

17/04/2007

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 86.198-9 PARANÁ**

**RELATOR** : **MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE**  
PACIENTE(S) : ADYR SEBASTIÃO FERREIRA  
PACIENTE(S) : ÍRIA REGINA MARCHIORI  
IMPETRANTE(S) : ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO  
PARANÁ  
ADVOGADO(A/S) : JOÃO DOS SANTOS GOMES FILHO  
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMENTA:** I. **Habeas corpus: prescrição:** ocorrência, no caso, tão-somente quanto ao primeiro dos aditamentos à denúncia (L. 8.666/93, art. 92), ocorrido em 28.9.93.

II. **Alegação de nulidade da decisão que recebeu a denúncia no Tribunal de Justiça do Paraná: questão que não cabe ser analisada originariamente no Supremo Tribunal Federal e em relação à qual, de resto, a instrução do pedido é deficiente.**

III. **Habeas corpus: crimes previstos nos artigos 89 e 92 da L. 8.666/93: falta de justa causa para a ação penal, dada a inexigibilidade, no caso, de licitação para a contratação de serviços de advocacia.**

1. A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia.

2. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais que da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º).

A C Ó R D ã O

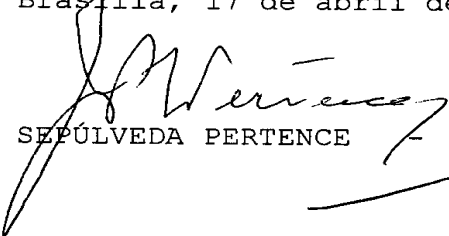
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de



HC 86.198 / PR

votos, em deferir o pedido de **habeas corpus** dos pacientes, por falta de justa causa, e estender os efeitos dessa decisão ao co-réu Acindino Ricardo Duarte, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 17 de abril de 2007.

  
SEPÚLVEDA PERTENCE - RELATOR

17/04/2007

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 86.198-9 PARANÁ

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE  
PACIENTE(S) : ADYR SEBASTIÃO FERREIRA  
PACIENTE(S) : ÍRIA REGINA MARCHIORI  
IMPETRANTE(S) : ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO  
PARANÁ  
ADVOGADO(A/S) : JOÃO DOS SANTOS GOMES FILHO  
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Trata-se de *habeas corpus* - substitutivo de recurso ordinário -, com pedido de liminar, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, do qual extraio, *verbis* (f. 155/160):

"(...)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Adyr Sebastião Ferreira e Íria Regina Marchiori**, em face de acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que recebeu em parte a denúncia oferecida contra os pacientes.

Consta dos autos que os pacientes - advogados inscritos na OAB-PR -, juntamente com **Acindino Ricardo Duarte** - Prefeito do Município de Matinhos/PR - foram denunciados como incursos nas penas dos artigos 89, parágrafo único, e 92, ambos da Lei 8.666/93, bem como no art. 1º, XVI, do Decreto-Lei 201/67 porque teriam firmado contrato de prestação de serviços advocatícios com a Prefeitura Municipal, sem que a mesma procedesse à instauração de certame licitatório.

Extrai-se que o contrato, firmado em 16/09/1993, tinha como objeto a prestação de serviços advocatícios para realizar a venda de terrenos públicos a munícipes interessados, tendo sido diversas vezes aditado (28/09/1993 e 04/05/1995), ora para incluir um **plus** à remuneração do advogado contratado desde o início - **Adyr Sebastião Ferreira** -, ora para incluir a advogada **Íria Regina Marchiori**, também, denunciada.



HC 86.198 / PR

Após a defesa preliminar, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná recebeu parcialmente a denúncia, rejeitando-a com relação ao delito descrito no Decreto-Lei 201/67, diante da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

No presente **writ**, pretende-se o trancamento da ação penal, por ausência de justa causa, alegando-se que o contrato se enquadra em uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas no art. 25 da Lei 8.666/93, diante da notória especialidade e ineditismo do serviço acordado. Sustenta a impossibilidade do Ministério Público de realizar atos investigatórios, sob pena de invasão das prerrogativas das polícias judiciárias. Por fim, aponta a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva pelo decurso do lapso temporal entre a data da celebração do contrato e o recebimento da denúncia.

Passo à análise da irresignação.

O **writ** não comporta acolhimento no tocante à alegação de que o caso retrata a hipótese de inexigibilidade de licitação.

Os casos de inexigibilidade de licitação, expressamente previstos no art. 25 da Lei 8.666/93, ocorrem quando não há qualquer possibilidade de competição, diante da existência de apenas um objeto ou pessoa capazes de atender às necessidades da Administração Pública.

(...)

A contratação de serviços técnicos (caso dos autos) sem licitação, depende, portanto, de três condições: 1) **a enumeração do serviço no dispositivo legal supracitado** (art. 13); 2) **sua natureza singular**, isto é, não basta estar enumerado no art. 13 da Lei 8.666/93, sendo necessário que o serviço se torne único devido à sua complexidade e relevância; e 3) **a notória especialização do profissional** (conforme disposto no §1º do art. 25 acima transcrito).

Assim, não é qualquer serviço descrito no art. 13 da Lei 8.666/93 que torna inexigível a licitação, mas aquele de natureza singular, que exige a contratação de profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa.

(...)

A análise desses elementos, no entanto, não pode ser satisfeita em sede de **habeas corpus**, diante da necessidade de revolvimento de fatos e provas dos autos.

(...)

HC 86.198 / PR

Nestas condições, tem-se a impropriedade do **writ** para a averiguação da notória especialização dos advogados ou do ineditismo do serviço acordado.

No que diz respeito à alegação de impossibilidade do Ministério Público de realizar atos investigatórios, sob pena de invasão das prerrogativas das polícias judiciárias, ainda sem razão a impetração.

(...)

Inocorrente, ainda, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, como pretende o impetrante.

As penas máximas em abstrato previstas nos tipos penais imputados aos pacientes na denúncia, são de 4 e 5 anos de reclusão, com prazos prescricionais de 8 e 12 anos, conforme disposto no art. 109 e incisos do Código Penal.

Conforme já referido, o contrato firmado foi diversas vezes aditado, tendo o último aditamento se realizado em **04/05/1995**, e como o recebimento da denúncia se deu em **31/10/2002**, não há incidência da prescrição, pois não decorreu o lapso temporal necessário para tanto antes da causa interruptiva descrita no art. 117, I, do Código Penal.

Ante o exposto, denego a ordem.

(...)."

Repisam-se, aqui, as alegações de que: **a)** "não seria exigível qualquer certame licitatório para a contratação dos pacientes", sendo dispensável, no ponto, o reexame de provas, dado que a instrução do pedido demonstra a "especialização" deles e o "ineditismo do serviço acordado"; **b)** "toda investigação administrativa preliminar, desenvolvida na ação penal em discussão, fora realizada, diretamente, pelo Ministério Público, não havendo um só ato que se aparte dessa realidade"; e **c)** "ocorrência da prescrição".

Quanto à inexigibilidade de licitação, invoca o RHC 72.830, 2ª T., 24.10.95, **Velloso**, DJ 16.2.96, assim ementado:



HC 86.198 / PR

"PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL: TRANCAMENTO  
ADVOGADO: CONTRATAÇÃO: DISPENSA DE LICITAÇÃO.

I - Contratação de advogado para defesa de interesse do Estado nos Tribunais Superiores: dispensa de licitação, tendo em vista a natureza do trabalho a ser prestado. Inocorrência, no caso, de dolo de apropriação do patrimônio público.

II - Concessão de **Habeas Corpus** de ofício para o fim de ser trancada a ação penal."

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Il. Subprocuradora-Geral **Delza Rocha**, opinou pela denegação da ordem (f. 93/98).

É o relatório.



HC 86.198 / PR

V O T O**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator):****I**

Analiso a questão relativa à extinção da punibilidade dos fatos pela prescrição.

Aduz o impetrante, inicialmente, que dos três tipos vigentes ao tempo do fato nos quais se poderia enquadrar, em tese, o caso dos autos (C.Penal, art. 335 do C. Penal - Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência<sup>(1)</sup>; Decreto-Lei 201/67, art. 1º, XI<sup>(2)</sup>; e L. 8.666/93, art. 89, par. único<sup>(3)</sup>), deve-se aplicar o mais benéfico deles (C. Penal, art. 2º).

<sup>1</sup> C.Penal, art. 335:

"Art. 335. Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, além da pena correspondente à violência."

<sup>2</sup> DL 201/67, art. 1º, XI:

"Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: (...)

XI - Adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei; (...)

§ 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

§ 2º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular."

<sup>3</sup> L. 8.666/93, art. 89, par. único:



HC 86.198 / PR

Afastada a L. 8.666/93, que comina a pena mais elevada - conclui a Impetrante -, inevitável seria o reconhecimento da prescrição, pois à vista da pena máxima cominada aos demais tipos (C. Penal, art. 335 - 2 anos; Decreto-Lei 201/67, art. 1º, XI - 3 anos), a extinção da punibilidade do fato seria inequívoca.

Contudo, incide no caso o princípio da especialidade.

Manifesta, por isso, a subsunção do fato ao art. 89, par. único, da L. 8.666/93, que é especial e já estava em vigor desde 22.6.93, antes, portanto, da contratação, que ocorreu alguns meses depois, em setembro de 1993.

Assim, recebida a denúncia em 31.10.02 (Apenso II, f.491), não há falar em prescrição: o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime é de 5 anos, termos em que a prescrição somente ocorreria 12 anos depois, ou seja, em setembro de 2005 (C.Penal, art. 109, III).

## II

---

"Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade:

*Penal - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.*

*Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público."*



HC 86.198 / PR

Quanto ao delito do art. 92, da L. 8.666/93<sup>(4)</sup>, a pena máxima é de 4 anos, consumando-se a prescrição em 8 anos (C.Penal, art. 109, IV).

A denúncia - recebida, como visto, em 31.10.02, (Apenso II, f.491) - especifica a data de dois aditamentos contratuais: um deles em 28.9.93; o outro em 04.5.95 (Apenso I, f. 105/106; Apenso II, 403/414).

Quanto ao último, correta a conclusão do acórdão que recebeu a denúncia, *verbis* (Apenso II, f. 487):

"Já no delito previsto no artigo 92 da Lei de Licitações, cuja pena máxima **in abstracto** é de 4 (quatro) anos, a prescrição seria alcançada se sobreviesse o lapso temporal de 8 (oito) anos entre a data do fato e o

---

<sup>4</sup> Redação original:

"Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua apresentação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais."

Redação do caput, dada pela L. 8.883/94:

"Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: **(redação dada pela L. 8.883/94)**

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. **(redação dada pela L. 8.883/94)**".



7

HC 86.198 / PR

recebimento da denúncia (...). Conforme o documento de fls. 64/65, um dos aditivos contratuais foi celebrado em 04/05/1995, o que geraria a prescrição, caso não recebida a denúncia, somente em 2003.  
(...)"

Deixou o referido julgado, no entanto, de analisar especificamente o primeiro dos aditamentos (em 28.9.93), em relação ao qual efetivamente se operou a prescrição.

Dá-se, com efeito, que entre esse primeiro aditamento e o recebimento da denúncia (em 31.10.02) transcorreram mais de 8 anos (C. Penal, art. 10; 109, IV; e 114, II).

Esse o quadro, declaro a extinção da punibilidade tão-somente quanto ao primeiro dos aditamentos, ocorrido em 28.9.93.

### III

Certo, aduziu-se que o Tribunal de Justiça do Paraná - depois de ter recebido, em parte, a denúncia contra os pacientes e o co-réu cuja prerrogativa de foro determinara a remessa dos autos àquele Tribunal - reconheceu a sua incompetência, à vista - supõe-se - do julgamento de mérito da ADIn 2797 (Pleno, 15.9.05, **Pertence**, DJ 19.12.06, Inf./STF 401), na qual o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do art. 84, do C.Pr.Penal, inseridos pelo art. 1º da L. 10.628/02.

E, por isso - sustenta-se na impetração (f.112/116) -, deveria o Juízo local ter proferido nova decisão de recebimento da denúncia (C.Pr.Penal, art. 567), o que não ocorreu (f. 120).



HC 86.198 / PR

Em outras palavras, inexistindo decisão válida de recebimento da denúncia e, portanto, qualquer causa interruptiva do curso da prescrição, seria inevitável a declaração de extinção da punibilidade quanto a todos os fatos objeto da denúncia.

Essa questão, contudo, não foi alegada nas impetrações antecedentes, nem dela cabe ao Supremo Tribunal conhecer originariamente.

De qualquer sorte, não consta dos autos a cópia da decisão do Tribunal de Justiça do Paraná que reconheceu a sua incompetência, sem a qual não há elementos suficientes para verificar se referida decisão chegou a anular o recebimento da denúncia.

É que, indeferida a liminar na ADIn 2797 e, tendo o Tribunal afirmado a aplicação do art. 1º da L. 10.628/02 enquanto não reconhecida a sua inconstitucionalidade (cf. Rcl 2381, Pleno, 06.11.03, **Carlos Britto**, RTJ 192/91<sup>(5)</sup>), teria dúvidas em reconhecer, de plano, que o julgamento plenário da ADIn 2797 teria efeitos *ex tunc*.

## IV

Aqui, ademais, entendo não ser necessário aprofundar o exame dessa questão, nem a alegação de ter sido a investigação conduzida pelo Ministério Público.

<sup>5</sup> "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. DECISÃO CONCESSIVA DE MEDIDA LIMINAR QUE DETERMINOU O SOBRESTAMENTO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO, VISANDO À APURAÇÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE ALEGADAMENTE PRATICADOS POR EX-GOVERNADOR DE ESTADO, HOJE SENADOR DA REPÚBLICA. Enquanto não sobrevier o julgamento de mérito da ADI 2.797, é desta colenda Corte, nos termos do artigo 84, § 2º, do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei nº 10.628/2002), a competência para processar e julgar ação de improbidade administrativa a ser ajuizada em face de Senador da República. Agravo regimental desprovido."



HC 86.198 / PR

Estou convencido, com efeito, de que o caso é mesmo de inexigibilidade da licitação, hipótese na qual, em situação similar - AP 348, Pl., 15.12.06, **Eros Grau**, pp. -, decidiu recentemente o Plenário do Supremo Tribunal Federal pela atipicidade do fato.

Extrato do voto condutor do julgado, da lavra do em. Ministro **Eros Grau**, verbis:

"(...)

12. Marçal Justen Filho<sup>[4]</sup> anota que "[a] ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação somente é punível quando acarretar contratação indevida e retratar o intento indevido reprovável do agente (visando produzir o resultado danoso). **Se os pressupostos da contratação direta estavam presentes, mas o agente deixou de atender à formalidade legal, a conduta é penalmente irrelevante**" (grifei). Vale o mesmo para as hipóteses de inexigibilidade de licitação.

13. Em texto de doutrina desenvolvi algumas anotações a propósito do equívoco segundo o qual a notória especialização apenas se manifestaria quando inexistissem outras empresas ou pessoas capazes de prestar os mesmos serviços, além daquela à qual se pretenda atribuir a qualificação:

'Permanecem alguns Tribunais de Contas a sustentar que apenas se manifesta notória especialização quando inexistam outras empresas ou pessoas capazes de prestar os mesmos serviços, além daquela à qual se pretenda atribuir aludida qualificação.

Entendo, não obstante, que 'serviços técnicos profissionais especializados' são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo, como adiante demonstrarei.

HC 86.198 / PR

Vale dizer: nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo, logo, a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do 'trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato' (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93).

Há, por certo, quem não goste disso. Mas é isso o que define o direito positivo, apesar do desconforto que possa causar em quem quer que seja, movido pela aspiração de substituir o direito vigente por outro. Até que isso venha a ocorrer, contudo, revolucionariamente ou não, o direito vigente não pode ser desacatado.'

14. Insisti nesse ponto, após distinguir a dispensa de licitação da inexigibilidade de licitação:

'Já no que concerne aos casos de inexigibilidade de licitação, ao contrário, não incide o dever de licitar. A não realização da licitação decorre não de razão de conveniência administrativa, mas da inviabilidade de competição. Repito: a lei não cria hipóteses de inexigibilidade de licitação decorrentes de situações de inviabilidade de competição. Estas - insisto - constituem eventos do **mundo do ser**, não criações gestadas no **mundo do dever ser** jurídico. Assim, casos de inexigibilidade de licitação, do tipo, manifestam-se - ou não se manifestam - no mundo dos fatos, previamente à sua intrusão no **mundo do dever-ser** jurídico.'

15. Permito-me insistir mais uma vez: o que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.

16. O crime tipificado no artigo 89 da Lei n. 8.666/93 só se configura se ocorrer seu antecedente lógico, isto é, o ilícito administrativo - que no caso concreto inexistiu.

(...)"

HC 86.198 / PR

De fato, é a associação desses dois elementos (notória especialização e confiança) - ao lado, é claro, do relevo do trabalho a ser contratado -, que permitirá concluir pela inexigibilidade da licitação.

No caso, esses requisitos encontram respaldo na inequívoca prova documental trazida com a petição.

No que toca à notória especialização, demonstra-se que o Paciente **Adyr Ferreira** - Advogado militante desde 1970 - fora agraciado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil com uma das mais elevadas distinções, passando a integrar a Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, na qualidade de membro efetivo (Apenso I, f. 200/204).

Figurou, ainda, na Consultoria Científica do CAPES para os Cursos de Pós-Graduação em Mestrado e Doutorado, exercendo, dentre tantas outras funções de seu extenso currículo (Apenso I, f. 194/196), a de examinador de concursos (Apenso I, f. 236/237), professor (Apenso I, f. 233) e Procurador do Município de Londrina (Apenso I, f. 210), onde desenvolveu atividades específicas ligadas à regularização de loteamentos, conforme reportagens jornalísticas anexadas (Apenso I, f. 211 e ss.).

A paciente **Íria Regina Marchiori**, por sua vez, além de exercer a advocacia por quase 20 anos e possuir cursos de Pós-Graduação - neles incluída uma especialização em Licitações (Apenso I, f. 123; f. 126/193 - monografia) -, bem como curso equivalente pela Escola da Magistratura (Apenso I, f. 121), foi aprovada em concursos para Procuradoria Judicial do Município de Curitiba (Apenso I, f. 123) e para Assessoria Jurídica do Tribunal de Contas



HC 86.198 / PR

do Estado do Paraná (Apenso I, f. 120), cargos que - afirma-se - teria deixado de assumir "exatamente em razão do peso dos serviços exigidos em Matinhos" (f. 30/31).

Lê-se, ainda, o parecer da Comissão de Licitação - homologado pelo Prefeito -, que concluiu pela inexigibilidade do certame, verbis (Apenso I, f. 99):

"O Dr. Adyr S. Ferreira, após inúmeros contatos solicitados pelo próprio Município, propõe singular plano de trabalho atinente à regularização de áreas públicas indevidamente ocupadas por particulares no Município de Matinhos, visando torná-las adequadas ao traçado urbanístico, e procedendo a efetivação/matrículas junto ao Registro Imobiliário competente.

Para tanto, serão necessários vastos serviços de levantamento topográfico, pesquisas documentais em Cartórios, elaboração de planos relativos à legislação municipal autorizativa de projeto, leis estabelecendo critérios para desafetação, alienação de ofertas públicas, dentro dos termos da Lei 8.666/93.

Trata-se sem dúvida de um projeto hercúleo, abrangente de inúmeras áreas técnicas, que não tem notícia de qualquer precedente, dadas as características particulares do problema de Matinhos, em qualquer região do Paraná ou do Brasil.

Os serviços, sem sombra de dúvidas, são singulares, até porque o único similar conhecido, conforme o que se pode levantar, é o de Londrina, quando o proponente, Dr. **Adyr Sebastião Ferreira** [primeiro dos pacientes], implantou, como Procurador Judicial desse Município, (...) um sistema de regularização de loteamentos.

Por isso, a hipótese é a de inexigibilidade de licitação, porque, embora em tese outros profissionais possam realizá-lo, a elaboração do Projeto, que escapa do trivial e do habitual, reúne uma variedade complexa de áreas distintas, cuja elaboração é um verdadeiro trabalho pessoal, certamente de difícil, senão de impossível repetição por outro profissional da área."



HC 86.198 / PR

A consideração pela Administração local da experiência profissional em projeto similar executado noutro Município evidencia tanto a presença da "notória especialização" como do elemento subjetivo da confiança.

Vale dizer, ainda que existissem, em tese, outros profissionais - circunstância que, conforme afirmado na AP 348 (Pl., 15.12.06, **Eros Grau**, pp.), não ilide a configuração da "notória especialização" -, as características pessoais do contratado demonstrariam que ele atendia plenamente às necessidades da Administração local para o desenvolvimento da atividade contratada.

Enfatizou-se, ainda, o especial relevo dessas para o Município.

Preciosas, no ponto, as seguintes lições de **Celso Antônio Bandeira de Mello**<sup>(6)</sup>, em comentário ao art. 13 da L. 8.666/93<sup>(7)</sup>, que trata dos serviços técnicos profissionais (art. 25, II<sup>(8)</sup>), verbis:

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 524/527

<sup>7</sup> L. 8.666/93, art. 13:

"Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliações em geral; III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico; VIII - (vetado).

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

§ 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento



HC 86.198 / PR

"Parece-nos certo que, para compor-se a inexigibilidade concernente aos serviços arrolados no art. 13, cumpre tratar-se de serviço **cuja singularidade seja relevante para a Administração** (e que o contratado possua notória especialização). Se assim não fosse, inexistiria razão para a lei haver mencionado 'de natureza singular', logo após a referência feita aos serviços arrolados no art. 13.

Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isso, **irrelevante** que seja prestado por 'A' ou por 'B', não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. **Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessário, isto é, em que por força dela caiba esperar**

---

licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato."

<sup>8</sup> L. 8.666/93, art. 25:

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

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

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;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

HC 86.198 / PR

**melhor satisfação** do interesse administrativo a ser provido.

Veja-se: o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples execuções fiscais a Administração não terá necessidade alguma de contratar - e diretamente - um profissional de notória especialização. Seria um absurdo se o fizesse. Assim também, haverá perícias, avaliações ou projetos de tal modo singelos e às vezes até mesmos padronizados que, ou não haveria espaço para ingresso de componente pessoal do autor, ou manifestar-se-ia em aspectos irrelevantes e por isto incapazes de interferir com o resultado do serviço.

Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, **como requisito de satisfatório entendimento da necessidade administrativa**, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade **científica, técnica ou artística**, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e **tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público**. Bem por isto **não é indiferente** que sejam prestados pelo sujeito "A" ou pelos sujeitos "B" ou "C", ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.

É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado - a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria - recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente **mais indicados do que os de outros**, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.

Há, pois, nisto, também um componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata.

HC 86.198 / PR

Foi, aliás, o que **Lúcia Valle Figueiredo**, eminente Desembargadora Federal aposentada do TRF da 3ª Região, apontou com propriedade: "Se há dois, ou mais, altamente capacitados, mas com qualidades peculiares, licito é, à Administração, exercer seu critério discricionário para realizar a escolha mais compatível com seus desideratos (Direitos dos Licitantes, 4ª ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 32)."

Na espécie, foi considerado o "componente criativo" - que estaria atendendo ao interesse público do Município de Matinhos -, para quem o Paciente era aquele que possuía as melhores condições de implementar um projeto amplo e singular, cujo único precedente conhecido fora também por ele desenvolvido.

Poupo-me, aqui, de outras considerações sobre a extrema dificuldade da licitação de serviços de advocacia, dada a série de empecilhos que a ética profissional do advogado, em particular - e dos profissionais liberais em geral -, veda o que o Estatuto da OAB chama - pelo menos no meu tempo chamava (L. 4.215/63, art. 83<sup>(9)</sup>) -, de qualquer atitude tendente à "captação de clientela"<sup>(10)</sup>.

---

<sup>9</sup> Estabelecia o art. 83 do antigo Estatuto dos Advogados (L. 4.215/63), verbis:

*"Art. 83. O exercício da advocacia é incompatível com qualquer atividade, função ou cargo público que reduza a independência do profissional ou proporcione a captação de clientela."*

<sup>10</sup> Dispõe o art. 34, IV, do Estatuto dos Advogados hoje vigente (L. 8.906/94), que constitui "infração disciplinar (...) angariar ou captar causas, com ou sem intervenção de terceiros;"

A vedação de condutas tendentes à captação de clientela também está contida expressamente no art. 7º do Código de Ética e Disciplina da OAB/1995 ("Art. 7º. É vedado o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela").



HC 86.198 / PR

Se é para oferecer antes um trabalho profissional para que, entre os concorrentes, a administração escolha um, seria uma licitação paradoxal: ela começaria pela execução do trabalho.

Se for para disputar preço, parece de todo incompatível com as limitações éticas e mesmo legais que a disciplina e a tradição da advocacia trazem para o profissional.

## V

De tudo, portanto, não poder subsistir, igualmente, a imputação do art. 92, da L. 8.666/93<sup>(11)</sup>: não havendo ilícito penal no contrato originário, devem ser tidos como mera decorrência deste o aditamento realizado em 4.5.95 - sobre o qual não incidiu a prescrição -, que objetivava disciplinar honorários e prorrogar o prazo do contrato (Apenso I, f. 106/106).

Certo, é também nesse aditamento que a Paciente **Íria Regina** passa a figurar como contratante, ao lado do Paciente **Adyr Ferreira**.

<sup>11</sup> L. 8.666/93, art. 92:

"Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: **(redação dada pela L. 8.883/94)**

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais."



HC 86.198 / PR

Com relação à Paciente, contudo, esse ato não seria propriamente um aditamento, mas sim a contratação em si mesma, realizada em situação similar à do Paciente **Adyr Ferreira** e que, igualmente, não configurou o crime previsto no art. 89, par. único, da L. 8.666/93.

Já se demonstraram suficientemente a natureza singular dos serviços e o requisito da notória especialização de ambos os Pacientes.

No que toca ao elemento subjetivo da confiança, sob certo aspecto ele mais se reforça do que se esvaece quanto à Paciente.

É que, contratada a execução de projeto complexo, natural a necessidade de auxílio prestado por profissional da confiança não apenas da Administração como do próprio Advogado inicialmente contratado.

## VI

Esse o quadro, **defiro** a ordem para determinar o trancamento da ação penal, por falta de justa causa.

Estendo os efeitos dessa decisão ao co-réu **Acindino Ricardo Duarte**, denunciado por ter contratado os Pacientes e subscrito os aditamentos.

É o meu voto.



17/04/2007

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 86.198-9 PARANÁV O T O

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, primeiramente louvo Vossa Excelência pelo brilhante voto, denso em considerações doutrinárias.

Acompanho, também, a conclusão deferindo a ordem.

Senhor Presidente, causa-me estranheza, exatamente o seguinte: pelo que pude, enfim, apurar da situação descrita por Vossa Excelência e também, da tribuna, pelo advogado, houve um processo administrativo que concluiu pela inexigibilidade de licitação por notória especialização. É uma decisão de mérito que se submete aos critérios de conveniência, oportunidade. A dispensa de licitação, nessas hipóteses, embora estritamente balizada pela Lei nº 8.666, comporta um amplo grau de discricionariedade. Ao que me consta, esse ato administrativo não foi questionado seja pelo Tribunal de Contas, seja pelo próprio Ministério Público, através de uma ação civil pública; ou uma ação popular. Então, o ato administrativo subsiste hígido e a favor dele milita a presunção



de constitucionalidade e de legalidade. Portanto, não se pode passar diretamente para a propositura de uma ação penal.



**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR)** - A não ser que, no mínimo, se imputasse co-participação no crime aos autores do parecer administrativo que concluiu pela inexigibilidade.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Sem dúvida, mas parece que nada consta nesse sentido. Há um ato administrativo, legítimo, legalmente efetivado dentro do processo administrativo, que não foi contestado. Não por essas modestas razões, mas fundado nos sólidos argumentos de Vossa Excelência, defiro a ordem.



**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR)** - Subscrevo inteiramente o que Vossa Excelência traz e que enriquece o meu voto.

17/04/2007

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 86.198-9 PARANÁV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, também começo por louvar o voto de Vossa Excelência, repassado de arguta percepção da natureza desse instituto chamado licitação, e os fundamentos que Vossa Excelência lançou para nos convencer de que, no caso, estão presentes os pressupostos do artigo 25, II, com o § 1º da Lei 8.666/93; deixou claro que o advogado contratado era detentor de notória especialização a que se associou esse elemento de confiabilidade, eminentemente subjetivo ou discricionário por parte da administração pública; que o objeto dessa contratação direta não era trivial, corriqueiro, pelo contrário, era de relevo, marcado até por uma nota de ineditismo; que houve um processo administrativo especificamente aberto para justificar a contratação direta e até com uma particularidade: instrumentado ou instruído esse processo com dois pareceres de monografistas do tema licitação.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR) - Não sei se foi no processo administrativo ou no processo penal.





O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Salvo engano, em ambos.

No caso, os monografistas Sérgio Ferraz e Marçal Justen Filho.

Senhor Presidente, tenho uma monografia "O perfil constitucional da licitação", publicada, há muitos anos, pela editora Znt - aqui, abro um capítulo para falar das características centrais da licitação enquanto processo, enquanto procedimento. Não comento, na minha monografia, a Lei nº 8.666, mas exclusivamente o inciso XXI do artigo 37 da Constituição, para deixar claro, ou tentar fazê-lo, que licitação é um processo público, de natureza competitiva, de caráter oneroso, sinalagmático, comutativo e meritório tanto quanto o concurso público. É um processo serviente dos princípios da legalidade, publicidade, moralidade, igualdade e eficiência também. Quer dizer, é um processo nobre do ponto-de-vista da sua estatura constitucional. Abro um pequeno tópico para falar de dispensa de licitação, porque a Constituição a prevê quando abre o seu discurso: ressalvados os casos especificados na licitação, na legislação etc. Eu digo o seguinte, só nesse aspecto:

*"I - o processo licitatório é, com certeza, a regra geral para Administração. Aquilo que deve ser usualmente observado, pois, afinal, a disputa entre os licitantes é meio de realização de princípios constitucionais que têm na função administrativa do Estado a sua própria justificativa lógica. Como a democracia e o concurso público, a licitação também tem seus defeitos, mas nenhuma civilização experimentou algo melhor;*



II - sem embargo, tal competição pode ser posta de lado. A Constituição inicia a sua própria legenda com a locução '**ressalvados os casos especificados na legislação**', de maneira a autorizar o entendimento de que a lei tem o condão de arrolar hipóteses de escape ao proceder competitivo dos interessados..."

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE E RELATOR)** - Se não a Capela Sistina não seria de Michelangelo.

**O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** - A Capela Sistina não teria em Michelangelo o seu principal artista.

Finalmente, digo o seguinte: tais hipóteses exceptivas significam que a Administração bem pode entregar ou adjudicar, diretamente a terceiros, uma daquelas utilidades que, em princípio, estariam sujeitas a prévio certame entre prestadores em potencial. A Constituição fala "**igualdade de condições a todos os concorrentes**". A palavra "concorrentes" já contém a idéia até mesmo da impossibilidade lógica da competição quando só houver uma única pessoa capaz de suprir a concreta necessidade estatal, ou seja, inexistindo competidores em função do bem jurídico requestado pela pública Administração, inviabilizada fica a licitação. Aí, cito Sérgio Ferraz, Lúcia Valle Figueiredo, Marçal Justen Filho. Nenhum deles, porém, com todo vênio, mais convincente de que Vossa Excelência na prolação desse magnífico voto.

Acompanho o voto de Vossa Excelência.



**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 86.198-9**

PROCED.: PARANÁ

**RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE**

PACTE.(S): ADYR SEBASTIÃO FERREIRA

PACTE.(S): ÍRIA REGINA MARCHIORI

IMPTE.(S): ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO PARANÁ

ADV.(A/S): JOÃO DOS SANTOS GOMES FILHO

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** A Turma deferiu o pedido de **habeas corpus** dos pacientes, por falta de justa causa, e estendeu os efeitos dessa decisão ao co-réu Acindino Ricardo Duarte, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Falou pelos pacientes o Dr. João dos Santos Gomes Filho. 1ª. Turma, 17.04.2007.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence.  
Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

  
Ricardo Dias Duarte  
pl Coordenador