



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES MINISTROS E SENHORAS MINISTRAS

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 45

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB, devidamente qualificado nos autos do processo em epígrafe, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, apresentar o presente **MEMORIAL** pelos fatos e fundamentos a seguir aduzidos:

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

Os autos foram incluídos para julgamento no plenário virtual do dia 16/10/2020. Contudo, de início já se requer a retirada de pauta virtual. Primeiro porque a matéria em debate possui conexão com o RE 656.558, de relatoria do Min. Dias Toffoli, que não está pautado, em que pese ter ficado deliberado o julgamento conjunto de ambos os processos.¹

Segundo, porque está pendente de julgamento a ADI 6569 questionando a Lei n. 14.039/2020, que estabeleceu que os serviços profissionais de advogado e de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização. E, como o novo contorno normativo deve ser devidamente analisado para se assegurar a melhor e mais adequada solução à controvérsia dos autos, justifica-se, dessarte, a retirada de pauta a fim de se possibilitar o cotejo do novel diploma.

¹ RE 656.558: Conforme deliberado na sessão plenária de 14/6/17, aguarde-se a liberação em pauta da ADC 45, para retomada do julgamento deste feito. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315088281&ext=.pdf>> Acesso em 13/10/2020.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

O terceiro motivo refere-se à inadequação do ambiente virtual para o julgamento do feito, uma vez que a matéria é deveras complexa e exige amplo diálogo em tempo real dos membros da Corte com as partes e entre si.

Destarte, pelos motivos expostos, requer seja acolhido o requerimento de retirada do julgamento de plenário virtual. Todavia, em caso de não acolhimento, passa-se a demonstrar as razões de procedência do feito.

A propositura da Ação fez-se necessária face às diversas condenações por improbidade administrativa sofridas por advogados que contratam com a Administração Pública, em contrariedade à expressa previsão legislativa dos dispositivos sob análise.

Tais decisões proferidas provocam a perda da coercitividade da norma, tornando-a inócua. Nessa senda, ainda que a discussão jurisprudencial majoritária não trate expressamente da constitucionalidade do texto, ao afastar reiteradamente a sua aplicação, as decisões afetam a presunção de legitimidade dos dispositivos legais.

Aplica-se, por analogia, o entendimento da Súmula Vinculante 10², o qual dispõe que, ainda que não haja discussão quanto à compatibilidade do texto legal com a Carta Cidadã, o afastamento da incidência da norma implica a apreciação de constitucionalidade, o que é matéria de competência do Plenário.

Destarte, demonstrado o cabimento da ação, passa-se a apresentar as razões que justificam a procedência do pedido, a fim de revitalizar o caráter coercitivo dos arts. 13, inc. V, e 25, inc. II, da Lei n. 8.666/1993 e restabelecer a segurança jurídica.

De início, convém esclarecer que tais dispositivos deixaram de ser aplicados em razão da alta subjetividade dos critérios da notória especialização e da singularidade do serviço, os quais são intrínsecos à atividade advocatícia e se submetem a todo momento ao crivo interpretativo de cada magistrado. Como consequência, tem-se a proliferação de decisões que se caracterizam como declarações incidentais da inconstitucionalidade dos artigos, ainda que de cunho parcial.

Observa-se, ainda, que a interpretação jurisprudencial indevida do critério dicotômico “singularidade-notória especialização” ocasiona o afastamento da incidência da norma, o que causa perplexidade face a sua inerência à atividade advocatícia *per se*.

Quanto à singularidade, o Min. Eros Roberto Grau esclarece que ela está atrelada à confiabilidade que é depositada a um determinado profissional ou empresa. Segundo seu

² “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.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

entendimento, a caracterização como serviço singular não significa que seja necessariamente o único, já que outros poderiam realizá-lo. A distinção encontra-se no modo e no estilo de determinado contratado.³

A confiabilidade, segundo o Prof. José Afonso da Silva, torna a contratação dos serviços advocatícios incompatível com o procedimento licitatório, consoante se extrai do seu brilhante parecer juntado aos autos:

A peculiaridade mais saliente dos serviços advocatícios é que eles assentam no princípio da confiança, que repugna o certame licitatório, mas essa confiança que é subjetiva sim, mas com singularidades que afastam critérios puramente pessoais. Primeiro, porque decorre da natureza valorativa do objeto jurídico que, por se prender, a circunstâncias especiais que o liga ao titular, revela singularidade específica, depois porque as pessoas que precisam de um advogado, confiam em que o seu vai resolver o seu problema.

No que concerne à notória especialização, a inexigibilidade de licitação se manifesta ainda quando existam vários especialistas aptos a prestar 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, o que o faz em razão da inviabilidade da competição objetiva entre os candidatos.⁴

Conclui-se, portanto, pela impossibilidade de se determinar a notória especialização nos casos de avaliação da atividade advocatícia, dada a inexistência de parâmetros objetivos a permitir uma determinação precisa caso a caso. Isso porque a análise poderia levar em conta tanto títulos acadêmicos, quanto publicações, tempo de atividade, sucesso nas causas judiciais, sem poder inferir qual critério se sobressairia, face à inerente subjetividade.

Nessa senda, apontou a Min. Cármen Lúcia na 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.

³ “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.

⁴ Nesse sentido: “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.” Cf.: Súmula n. 5/2012/COP editada pelo Conselho Pleno deste Conselho Federal.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

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.”

Esse entendimento tem sido endossado em manifestações de órgãos de controle e da própria Administração. A Advocacia Geral da União – AGU, reformulando entendimento anterior da extinta Consultoria Geral da República, já reconheceu que a licitação de menor preço para a contratação de serviço jurídico especializado não se revela como a opção mais adequada e vantajosa à Administração, podendo, ao contrário, causar prejuízos ao erário. Veja-se, a propósito, trecho do Parecer n.º GQ-77:

“A vista de notícia, que dirigentes de organizações estatais fizeram chegar ao meu conhecimento, a providência sugerida na exposição de motivos antes citada resultou ineficaz, **posto que o patrocínio judicial foi confiado, em decorrência de licitações decididas pelo critério de menor preço, a profissionais ou escritórios de advocacia de talvez insuficiente preparo e experiência.**” (grifo nosso)

O Tribunal de Contas da União – TCU também já se manifestou pela possibilidade de contratação direta de advogados para a prestação de serviços específicos à Administração Pública, tendo em vista sua singularidade e complexidade, a exigir a atuação de profissional especializado:

“A circunstância de entidade pública ou órgão governamental contar com quadro próprio de advogados **não constitui impedimento legal a contratar advogado particular para prestar-lhe serviços específicos**, desde que a natureza e as características de singularidade e de complexidade desses serviços sejam de tal ordem que se evidencie não poderem ser normalmente executados pelos profissionais de seus quadros próprios, justificando-se portanto a contratação de pessoa cujo nível de especialização a recomende para a causa.”⁵

Ressalta-se, outrossim, que a matéria debatida nesses autos também é objeto do RE 656.558/SP, sob a relatoria do Exmo. Min. Dias Toffoli. Referido processo já conta com voto do relator pelo provimento para declarar a constitucionalidade das disposições da Lei n. 8.666/93:

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.**

(...)

⁵ TC-000.760/98-6, *Boletim de Direito Administrativo* n.º 3, março de 2001, p. 203.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

A liberdade de escolha, reconhecimento, não é absoluta, mas limitada. A confiabilidade, conquanto determinada subjetivamente, depende de certos requisitos objetivos, entre os quais sobressaem a experiência do especialista, sua boa reputação, o grau de satisfação obtido em outros contratos, entre outros.

Dentre os especialistas que preenchem esses requisitos objetivos, o agente administrativo escolherá aquele em que deposita maior confiança, na medida em que o considere mais apto para satisfazer o interesse público que outros, valendo aí seus traços pessoais, que devem identificar-se com o que pretende a Administração. (grifo nosso)

Em que pese existirem decisões dessa Suprema Corte no sentido da inexigibilidade da licitação, a matéria é de veras controvertida, sendo imprescindível um posicionamento definitivo, a fim de dirimir quaisquer questionamentos e revigorar a força normativa dos dispositivos da Lei de Licitações que preveem a dispensa de licitação por inviabilidade de competição no caso de contratação de serviços técnicos profissionais especializados (art. 25, II), especificamente relativos ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (art. 13, V).

Por todos esses argumentos, vem o CFOAB reforçar o pedido de retirada de julgamento do plenário virtual, e não sendo o caso, a procedência da ação para que seja declarada a constitucionalidade dos arts. 13, inc. V, e 25, inc. II, da Lei n. 8.666/1993.

Termos em que aguarda deferimento.

Brasília/DF, 13 de outubro de 2020.


Felipe Santa Cruz Oliveira Scaletsky

Presidente Nacional da OAB

OAB/RJ 95.573


Marcus Vinicius Furtado Coêlho

Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais

OAB/DF 18.958


Fernanda Marinela de Sousa Santos

OAB/DF 57.700