



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 6569

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL CFOAB, já qualificado nos autos, vem, na qualidade de *amicus curiae*, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar

MANIFESTAÇÃO

acerca do parecer juntado pela Advocacia Geral da União aos autos, pelas razões a seguir aduzidas.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

1. Síntese e interesse da Ordem Dos Advogados do Brasil

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, em face da Lei nº 14.039/2020 que, em síntese, estabeleceu que os serviços profissionais de advogado e de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

A CONAMP sustenta que a lei impugnada viola os princípios republicano, da igualdade, da impessoalidade e o da isonomia, uma vez que afronta a exigência constitucional de realização de concurso para a contratação pela administração pública, transformando em regra o que a lei de licitações (Lei 8.666/93) prevê como exceção (arts. 25, II e 13, III e V).

Instados a se manifestar nos autos, o Senado Federal pugnou pela improcedência do pedido, aduzindo que a Lei nº 14.039/2020 é compatível com a Constituição Federal ao trazer um conceito legal de singularidade dos serviços advocatícios e contábeis, estando, pois, em consonância com os critérios legais de reconhecimento da inexigibilidade de licitação contemplados na Lei nº 8.666/1993.

A Câmara dos Deputados juntou declaração na qual fez constar a regularidade do trâmite do projeto de lei 10.980/2018, que deu origem à lei ora em discussão, atestando sua constitucionalidade formal.

A Presidência da República, por sua vez, manifestou-se pela procedência da demanda ante suposta inconstitucionalidade material da Lei nº 14.039/20, dada *“a generalização proposta pela norma - no sentido de se considerar singular todo e qualquer serviço de advocacia ou contabilidade - afronta o dever constitucional de licitar, circunstância que equivale a negar concretude ao primado constitucional da isonomia nas contratações públicas”*.

Em parecer de sua lavra, Advocacia Geral da União pugnou pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela procedência parcial do pedido veiculado pelo requerente.

Ocorre que, ao postular pela declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 14.039/20, a AGU agiu contrariamente à sua obrigação constitucional de atuar em *defesa* da norma impugnada em sede de ADI, em frontal violação à previsão do art. 103, § 3º, CF. Por esse motivo, e consoante as razões a seguir delineadas, seu parecer deve ser reputado inconstitucional e deve ser desconsiderado.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

2. Da frontal violação à Constituição Federal pela ausência de defesa do ato impugnado pela AGU

Ao se manifestar nos presentes autos, a Advocacia Geral da União redigiu seu parecer nos termos abaixo sintetizados:

Muito embora o Senado Federal sustente, em suas informações (fl. 28), que “a lei acoimada apenas reproduz e introduz nos estatutos profissionais advocatícios e contábeis a antiga e vigente previsão da Lei de Licitações” observa-se que as disposições hostilizadas possuem aptidão para tornar regra a exceção prevista pelo legislador ordinário, no que respeita à contratação de serviços advocatícios e de contabilidade, exigindo, apenas, a comprovação da notória especialização, a qual já satisfaria o requisito da singularidade do serviço permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

A prevalência de semelhante conclusão, contudo, teria como consequência a subversão do comando constitucional do artigo 37, inciso XXI, da Lei Maior, o qual estatui que, “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Com efeito, o dispositivo transcrito não contempla nenhuma hipótese específica de exceção ao procedimento licitatório, remetendo tal regulamentação inteiramente à legislação infraconstitucional. O artigo 25, inciso II, da Lei n 8.666/93, combinado com o artigo 13 do mesmo diploma, por sua vez, não discrimina nenhuma espécie de serviço técnico profissional como sendo de natureza necessariamente singular.

Assim, a natureza singular do serviço consiste em um dos aspectos que devem ser observados para a contratação de advogado e contador por inexigibilidade de licitação, a qual, como se sabe, pressupõe a inviabilidade de competição. Nesse sentido, essa Suprema Corte firmou o entendimento de que contratação direta de serviço de advocacia pode, excepcionalmente, ser admitida desde que restem atendidos os seguintes requisitos: (i) existência de procedimento administrativo formal; (ii) notória especialização profissional; (iii) natureza singular do serviço; (iv)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; (v) cobrança de preço compatível com praticado pelo mercado. Veja-se a ementa do julgado em referência:

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.

(Inq nº 3074, Relator: Ministro ROBERTO BARROSO, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 26/08/2014, Publicação em 03/10/2014; grifou-se).

Observe-se que, além da natureza singular do serviço e da notória especialização do profissional a ser contratado, outros requisitos também devem ser atendidos para que se autorize a dispensa de licitação por inexigibilidade, quais sejam, a existência de procedimento administrativo formal, a cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado e a demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público.

(...)

Portanto, observa-se que os requisitos de singularidade e notória especialização não podem ser inerentemente associados a quadros profissionais, porque não dizem respeito, tão somente, a quem será contratado, mas, também, às peculiaridades do interesse público, o que só pode ser constatado no caso concreto (grifamos).

Em suas conclusões, aduziu o que se segue:

Nesses termos, considerando-se a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal, a Lei nº 14.039/2020 deve ser interpretada no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios e de contabilidade pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; e natureza singular do serviço), deve observar: (i) a inadequação da prestação do serviço pelos integrantes



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

do Poder Público; e (ii) a cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.

Cumprido destacar, finalmente, que o posicionamento externado na presente manifestação encontra-se em consonância com o entendimento consolidado dessa Suprema Corte – e reafirmado no julgamento da questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3916, Relator Ministro EROS GRAU, DJ de 19.10.2009; e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 119, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, DJ de 28.03.2014 – **no sentido da autonomia do Advogado-Geral da União para se contrapor à constitucionalidade das normas submetidas ao seu exame na jurisdição concentrada de constitucionalidade, notadamente quando houver precedente no mesmo sentido (grifamos).**

E encerrou sua manifestação afirmando que “*manifesta-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela procedência parcial do pedido veiculado pelo requerente*”.

Ao assim agir, a AGU não apenas posicionou-se de modo materialmente insustentável, mas atuou de modo processualmente inconstitucional. Ao pleitear a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, o fez em franca violação à Constituição Federal, que ao dispor sobre as ações de controle concentrado é explícita ao prever que cabe à Advocacia Geral da União a defesa do ato impugnado em sede de ADI:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, **o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado**.

Da leitura do dispositivo é patente que o texto constitucional não dá margem à dúvida acerca do modo como a Advocacia Geral da União deve atuar no feito, sendo incabível e manifestamente inconstitucional qualquer proposta no sentido de ver reconhecida autonomia para que se manifeste tal como entender melhor.

Esse fato resta ainda mais explícito quando considerada a previsão do parágrafo 1º do mesmo artigo 103, que aduz: “*O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal*”.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Da leitura conjugada de ambos os dispositivos, o que se observa é a obrigação de se ouvir o PGR e o Advogado Geral da União em sede de controle concentrado, sendo requerida a livre manifestação do PGR a respeito da lide previamente à prolação de qualquer decisão pela Corte, e a imposição da efetiva *defesa* da norma reputada inconstitucional pelo AGU.

Nota-se, portanto, que quando o constituinte quis garantir a liberdade da manifestação, o fez explicitamente, não atribuindo previamente nenhuma orientação à manifestação da PGR. Por outro lado, ao tratar da atuação da AGU, definiu já *a priori* em que sentido deveria se dar sua atuação no feito, não havendo qualquer possibilidade de atuação em sentido diverso ao de defesa do ato reputado inconstitucional.

A imposição de que a AGU faça a defesa da norma impugnada em sede de ADI encontra abrigo também na Lei Orgânica da AGU, aprovada em 1993, que definiu de forma expressa que “*são atribuições do Advogado-Geral da União*”, dentre outras, “*defender, nas ações diretas de inconstitucionalidade, a norma legal ou ato normativo, objeto de impugnação*” (art. 4º, IV, LC 73/93).

Atuação diversa da instituição, de modo a eventualmente atuar em favor da declaração da inconstitucionalidade da norma impugnada em sede de ADI, contraria não apenas a redação literal da lei que rege a advocacia geral da união e a Constituição da República, mas viola a própria razão de ser da norma.

Isso porque a imposição da obrigação de defesa da norma impugnada se presta a reforçar a presunção de constitucionalidade das leis, pressuposto da segurança jurídica a nortear o estado democrático de direito. É nesse sentido a compreensão do festejado constitucionalista José Afonso da Silva, que em seu clássico Curso de Direito Constitucional Positivo destaca que a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos “*foi reforçada pela Constituição pelo teor do art. 103, §3º, que estabeleceu um contraditório no processo de declaração de inconstitucionalidade, em tese, impondo o dever de audiência de Advogado-Geral da União, que obrigatoriamente defenderá o ato ou texto impugnado*”¹.

Em sede de controle de constitucionalidade o Advogado Geral da União não atua em sua função ordinária, conforme previsão constante no art. 131, CF (ou seja, como representante judicial e extrajudicial da União), eis que realiza a efetiva defesa da constitucionalidade da norma. Atuação diversa empobreceria o debate, pois em processos

¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p 53.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

de índole objetiva não há partes e, por isso, a norma impugnada restaria carente do imprescindível contraditório para fins de discussão de sua constitucionalidade.

É preciso ressaltar que a discussão ora colocada não é nova nessa Corte, já tendo o STF se manifestado, por diversas vezes, de modo a reafirmar a impossibilidade de a AGU se posicionar contrariamente à constitucionalidade da norma impugnada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O voto do ministro Marco Aurélio, relator na recente ADI 4.983, é primoroso e não deixa pairar qualquer dúvida acerca da obrigatoriedade da manifestação *defensiva* da AGU em sede de controle concentrado de constitucionalidade:

Antes de examinar as questões preliminares e de mérito envolvidas, faço registro quanto à posição assumida pelo Advogado-Geral da União. Confesso, mais uma vez, não poder silenciar a respeito, tendo em conta o texto da Carta da República.

A atuação do Advogado-Geral recebeu disciplina diversa da atinente ao Procurador-Geral da República, em relação ao qual a Carta, no § 1º do artigo 103, prescreve que “deverá ser previamente ouvido” no controle abstrato de constitucionalidade, tendo, como fiscal da lei, campo para pronunciar-se, mesmo em ação que haja formalizado, a favor do acolhimento do pedido formulado ou contra este. Com todas as letras, o § 3º do aludido preceito constitucional não dá margem ao curador para atacar o curatelado. Como disse Carlos Roberto de Alckmin Dutra, “o caráter cogente da norma está evidente em sua própria redação” (DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle Abstrato de Constitucionalidade. Análise dos princípios processuais aplicáveis*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 224) – **o papel da Advocacia-Geral da União, a justificar a atuação, é o de proteção ao ato normativo impugnado.**

O Advogado-Geral da União não trouxe ao processo peça defendendo a lei questionada. Ao contrário, deu parecer no sentido de o Tribunal declará-la incompatível com o Diploma Maior. Deixou, portanto, de cumprir o preceito constitucional.

[ADI 4.983, rel. min. Marco Aurélio, j. 6-10-2016, P, DJE de 27-4-2017; grifos adotados]

Conforme bem pontua o excelentíssimo Ministro, atuação distinta configura verdadeira violação à constituição federal, inadmissível no ordenamento jurídico pátrio por deturpar o sistema de controle de constitucionalidade tal como imposto pelo constituinte originário.

Essa posição enfática também foi defendida pelo já saudoso Ministro Celso de Mello, relator na ADI 1.254, ocasião em que fez constar o seguinte:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

A função processual do advogado-geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é eminentemente defensiva. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de órgão agente, posto que **lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao PGR. Atuando como verdadeiro curador (defensor legis) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de origem estadual, e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito**, positivo, não cabe ao advogado-geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento do munus indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República.

[ADI 1.254 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 14-8-1996, P, DJ de 19-9-1997.]

Da leitura dos julgados acima transcritos resta clara a impropriedade da manifestação do Advogado Geral da União no caso dos autos, no sentido de ver reconhecida a inconstitucionalidade da lei 14.039/2020. Consoante explicitamente impõe o texto constitucional e a jurisprudência dessa Suprema Corte, não cabe à AGU pleitear a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado, pois age como verdadeiro curador das leis e não parecerista², velando por sua presunção de constitucionalidade.

A ordem jurídico-constitucional não dá margem a escolhas, ela assevera: cabe ao AGU, ante a norma imperativa, defender o ato. Atuação diversa fragiliza a constituição, e por isso deve ser reputada inadmissível.

O constituinte, ao redigir a regra prevista no art. 103, já fez, de antemão, a ponderação entre a autonomia da AGU e a presunção de constitucionalidade das leis, e seu posicionamento foi claro: o Advogado Geral da União deve funcionar como verdadeiro curador das leis, fazendo sua defesa. Não há espaço ao intérprete para a realização de nova ponderação.

Frise-se que a norma ora em discussão, impositiva da posição defensiva da AGU, é norma constituinte originária, impassível de ser reputada inconstitucional. Assim sendo, qualquer sugestão no sentido de sua injustiça ou descabimento deve passar pelo tramite de alteração constitucional e formalmente previsto, através do processo de emenda

² Conforme exposto na ADI 3546 em que ficou consignado que o “Advogado-Geral da União não atua como parecerista, tal qual faz o Ministério Público na qualidade de fiscal da lei, mas como curador do ato impugnado. É incompreensível que venha ao processo e adote justamente posição diametralmente oposta à sinalizada no dispositivo constitucional”.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

constitucional (art. 60, CF). Agir de outro modo, conferindo interpretação diversa à norma que não dá nenhuma margem para dupla interpretação, fragiliza a constituição e coloca em xeque o sistema democrático brasileiro.

É certo que não se desconsidera, quando das afirmações acima feitas, que seja possível o surgimento de situações excepcionais, a requerer atuação também excepcional por parte da AGU. Tais hipóteses são previstas por essa Corte, que em diferentes momentos se manifestou no sentido de que, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma norma pelo STF em momento pretérito (seja em controle difuso, seja de modo incidental), desobriga-se a AGU da realização de sua defesa em sede de controle concentrado. Confira-se julgado elucidativo a esse respeito:

O múnus a que se refere o imperativo constitucional (CF, art. 103, § 3º) deve ser entendido com temperamentos. O advogado-geral da União não está obrigado a defender tese jurídica **se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade.**

[ADI 1.616, rel. min. Maurício Corrêa, j. 24-5-2001, P, DJ de 24-8-2001.]

Vide ADI 3.916, rel. min. Eros Grau, j. 3-2-2010, P, DJE de 14-5-2010

Esse entendimento foi recentemente reafirmado, ocasião em que o STF assim decidiu:

ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – O Advogado-Geral da União – que, em princípio, atua como curador da presunção de constitucionalidade do ato impugnado (RTJ 131/470 – RTJ 131/958 – RTJ 170/801-802, v.g.) – não está obrigado a defender o diploma estatal, **se este veicular conteúdo normativo já declarado incompatível com a Constituição da República pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos proferidos no exercício de sua jurisdição constitucional. Precedentes.**

(...)

A jurisprudência desta Suprema Corte **já se consolidou** no sentido de que o **Advogado-Geral da União** – que, *em princípio, atua como curador da presunção de constitucionalidade* do ato impugnado (**RTJ 131/470 – RTJ 131/958 – RTJ 170/801-802, v.g.**) – **não está obrigado** a defender, *incondicionalmente*, o diploma estatal, **se este veicular conteúdo normativo já declarado incompatível** com a Constituição da República pelo Supremo Tribunal Federal **em julgamentos proferidos** no exercício de sua jurisdição constitucional:

“ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

– **O Advogado-Geral da União** – que, em princípio, atua como curador da presunção de constitucionalidade do ato impugnado (RTJ 131/470 – RTJ 131/958 – RTJ 170/801-802, v.g.) – **não está obrigado a defender o diploma estatal, se este veicular conteúdo normativo já declarado incompatível com a Constituição da República pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos proferidos no exercício de sua jurisdição constitucional. Precedentes.**”

(ADI 2.681-MC/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vale lembrar, no ponto, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já teve a oportunidade de advertir que “o Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade” (ADI 1.616/PE, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – grifei). Esse entendimento jurisprudencial veio a ser reafirmado nos julgamentos da ADI 2.101/MS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, e da ADI 3.916/DF, Rel. Min. EROS GRAU (grifos no original).

ADI 3156, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 03-09-2018 PUBLIC 04-09-2018).

No julgamento, o Min. Celso de Mello ressaltou a posição dominante da Corte, fazendo constar o seguinte:

O meu voto reflete o entendimento dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a propósito da atuação do Advogado-Geral da União no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

Esta Suprema Corte firmou *diretriz jurisprudencial* a respeito do sentido e do alcance da norma inscrita no § 3º do art. 103 de nossa Carta Política, enfatizando que o Advogado-Geral da União – que, em princípio, atua como curador da presunção de constitucionalidade do ato impugnado (RTJ 131/470 – RTJ 131/958 – RTJ 170/801-802, v.g.) – **não está obrigado a defender o diploma estatal, se este veicular conteúdo normativo já declarado incompatível com a Constituição da República pelo Supremo Tribunal Federal** em julgamentos proferidos no exercício de sua jurisdição constitucional, *tal como sucede no caso ora em exame*.

Da leitura do acórdão percebe-se a previsão jurisprudencial de uma única exceção, que se presta a confirmar a regra geral da obrigatoriedade de defesa do ato impugnado pela AGU.

E não poderia ser diferente. A exceção apresentada está em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, que confere ao STF a guarda da constituição. Ora, uma vez reputada inconstitucional determinada lei pela Suprema Corte, descabe falar em obrigatoriedade de defesa do ato pela AGU, que atuaria de modo absolutamente ineficaz e



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

despropositado, dado que declaração da inconstitucionalidade da norma pelo STF retira desta sua validade e a exclui do ordenamento jurídico³.

A existência desta exceção não justifica a atuação da AGU tal como levada a cabo nos autos desta ADI, pois não há precedente firmado pelo STF no sentido de ser a lei ora impugnada inconstitucional – única hipótese capaz de justificar atuação desconforme ao art. 103, § 3º, CF.

Afirma o parecer que *“o posicionamento externado na presente manifestação encontra-se em consonância com o entendimento consolidado dessa Suprema Corte – e reafirmado no julgamento da questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3916, Relator Ministro EROS GRAU, DJ de 19.10.2009; e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 119, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, DJ de 28.03.2014 – no sentido da autonomia do Advogado-Geral da União para se contrapor à constitucionalidade das normas submetidas ao seu exame na jurisdição concentrada de constitucionalidade, notadamente quando houver precedente no mesmo sentido”*.

Não lhe assiste razão. O precedente invocado (Inq nº 3074⁴) foi julgado em 2014 e 2019, respectivamente, e versa sobre questões semelhantes àquela ora em análise,

³ Confira-se: “1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O VALOR DO ATO INCONSTITUCIONAL - OS DIVERSOS GRAUS DE INVALIDADE DO ATO EM CONFLITO COM A CONSTITUIÇÃO: ATO INEXISTENTE? ATO NULO? ATO ANULÁVEL (COM EFICÁCIA "EX TUNC" OU COM EFICÁCIA "EX NUNC")? - FORMULAÇÕES TEÓRICAS - O "STATUS QUAESTIONIS" NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: TÉCNICA INAPLICÁVEL QUANDO SE TRATAR DE JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO DE ATOS PRÉ-CONSTITUCIONAIS. - **A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia "ex tunc" (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.** - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA (Pleno) (RE 353508 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007)

Oportuno também o recente julgado, que explicita o fato de o ato ser declarado nulo desde logo, cabendo ao Senado tão somente dar-lhe publicidade:

“Se uma lei ou ato normativo é declarado inconstitucional pelo STF, incidentalmente, essa decisão, assim como acontece no controle abstrato, também produz eficácia erga omnes e efeitos vinculantes.

Assim, se o Plenário do STF decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle incidental, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia erga omnes e vinculante. Houve mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88. A nova interpretação deve ser a seguinte: quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já tem efeito vinculante e erga omnes e o STF apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido.

STF. Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017 (Info 886).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

mas em seu cerne distinta, posto que, à época de referido julgamento, a Lei impugnada nem sequer existia.

Ora, ainda que essa Suprema Corte tenha, naquela ocasião, se manifestado acerca da contratação de escritórios de advocacia no âmbito da Lei 8.666/90, descabe falar que houve, naquele momento, fixação de precedente escusável a que a AGU faça a defesa da Lei atacada na presente ADI.

Assumir essa afirmação como verdadeira é impossível, pois notória a anacronia dos fatos narrados. Repita-se, para que não reste qualquer dúvida: segundo entendimento recentemente firmado por essa Corte na ADI 3156⁵, o AGU atua como curador da presunção de constitucionalidade do ato impugnado e somente não está obrigado a defender **o diploma estatal se este já houver sido declarado incompatível com a Constituição da República pelo STF em julgamentos proferidos no exercício de sua jurisdição constitucional**. A Lei em discussão na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade data de agosto de 2020, não tendo sido objeto de qualquer discussão e julgamento pretérito, motivo pelo qual não há falar em posição externada pelo STF no sentido de sua inconstitucionalidade, a justificar a excepcionalidade da atuação da AGU de modo autônomo e distinto ao que impõe o art. 103, parágrafo 3º, CF.

Ademais, por ocasião do julgamento do precedente invocado como suposta escusa à defesa do ato impugnado (ADI 3916), a Corte afirmou o seguinte: “O Tribunal, por maioria, *rejeitou a questão de ordem no sentido de suspender o julgamento* para determinar ao Advogado-Geral da União que apresente defesa da lei impugnada, nos termos do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio (suscitante) e Joaquim Barbosa”⁶.

Nota-se, portanto, que a Corte não decidiu acerca da possibilidade ou impossibilidade da atuação da AGU em sentido diverso ao que impõe art. 103, 3º, CF, de modo amplo e à guisa de fixação de precedente geral e vinculante. O que se decidiu, episodicamente, foi a rejeição do pedido que requeria suspensão do julgamento para obrigar atuação distinta da AGU naquele caso concreto.

Não bastassem os argumentos acima explanados, destaca-se que desde os julgamentos supramencionados já se passaram mais de dez anos, tendo a Corte mudado significativamente sua composição e fixado posição divergente, o que torna ainda mais frágil o argumento suscitado.

⁴ Inq nº 3074, Relator: Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgamento em 26/08/2014, Publicação em 03/10/2014.

⁵ ADI 3156, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018.

⁶ ADI 3916, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2010.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

De todo o exposto, não restam dúvida de que a atuação da AGU nos presentes autos, manifestando-se pela procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 14.039, viola frontalmente o art. 103, § 3º, CF.

Por tal motivo, seu parecer deve ser reputado inconstitucional e deve ser desconsiderando para fins da discussão ora travada.

2. Das razões de improcedência do pedido: inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública

Na petição de ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, este Conselho Federal teceu diversas considerações acerca das razões que sustentam a necessidade de declaração de improcedência do pedido formulado nesta ADI. A fim de reavivar a discussão apresentada, sintetizamos os argumentos outrora suscitados.

A licitude da contratação direta de advogados pela Administração Pública, situação que se amolda à hipótese prevista na Lei 8.666/93 de 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) – é explícita.

Cabe destacar que o assunto discutido nestes autos é também debatido no RE 656.558/SP, com repercussão geral reconhecida, no qual este Conselho figura como *amicus curiae*. Referido recurso se encontra sob a relatoria do Exmo. Min. Dias Toffoli, que, inclusive, já proferiu voto pelo provimento para declarar a constitucionalidade das disposições da Lei n. 8.666/93 e, por conseguinte, a inexigibilidade de licitação para contratação de advogados, preenchidos os requisitos necessários. Sobre o tema, assim se manifestou o Exmo. Relator em seu voto:

Se os serviços elencados no inciso II do art. 25 da Lei no 8.666/93 são prestados com características subjetivas, conseqüentemente são julgados de modo subjetivo, afastando a objetividade e, com ela, a competitividade, **não se justificando a necessidade de instauração da licitação pública.**

A inexigibilidade pode, como já referi, se manifestar mesmo que 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.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Exatamente por isso a Administração deverá escolher um dos especialistas em detrimento de todos os demais eventualmente existentes. **Nesse processo discricionário, o gestor público encontra certa liberdade na escolha do especialista que reputar o mais adequado** à satisfação da utilidade pretendida com a contratação, pressupondo-se, pois, a avaliação de conceitos de valor, variáveis em grau maior ou menor, de acordo com a estimativa subjetiva.

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 preencham 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)

No voto, foi dada ênfase especial ao caso da advocacia, pois, segundo o Exmo. Relator, trata-se de hipótese de serviço técnico que, pela sua própria natureza, dificilmente se compatibiliza com o instrumento da licitação. As razões para tal entendimento são claras e inequívocas.

O serviço advocatício, pela própria natureza do trabalho, compreende prestação singular. Cada profissional apresenta um conjunto próprio de habilidades e competências técnicas que torna, por si só, inviável a contratação do serviço por meio de licitação, em função da impossibilidade de competição entre os prestadores, já que não é possível mensurar e comparar a capacidade de cada escritório e advogado.

Nesse sentido afirma Adilson De Abreu Dallari⁷ que *'não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas'*. No caso do trabalho advocatício, conforme a feliz expressão utilizada pelo mestre Celso Antônio Bandeira de Mello⁸, não existe serviço que seja *'equivalente perfeito'* ao outro, o que afasta a possibilidade de concorrência e, portanto, de licitação.

Note-se que a ideia de singularidade não exige exclusividade, ou seja, não significa que o prestador seja o único capaz de realizar o serviço. A singularidade decorre antes da natureza do serviço e do tipo de relação entabulada com a Administração. No caso dos serviços advocatícios, a confiança constitui elemento intrínseco à relação entre

⁷ Aspectos Jurídicos da licitação, São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 1980, p. 33.

⁸ Licitações, 1985, Revista dos Tribunais, p. 15.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

advogado e cliente. A contratação pressupõe, portanto, a confiabilidade que o gestor público deposita em determinado profissional ou empresa, o que requer uma necessária liberdade de escolha.

Dito isso, resta claro que a afirmação formulada pela AGU em seu parecer, no qual sugere que a generalização proposta pela norma - no sentido de se considerar singular todo e qualquer serviço de advocacia ou contabilidade - afronta o dever constitucional de licitar é desprovida de fundamentos.

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que a singularidade do serviço se apresenta quando for exigível que o prestador demonstre um “componente criativo” necessário ao adequado cumprimento de uma atividade relevante para a Administração. Vale reproduzir as lições do autor⁹:

“37. Em suma: a singularidade é relevante e um serviço há de ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, 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 pudessem, 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 isso não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito ‘A’ ou pelos sujeitos ‘B’ ou ‘C’, ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.
(...)”

No caso da prestação de serviços advocatícios, quando se trata do atendimento de demandas jurídicas complexas e atuação em causas relevantes para a Administração Pública, exige-se do advogado atributos que o gestor considere importantes para o desempenho da tarefa. Portanto, nesses casos, diante da singularidade e do caráter personalíssimo que são próprios ao trabalho do advogado, é inexigível a licitação para a contratação do serviço.

A lei ora impugnada não faz senão reconhecer o caráter técnico e singular do serviço advocatício, comprovada a sua notória especialização. Uma vez demonstrada a especialização dos serviços jurídicos necessários ao cumprimento dos objetivos do

⁹ Idem, p. 514.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

contrato, justifica-se a discricionariedade conferida à Administração para definir o prestador que melhor se adequa ao perfil buscado. Cabe ao gestor público, portanto, analisar as características, experiências e habilidades específicas e particulares do profissional da advocacia para selecionar aquele que atende em maior medida às necessidades da Administração e ao interesse público.

Ademais, importa frisar que a novidade suscitada pela edição da Lei 14.039/20 “não reside no aspecto subjetivo da contratação, ou seja, na conceituação do profissional ou empresa detentor de notória especialização, porquanto o parágrafo único do novo artigo 3-A da Lei 8.906/94 reproduz *ipsis litteris* a disposição do artigo 25, §1º da Lei nº 8.666/93”¹⁰, mas sim em seu aspecto objetivo, pois ao inserir o artigo 3-A na Lei 8.906/94, passa a prever que “os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.”

O que o legislador buscou prever com mais ênfase, de modo a não deixar margem para dúvidas, foi uma presunção em favor da singularidade dos serviços advocatícios *quando executados profissionais detentores de notória especialização*. A redação final do dispositivo deixa claro que a norma é harmônica ao que impõe a Constituição Federal (art. 37, XXI) e a lei de licitações, não havendo que se falar, como quer fazer crer a AGU em seu parecer, em burla ao dever de licitar.

Acerca desse ponto, valiosos os apontamentos do prof. Dr. Fabrício Motta, conselheiro do TCM-GO e professor da Universidade Federal de Goiás (UFG):

É importante ressaltar que a caracterização do serviço precede a busca do profissional mais apto para executá-lo. A partir das características de determinado serviço de advocacia surgirá a necessidade/possibilidade de contratação de advogado ou escritório com qualificações diferenciadas. Não se parte inicialmente da escolha do advogado para depois atribuir-lhe serviços - a legitimidade da busca por um notório especialista advém da necessidade de sua experiência, conceito, e formação para atender, de forma mais adequada possível, à plena satisfação do objeto do contrato. Essa afirmação não obsta a possibilidade contratações que necessitem de ajustes posteriores na delimitação do objeto, necessárias justamente em razão das atividades a serem desempenhadas pelo profissional (como serviços de consultoria ligados à busca de solução ou modelagem jurídica complexa, com fatores que vão sendo conhecidos e definidos ou apresentados ao contratado na medida da delimitação ou do surgimento da necessidade administrativa durante a execução).

¹⁰Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/interesse-publico-lei-contratacao-direta-servicos-advocacia-inexigibilidade-licitacao> ; acesso em 24 de novembro de 2020.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

A comprovação da notória especialização continua sendo um imperativo, e deve ser objeto de especial motivação pelos responsáveis pelo procedimento de contratação. A adoção de procedimento formalizado também continua obrigatória, com especial realce para as razões da escolha do contratado e justificativa do preço (artigo 25, parágrafo único da Lei nº 8.666/93)¹¹.

A posição aqui defendida encontra ressonância na própria jurisprudência desse Eg. Supremo Tribunal, que conta com importantes precedentes no sentido da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios (AP 348-5, Rel. Min. EROS GRAU, Pleno, 15/12/2006; HC 86.198, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, 17/04/2007; RHC 72.830, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, 24/10/95, dentre outros).

Como bem demonstrado pelo Min. Eros Grau, em sede do julgamento da AP 348, a inviabilidade de licitação para contratação de advogado decorre do juízo subjetivo inerente à manifestação de confiança no profissional por parte da Administração¹².

Nesses termos, a Lei nº 14.039/2020 é plenamente hígida e, ao contrário do que sustenta o Requerente ou a AGU, não representa uma ampliação das exceções ao dever de licitar. Apenas explicita entendimento sobre a natureza dos serviços advocatícios, que se definem essencialmente pelo caráter técnico e singular, quando comprovada sua especialização. Nesses termos, a legislação atacada se amolda ao regime das contratações públicas atualmente vigente, que dispensa a realização de licitação quando não é possível a concorrência em razão da especialidade dos serviços prestados, entre os quais se incluem os serviços advocatícios.

A possibilidade de contratação direta de advogados pela Administração Pública, quando demonstrada a especialização dos serviços, é hipótese que apenas atende ao interesse público ao permitir que o gestor possa selecionar o profissional com melhores condições e expertise para desempenhar a atuação jurídica requerida e com o qual mantenha imprescindível relação de confiança. É nesse sentido que a própria lei cuidou de especificar a especialização como qualidade do advogado ou escritório que “permita inferir

¹¹ *Idem.*

¹² “(...) o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo, logo, a realização de procedimento licitatório para contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do ‘trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (cf o § 1º do art. 25 da Lei n. 8.666/93)’.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

Sob tais argumentos, mostra-se inteiramente infundada a pretensão do Requerente, endossada pela AGU em seu parecer flagrantemente inconstitucional, tendo em vista a plena constitucionalidade da Lei nº 14.039/2020.

3. Conclusão

Por todo o exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer:

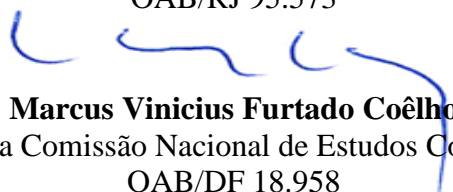
- (i) **A declaração de inconstitucionalidade do parecer juntado aos autos pela AGU e sua consequente desconsideração** por flagrante violação à atribuição constitucional de defesa do ato impugnado em sede de ADI (art. 103, § 3º, CF);
- (ii) **A intimação da AGU para que junte novo parecer e faça a efetiva defesa do ato impugnado**, em cumprimento à imposição constitucional prevista no art. 103, § 3º, CF;
- (iii) **A improcedência do pedido formulado na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade**, com escopo de ver reconhecida a constitucionalidade da Lei nº 14.039, de 17 de agosto de 2020.

Pede deferimento.

Brasília, 2 de dezembro de 2020.


Felipe Santa Cruz

Presidente Nacional da OAB
OAB/RJ 95.573


Marcus Vinicius Furtado Coêlho

Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais
OAB/DF 18.958


Lizandra Nascimento Vicente

OAB/DF 39.992


Ana Paula Del Vieira Duque
OAB/DF 51.469