionário em essência, com fundamento na vedação da mercantilização da atividade advocatícia e na confiabilidade existente nessa relação profissional.

Nesse diapasão, Lucas Rocha Furtado esclarece que “a não ser diante de casos em que fique flagrantemente caracterizada interpretação abusiva do art. 25 da Lei de Licitações, a escolha do contratado pelo administrador, desde que demonstrados os requisitos objetivos necessários ao enquadramento no permissivo legal, deve ser considerada legítima”¹⁴.

Trata-se de previsão que privilegia o princípio da supremacia do interesse público, cujo cerne assenta-se no benefício da coletividade, ainda que a ação vise algum interesse estatal imediato. Diante da inviabilidade da realização do processo licitatório, a administração pública não deve ficar desamparada, impondo-se que, pela supremacia do

¹⁴ *Curso de Licitações e contratos administrativos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 102.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

interesse público, seja realizada a contratação de advogado pela modalidade da inexigibilidade de licitação.

Acrescenta-se que, tal determinação legal possui amparo no princípio da eficiência, cujo cerne é a procura de produtividade e economicidade, impondo a execução dos serviços públicos com presteza e rendimento funcional. Como requisito desse princípio, Eduardo Azeredo Rodrigues, incrementa os critérios de qualidade, celeridade, desburocratização e flexibilização¹⁵.

Ainda sobre o princípio da eficiência, convém esclarecer que a realidade dos Municípios brasileiros exige a contratação de advogado nessa modalidade, sob pena do ente federativo ficar desamparado juridicamente. Sobre a questão denota José Afonso da Silva (anexo 3 – p. 6):

(...) os Municípios não estão contemplados nessa institucionalização constitucional [arts. 131 e 132 da CF], sem embargo de poderem ter suas procuradorias, como por certo os Municípios das Capitais dos Estados e Municípios maiores as têm. Mas há centenas de Municípios que não as têm, porque sequer comportam manter procuradorias jurídicas como um serviço permanente de sua estrutura. Por isso, têm que recorrer à contratação de um profissional habilitado para prestar-lhes tais serviços, quando as circunstâncias o exigem. Demais, as próprias entidades federadas que têm suas procuradorias e consultorias jurídicas, não raro, se veem na contingência de contratar advogado para pareceres ou para a defesa de seus interesses em juízo.

Além de se subsidiar no princípio da eficiência, esclarece-se que o procedimento licitatório, por estar previsto e regulamentado pela Lei n. 8666/93, também observa o princípio da legalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal. Nesse sentido, observa-se que os critérios da discricionariedade¹⁶ e da inexigibilidade de licitação possuem amparo legal, cuja violação implica em aviltamento do preceito constitucional da legalidade. “Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei”¹⁷, requisito que se encontra devidamente preenchido.

Nessa escorreita, acentua-se que o respeito ao princípio da legalidade garante o resguardo ao princípio da segurança jurídica, o qual comporta dois vetores

¹⁵ RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios*. Lumen Juris. 2012. p. 91-99.

¹⁶ “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;” Cf.: Lei n. 9784/1999.

¹⁷ *Manual de Direito Administrativo*. 30 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2016. p. 20.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

básicos quanto às perspectivas do cidadão, cuja definição é apresentada por José dos Santos Carvalho Filho:¹⁸

De um lado, a perspectiva de certeza, que indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas, e, de outro, a perspectiva de estabilidade, mediante a qual se difunde a ideia de consolidação das ações administrativas e se oferece a criação de novos mecanismos de defesa por parte do administrado, inclusive alguns deles, como o direito adquirido e o ato jurídico, de uso mais constante no direito privado.

Aplicando-se tal princípio ao caso em apreço, extrai-se que as diversas decisões judiciais que divergem quanto à interpretação dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993, afetam o preceito da segurança jurídica ao retirarem a coercitividade do texto legal e a expectativa de direito.

Urge-se, portanto, a submissão da presente questão à interpretação soberana dessa Eg. Suprema Corte, a fim declarar a constitucionalidade dos referidos dispositivos, restaurando sua plena eficácia normativa, face a sua verificada compatibilidade com o com os princípios regentes da Constituição Federal.

V – DA EXISTÊNCIA DE RELEVANTE CONTROVÉRSIA JUDICIAL SOBRE A APLICABILIDADE DOS ARTS. 13, INC. V E 25, INC. II, DA LEI N. 8.666/1993:

À revelia dos argumentos apresentados, a jurisprudência brasileira tem demonstrado alta controvérsia jurídica quanto à temática.

Observa-se que, apesar da expressa previsão legal, advogados estão sendo condenados pela suposta prática de ato de improbidade administrativa por terem entabulado contrato com entes públicos para a prestação de serviço por inexigibilidade de licitação, conforme denota:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA SEM LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, QUE REGE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SANÇÕES DO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADE. CUMULAÇÃO DE PENAS. DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA DAS PENAS.

(...)

3. A contratação embasada na inexigibilidade de licitação por notória especialização (art. 25, II, da Lei de Licitação) requer: formalização de processo para demonstrar a singularidade do serviço técnico a ser executado; e, ainda, que o trabalho do contratado

¹⁸ *Manual de Direito Administrativo*. 30 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2016. p. 38.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

seja essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

4. O contrato para prestação de serviços técnicos no assessoramento à Câmara Municipal de Raposos/MG nas áreas jurídica, administrativa e parlamentar (fls. 45-46) não preenche os requisitos do art. 25, II e § 1º, da Lei de Licitação, não configurando situação de inexigibilidade de licitação.

5. A conduta dos recorridos — de contratar serviços técnicos sem prévio procedimento licitatório e de não formalizar processo para justificar a inexigibilidade da licitação — fere o art. 26 da Lei de Licitação e atenta contra o princípio da legalidade que rege a Administração Pública, amoldando-se ao ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei de Improbidade

7. Verificada a prática do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992

(...)

10. Recurso Especial provido.

(REsp 1038736/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 28/04/2011)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. INVIALIDADE.

(...)

5. Quanto ao mérito, a questão cinge-se na contratação de advogado e contador por Câmara Municipal sem licitação, com fundamento no art. 25 da Lei n. 8.666/93 - que refere-se à inexigibilidade de licitação.

6. Conforme depreende-se do artigo citado acima, a contratação sem licitação, por inexigibilidade, deve estar vinculada à notória especialização do prestador de serviço, de forma a evidenciar que o seu trabalho é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado e, sendo assim, inviável a competição entre outros profissionais.

7. No entanto, apesar do caso tratado nos autos não ser hipótese de dispensa de licitação, o pedido do recorrente de que o advogado efetue a devolução dos valores recebidos não pode prosperar. Este Tribunal entende que, se os serviços foram prestados, não há que se falar em devolução, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado.

8. A interposição do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional também exige que o recorrente cumpra o disposto nos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 1º, a, e § 2º, do RISTJ, o que não ocorre na espécie.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(STJ. REsp 1238466/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 14/09/2011)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇO SINGULAR PRESTADO POR PROFISSIONAIS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. HISTÓRICO

(...)

6. De acordo com o disposto nos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/1993, a regra é que o patrocínio ou a defesa de causas judiciais ou administrativas, que caracterizam serviço técnico profissional especializado, devem ser contratados mediante concurso, com estipulação prévia do prêmio ou remuneração. Em caráter excepcional, verificável quando a atividade for de natureza singular e o profissional ou empresa possuir notória especialização, não será exigida a licitação.

7. Como a inexigibilidade é medida de exceção, deve ser interpretada restritivamente.

AUSÊNCIA DE SINGULARIDADE DO SERVIÇO CONTRATADO

8. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem julgou improcedente o pedido com base na seguinte premissa, estritamente jurídica: nas causas de grande repercussão econômica, a simples instauração de processo administrativo em que seja apurada a especialização do profissional contratado é suficiente para justificar a inexigibilidade da licitação.

9. A violação da legislação federal decorre da diminuta (para não dizer inexistente) importância atribuída ao critério verdadeiramente essencial que deve ser utilizado para justificar a inexigibilidade da licitação, isto é, a comprovação da singularidade do serviço a ser contratado.

(...) Friso uma vez mais: não há singularidade na contratação de escritório de advocacia com a finalidade de ajuizar Ação de Repetição de Indébito Tributário, apresentar defesa judicial ou administrativa destinada a excluir a cobrança de tributos, ou, ainda, prestar de forma generalizada assessoria jurídica.

14. É pouco crível que, na própria capital do Estado de Goiás, inexistam outros escritórios igualmente especializados na atuação acima referida.

15. O STJ possui entendimento de que viola o disposto no art. 25 da Lei 8.666/1993 a contratação de advogado quando não caracterizada a singularidade na prestação do serviço e a inviabilidade da competição. Precedentes: REsp 1.210.756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 14/12/2010; REsp 436.869/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 01/02/2006, p. 477.

(...).

ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

19. A conduta dos recorridos - de contratar diretamente serviços técnicos sem demonstrar a singularidade do objeto contratado e a notória especialização, e com cláusula de remuneração abusiva - fere o dever do administrador de agir na estrita legalidade e moralidade que norteiam a Administração Pública, amoldando-se ao ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei de Improbidade.

20. É desnecessário perquirir acerca da comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou da caracterização de prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária ao dever de legalidade, corroborada pelos sucessivos aditamentos contratuais, pois é inequívoca a obrigatoriedade de formalização de processo para justificar a contratação de serviços pela Administração Pública sem o procedimento licitatório (hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação).



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

(...)

22. Verificada a prática do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992, consubstanciado na infringência aos princípios da legalidade e da moralidade, cabe aos julgadores impor as sanções descritas na mesma Lei, sob pena de tornar impunes tais condutas e estimular práticas ímporas na Administração Pública.

DISCIPLINA CONSTITUCIONAL

23. De acordo com o exposto, a contratação de escritórios profissionais de advocacia sem a demonstração concreta das hipóteses de inexigibilidade de licitação (singularidade do serviço e notória especialização do prestador), acrescida da inserção de cláusulas que transformam o prestador de serviço em sócio do Estado, negam aplicação ao art. 37, caput, e inciso XXI, da CF/1988.

(...)

(*REsp 1377703/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 12/03/2014*)

Das decisões acima, cumpre frisar que no REsp 1377703/GO de Relatoria da Ministra Eliana Calmon, há a análise da disciplina constitucional que envolve a contratação de advogado por inexigibilidade de licitação.

Observa-se, portanto, que a Ministra se debruça, conforme o item 23 da ementa transcrita, sobre os paradigmas constitucionais da temática, o que reforça a tese apresentada de que o afastamento da incidência dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993 constitui declaração incidental de inconstitucionalidade, à evidencia de que a matéria apreciada, ainda que implicitamente, é de cunho constitucional. Reitera-se, nesse ponto, o cabimento da interpretação, por analogia, da Súmula Vinculante 10.

No certame, a e. Min. afastou – da mesma forma em que fizeram os Ministros dos dois julgados antecedentes – a incidência dos dispositivos citados e caracterizou a contratação realizada como ato de improbidade administrativa face a não demonstração da singularidade do serviço prestado. *Data venia*, esclarece-se que a ilustre Ministra desconsiderou o preceito da mercantilização da advocacia; a confiabilidade intrínseca da relação cliente/advogado e a condição de que esse ato administrativo é de cunho discricionário.

Ressalta-se, contudo, que em contraposição às decisões colacionadas acima, a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de afastar a suposta improbidade administrativa nos casos de contratação de serviço advocatício por inexigibilidade de licitação:

IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa.

(STF. Inq 3074, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 02-10-2014 PUBLIC 03-10-2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. PARLAMENTAR FEDERAL. DENÚNCIA OFERECIDA. ARTIGO 89, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/93. ARTIGO 41 DO CPP. NÃO CONFORMIDADE ENTRE OS FATOS DESCritos NA EXORDIAL ACUSATÓRIA E O TIPO PREVISTO NO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.

(...)2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia, foram de, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL. 3. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico. (...) Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 5. Ausentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não há justa causa para a deflagração da ação penal em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. 6. Acusação, ademais, improcedente (Lei nº 8.038/90, art. 6º, caput).

(STF. Inq 3077, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012)

Nesse mesmo sentido, pronunciou-se o Conselho Nacional do Ministério Público, em sede de análise do Processo n. 0.00.000.000171/2014-42 de Relatoria do e. Conselheiro Antônio Pereira Duarte, pela Recomendação aos membros do Ministério Público de se absterem de adotar medidas contrárias ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça (RESP 1.192.332/RS), que autoriza o ente público a contratar



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

advogado por inexigibilidade de licitação, assegurando a inviolabilidade ao seu exercício profissional. Restou, formulada a Recomendação n. 36/2016 (anexo 4), cujo teor segue abaixo:

Art. 1º A contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou improbo, pelo que recomenda aos membros do Ministério Público que, caso entenda irregular a contratação, descreva na eventual ação a ser proposta o descumprimento dos requisitos da Lei de Licitação

Acrescenta-se, ainda, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria:

HABEAS CORPUS. LICITAÇÃO ILEGALMENTE INEXIGIDA (ART. 89 DA LEI N. 8.666/93). ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO PROFISSIONAL PARA PATROCÍNIO DE CAUSA ESPECÍFICA. EXISTÊNCIA DE CORPO JURÍDICO CONSTITUÍDO NO ÂMBITO DA AGÊNCIA DE FOMENTO. CONFLITO DE INTERESSES CONFIGURADO. GRAU DE CONFIABILIDADE. CRITÉRIO SUBJETIVO. DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO. INVIALIDADE DE COMPETIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

2. A inviabilidade de competição a que se refere o artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93, não se caracteriza apenas na exclusividade na prestação do serviço técnico almejado, mas também na sua singularidade, marcada pela notória especialização do profissional, bem como pela confiança nele depositada pela administração. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

3. O grau de confiança depositado na contratação do profissional, em razão da sua carga subjetiva, não é suscetível de ser valorado no bojo de um certame licitatório e se encontra no âmbito de atuação discricionária do administrador público, razão pela qual a competição se torna inviável.

4. Na hipótese em apreço, o órgão acusatório considerou irregular a contratação direta pela administração pública pelo fato da agência de fomento presidida pelo paciente contar com um corpo jurídico próprio, o qual seria apto a defendê-la na demanda que é objeto do contrato.

5. O fato da agência de fomento presidida pelo paciente possuir um corpo jurídico próprio, por si só, não torna ilegal a contratação de escritório de advocacia por meio de inexigibilidade do certame licitatório, mormente pela existência de conflito de interesses de membros daquele com a demanda.

6. Constatando-se que a contratação direta ocorreu dentro dos limites legais, afasta-se a tipicidade da conduta, sendo imperioso o trancamento da ação penal em apreço.

(...)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

8. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade da conduta atribuída ao paciente, determinando-se o trancamento da ação penal deflagrada, estendendo-se os efeitos desta decisão aos demais corréus.

(HC 228.759/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 07/05/2012)

A assunção de que o serviço advocatício contratado na modalidade de inexigibilidade de licitação enseja improbidade administrativa, em razão do não preenchimento dos requisitos da singularidade do serviço e notória especialização, é uma anomalia jurídica.

Tais critérios são de caráter subjetivo, o que dá abertura para interpretações e posicionamentos divergentes. Nesse contexto, sobre um mesmo caso concreto, magistrados de diferentes instâncias judiciais proferiram decisões díspares no enfrentamento do tema da inexigibilidade de licitação quando verificado à luz dos referidos critérios imprecisos:

AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 854.079 - GO (2016/0022963-9). RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES. AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. AGRAVADO: CÂMARA MUNICIPAL DE AMERICANO DO BRASIL. DECISÃO.

O Ministério Público do Estado de Goiás agravou da decisão denegatória de seguimento ao recurso especial interposto por si com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição da República, contra o acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal de Justiça da mesma unidade federativa, assim ementado (e-STJ fls. 472):

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER. CRIAÇÃO DA PROCURADORIA MUNICIPAL. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO ADMINISTRADOR. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ASSESSORIA JURÍDICA E CORRELATOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRECEDENTES DO STF.

1. A criação da procuradoria municipal e preenchimento dos respectivos cargos via concurso público é matéria vinculada ao mérito administrativo, não podendo ser imposta pelo julgador, haja vista o princípio da separação dos poderes constituídos, insculpido no artigo 2º, da Carta Magna vigente.

2. A Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93.), em diversas oportunidades, abre espaço para a atuação discricionária do administrador, em especial nas hipóteses de inexigibilidade, onde há permissão de contratação direta, para alcançar o objeto desejado pela Administração Pública.

3. Considerando a impossibilidade de julgamento objetivo acerca das propostas apresentadas pelos advogados/licitantes, e verificado o vínculo de confiança que circunda a contratação do representante judicial, além das naturais dificuldades em se sopesar qual dos profissionais habilitados seria o melhor para o exercício judicial da defesa do município, os serviços de advocacia revelam-se inconciliáveis com a licitação.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Precedentes do STF. REMESSA OBRIGATÓRIA E APelação CÍVEL CONHECIDAS E PROVIDAS.

(...)

É o relatório.

Decido.

(...)

A questão cinge-se na contratação de serviços advocatícios por Câmara Municipal sem licitação com fundamento no art. 25 da Lei n. 8.666/93, que se refere a inexigibilidade de licitação.

Colaciono o artigo retro mencionado a título de fundamentação:

(...)

Conforme se depreende do artigo citado acima, a contratação sem licitação, por inexigibilidade, deve estar vinculada à notória especialização do prestador de serviço, de forma a evidenciar que o seu trabalho é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado e, sendo assim, inviável a competição entre outros profissionais.

A notória especialização, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável - que fala por si. No entanto, o acórdão ao proferir seu entendimento, posicionou-se no sentido de que a prestação do serviço de advocacia é incompatível com o incitamento à competição e com o julgamento objetivo das propostas inerentes ao procedimento licitatório. Eis trecho do acórdão recorrido:

Valioso destacar que, ao apreciar caso análogo ao ora analisado (Apelação cível nº 16119-13.2007.8.09.0051, relatado pela eminentíssima Desembargadora Beatriz Figueiredo Franco), esta Corte de Justiça entendeu ser inexigível o procedimento licitatório para a admissão de advogados pelos municípios.

Isso porque a licitação busca selecionar a proposta mais vantajosa para a administração a partir do incitamento de competição e julgamento objetivo das propostas apresentadas pelos licitantes, nos termos do artigo 3º, da Lei nº 8.666/93. Na hipótese em embate, a licitação imporia franca concorrência entre os advogados no rastro da captação do cliente, enfrentamento que, à sabença, constitui infração disciplinar punida pela Lei Federal nº 8.906/94 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 34, inciso VI), e pelo Código de Ética e Disciplina da categoria (artigo 33). Some-se a isso a impossibilidade de julgamento objetivo acerca das propostas apresentadas pelos causídicos licitantes, haja vista o vínculo de confiança que circunda a relação entre constituente e constituído, além das naturais dificuldades de se sopesar qual dos profissionais habilitados seria o melhor para o exercício da advocacia.

Dessa forma, porquanto incompatíveis com a mercantilização e com o critério de julgamento objetivo (artigo 50, da Lei Federal nº 8.906/94), os serviços de advocacia revelam-se, também, inconciliáveis com a licitação. Esta interpretação é, inclusive, adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), intérprete final da Constituição. [...]

Ora, o artigo mencionado traz como requisitos para a inexigibilidade da licitação, a especialidade do técnico associada à singularidade do serviço contratado. Em conclusão, envolve serviço específico que reclame conhecimento extraordinário do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

No caso em espécie, o acórdão recorrido autoriza que, em qualquer hipótese, a contratação de serviços prestados por advogado seja realizada com inexigibilidade de licitação antes a inviabilidade de competição em razão do "vínculo de confiança entre constituinte e constituído".

Contudo, é cediço que a defesa de causas judiciais ou administrativas bem como elaboração de pareceres ou peças processuais são atividades genéricas que demandam conhecimentos aprofundados, que não possam ser enfrentados por diversos advogados ou escritórios de advocacia atuantes na área da Administração Pública.

Por tal razão, descabida a afirmação de inviabilidade de competição para a contratação do serviço.

Outrossim, é impróprio utilizar como fundamento para a inexigibilidade de licitação a confiança da Administração no causídico, pois a contratação deve se orientar no interesse público, não sendo admitidas quaisquer preferências de cunho pessoal.

(...)

Portanto, deve ser reformado o acórdão para restabelecer a parte da sentença que dispõe sobre a necessidade de realização do procedimento licitatório para a contratação de serviços advocatícios.

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/2015 c/c o art. 253, parágrafo único, II, c, do RISTJ, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação. (...)

A análise da decisão monocrática transcrita permite extrair as incongruências das interpretações adotadas pelos julgadores quando da aplicação dos dispositivos da Lei n. 8.666/1993. Ao apreciar a apelação, o e. Desembargador Jeová Sardinha de Moraes do TJGO assenta pela impossibilidade da realização de processo licitatório para a contratação de serviço advocatício em razão do vínculo de confiança “que circunda a relação entre constituinte e constituído”, associada às “dificuldades de se sopesar qual dos profissionais habilitados seria o melhor para o exercício da advocacia”. O i. Desembargador ressalta, ainda, o risco de se incorrer na vedada mercantilização da advocacia nos casos de imposição de livre concorrência.

Contradicitoriamente, no AREsp n. 854.079/GO, de Relatoria do Ministro Mauro Campbell, decidiu-se que a contratação de advogado sem licitação estava adstrita a casos excepcionais, cuja notoriedade jurídica e singularidade do serviço deveriam ser demonstradas.

De outro giro, o Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no Inquérito 3.077 Alagoas de Relatoria do Min. Dias Toffoli, destacou que “se os serviços elencados no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 são prestados com características subjetivas, consequentemente são julgados de modo subjetivo, afastando a objetividade, e



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

com ela, a competitividade, não se justificando a necessidade de instauração da licitação pública".¹⁹

Denota-se, portanto, que os critérios subjetivos de notória especialização e singularidade do serviço causam grave insegurança jurídica e afetam a expectativa de direito, impossibilitando a devida aplicação da norma nas relações sociais.

Nesse sentido, ao retirar a exigibilidade do texto legal em apreço, as decisões judiciais demonstradas caracterizam-se como declarações incidentais de inconstitucionalidade, cuja coercitividade deve ser reestabelecida por essa Suprema Corte em razão da demonstrada constitucionalidade dos dispositivos.

À evidencia dos julgamentos díspares apresentados, resta comprovado o preenchimento do requisito da controvérsia jurídica relevante a ensejar o conhecimento e apreciação da presente ação, a fim de seja declarada a constitucionalidade dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993, dirimindo as interpretações divergentes que reputam a contratação como ato de improbidade, a fim de se reconhecer que a contratação de advogado é ato discricionário da Administração Pública, face a inviabilidade de realização de procedimento licitatório.

VI - DA MEDIDA CAUTELAR

Incontroverso é que a Lei emanada pelo Congresso Nacional exsurge dotada de presunção de constitucionalidade, possuindo caráter cogente desde logo em vigor.

Ocorre que o modelo adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, possibilita o controle difuso da constitucionalidade, permitindo a todos membros do Poder Judiciário a incidental declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos.

Casos há em que se revela imprescindível a pronúncia deste Egrégio Supremo Tribunal, guardião institucional da Constituição, firmando natureza absoluta à presunção de constitucionalidade atribuída ao ato normativo.

Tal necessidade de declaração advém da imperiosa manutenção da segurança jurídica, pilar de sustentação do ordenamento jurídico, apto a garantir a estabilidade das instituições democráticas.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal. Disponível em <Inq 3077, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012>



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Nesse sentido, o ilustre voto do Ministro Moreira Alves, para quem a convivência entre o sistema difuso e o sistema concentrado:

(...) não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação (...) levará se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme; ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.

(ADC 1/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1.12.93, DJU 16.6.95)

E é nesse diapasão que segue este caso sob análise.

A probabilidade do direito foi exaustivamente demonstrada no bojo dessa peça, ressaltando-se que os dispositivos legais cuja constitucionalidade quer se ver declarada resguardam os princípios da eficiência, legalidade e supremacia do interesse público, estando em plena compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, a manifesta insegurança jurídica causada pelo afastamento reiterado da incidência dos dispositivos em análise e as reiteradas condenações de advogados que contratam com a Administração Pública, demonstram o perigo de dano, capaz de causar graves lesões a preceitos fundamentais, caso a presente cautelar não seja deferida. Reitera-se que as condenações sofridas pelos advogados podem ser irreversíveis ao tempo do julgamento definitivo da presente ação, o que caracterizaria perecimento de direito.

Conforme demonstrado, a instabilidade jurídica engendrada através da não aplicação dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993, abala a esfera jurídica de diversos advogados que são contratados pela Administração.

A medida cautelar é instrumento eficaz e indispensável no caso concreto para a manutenção da segurança jurídica e para a tutela da legítima expectativa dos advogados e dos gestores da Administração que realizam a contratação por inexigibilidade de licitação.

As decisões proferidas que afastam a incidência dos citados dispositivos e caracterizam-se por declarações incidentais de inconstitucionalidade abrem perigosos



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

precedentes, a concluir o imediato posicionamento dessa Egrégia Corte em razão da vultosa repercussão emanada ao ordenamento jurídico, tanto pela dimensão quantitativa, quanto pela fundamentalidade dos valores constitucionais em xeque.

Desta feita, verificando-se que o RE n. 656.558/SP está pronto para julgamento e encontra-se incluso na pauta dessa Suprema Corte, requer-se que a presente cautelar seja apreciada liminarmente, conforme previsão do art. 170, §2º RISTF e do art. 10, §3º da Lei n. 9868/99, com o intuito de que seja firmada jurisprudência uníssona quanto ao tema.

Requer-se, ainda, o deferimento da cautelar *ad referendum* do plenário, aplicando-se por analogia o art. 321, §5º do RISTF, a fim de determinar que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que discutam sobre a contratação de advogado pela modalidade da inexigibilidade de licitação, nos termos dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993, em especial dos processos em que se apure ato de improbidade administrativa – em atenção a Recomendação 36 do CNMP (anexo 4), com destaque para o RE n. 656.558/SP, até o definitivo julgamento desta ação declaratória.

VII – DOS PEDIDOS:

Pelo exposto, o **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL** requer:

a) seja admitida e conhecida a presente ação declaratória de constitucionalidade, em razão da existência de controvérsia judicial relevante, face ao reiterado afastamento da incidência dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993, o que caracteriza repetidas declarações incidentais de constitucionalidade, em analogia a Súmula Vinculante 10;

b) o deferimento da medida cautelar, visando a suspensão das decisões proferidas;

c) sejam requisitadas informações à Presidência da República e ao Congresso Nacional (art. 6º da Lei nº 9.868/99);

d) seja determinada a intimação do Sr. Procurador Geral da República para manifestação na forma do art. 19 da Lei nº 9.868/99;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

e) após o devido processamento, seja julgado procedente o pedido de declaração de constitucionalidade dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II, da Lei n. 8.666/1993.

Caso seja necessário, requer seja deferida a produção de provas (art. 20, § 1º, da Lei nº 9.868/99).

Deixa-se de atribuir valor à causa, em razão da impossibilidade de quantificar seu conteúdo econômico.

Termos em que, espera deferimento.

Brasília/DF, 10 de agosto de 2016.


Claudio Pacheco Prates Lamachia
Presidente do Conselho Federal da OAB
OAB/RS 22.356


Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais
OAB/DF 18.958


Bruna de Freitas do Amaral
OAB/SP 339.012


Lizandra Nascimento Vicente
OAB/DF 39.992