



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

Brasília, 3 de junho de 2016.

De: **Procuradoria Constitucional**

Para: **Chefia de Gabinete**

Assunto: **Sugestão de propositura de Ação Declaratória de Constitucionalidade em face dos artigos 13, inc. V e 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93.**

Senhor Presidente.

Cumprimentando-o cordialmente, dirijo-me a V. Exa., na condição de Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais para sugerir a propositura de Ação Declaratória de Constitucionalidade em face dos artigos 13, inc. V e 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93, que possibilitam a contratação de advogado por ente público pela modalidade de inexigibilidade de licitação.

A) Da Inexigibilidade de Licitação:

O art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93 prevê a inexigibilidade de licitação quando houver inviabilidade de competição, especificamente nos casos de contratação dos serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, de acordo com o rol disposto no art. 13 do mesmo diploma legal, abaixo transcrito:

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:

(...)

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;

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



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

especializado, cuja singularidade, tecnicidade e capacidade do profissional, tornam inviáveis a realização de licitação.

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 inexistente um trabalho advocatício ‘equivalente perfeito’ ao outro.¹

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, já que outros poderiam realizá-lo. A distinção encontra-se no modo e no estilo de determinado contratado.²

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 grau maior ou menor, escolhe um dos especialistas em detrimento dos demais existentes.

Nesse sentido, esclarece 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 referente 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.”*³

¹ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO na obra *Licitações*, 1985, Revista dos Tribunais, p. 15.

² “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.

³ *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.

Dessa forma, a confiabilidade é 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 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.⁴

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 transcrito:

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.

Além dos pressupostos na 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 o esse entendimento, o Dr. Sérgio Ferraz já manifestou – Processo nº PRO-0034/2002/COP deste Conselho Federal – que “o que é singular se revela insuscetível 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:⁵

⁴CONSELHO 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.

⁵Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 169



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

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 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 evidência da subjetividade.

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, portanto, ato discricionário em essência, com fundamento na vedação da mercantilização da atividade advocatícia e na confiabilidade existente nessa relação profissional.

B) Da Controversa Jurídica Relevante. Cabimento de Ação Declaratória de Constitucionalidade:

Apesar da clareza do texto da lei *per se*, a legislação em apreço vem sendo alvo de controvérsias judiciais em diversas jurisdições do país, haja vista que os advogados estão sendo condenados pela suposta prática de ato de improbidade administrativa por terem entablado contrato com entes públicos para a prestação de serviço público por inexigibilidade de licitação, conforme denota:

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



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

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).

(...)

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 ímprobas 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.

(...)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

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

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 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. INVIABILIDADE.

(...)

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.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

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)

Ressalta-se, contudo, que em contraposição às decisões colacionadas acima, a jurisprudência do 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.

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



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

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)

Justiça:

Nesse mesmo sentido, convém transcrever o julgado do Superior Tribunal de

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. INVIABILIDADE 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:

AGRAVO 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 ACESSORIA 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. Precedentes do STF. REMESSA OBRIGATÓRIA E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDAS E PROVIDAS.*

(...)

É o relatório.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

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 n° 16119-13.2007.8.09.0051, relatado pela eminente 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 n° 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 n° 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 constituinte 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 n.º 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.

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".



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

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 arts. 13, inc. V e 25, inc. II 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.

Contraditoriamente, 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 com ela, a competitividade, não se justificando a necessidade de instauração da licitação pública”.⁶

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.

⁶ 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.

Considerando a jurisprudência, não há uniformidade acerca da matéria. Nesse cenário, o advogado que contrata com a administração pública 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 inócua. 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 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 do STF 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”.⁷

Por tal razão, faz-se indispensável a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, 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 do dispositivo.

⁷ "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.

Dessa forma, a propositura de Ação Declaratória de Constitucionalidade é a medida cabível, pugnano-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, trata-se de situação 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 momento ao crivo interpretativo de cada magistrado. A consequência prática desse cenário é a instauração de insegurança jurídica e destituição da força normativa do texto legal, o que caracteriza as decisões proferidas em declarações incidentais da inconstitucionalidade do dispositivo, ainda que de cunho parcial.

Neste contexto, recorre-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade como única medida cabível para dirimir as controversas 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 pedido⁸. 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.”⁹

Adotando-se tal posicionamento e à luz das inúmeras decisões relatadas que divergem quanto ao tema, resta observado o 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, o que torna necessário que o STF resolva a controvérsia e afaste a insegurança jurídica em torno da matéria.

⁸ “Art. 14. A petição inicial indicará: [...]”

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

⁹ 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.

C) Conclusão

Por todo o exposto, em especial, em razão da controvérsia jurídica relevante em torno dos artigos 13, inc. V e 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93 e da aplicação, por analogia, da Súmula Vinculante n. 10, observo o preenchimento dos requisitos para a propositura de Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de uniformizar o entendimento em torno desses dispositivos legais e reestabelecer a sua plena eficácia.

Coloco-me à disposição dessa Diretoria.

Colho o ensejo para renovar os protestos de elevada estima e distinta consideração.

Atenciosamente,

Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais