



*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** com considerações a respeito do voto do eminente relator, Min. Roberto Barroso, conforme os 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.



## Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

A ação está sob julgamento no plenário virtual que se iniciou no dia de hoje, 16/10/2020, com previsão de finalização em 23/10/2020.

Em seu voto, disponibilizado na sessão virtual de julgamento, o relator Min. Roberto Barroso julgou parcialmente procedente o pedido para conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, com a fixação da seguinte tese:

"São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: **(i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público;** e **(ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.** (grifos acrescidos)

O eminente relator reconheceu a constitucionalidade dos dispositivos que são objeto da presente ação, ao considerar que regulamentam com critérios razoáveis o art. 37, XXI, CF. Entendeu, no entanto, pela necessidade de conferir segurança jurídica à interpretação e aplicação dos dispositivos por meio da fixação de critérios e parâmetros que permitam conformar a contratação direta dos serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, aos princípios constitucionais aplicáveis, especialmente da moralidade, impessoalidade e eficiência.

Conforme dispõe o voto, os critérios já previstos expressamente em lei exigiriam *(i)* a necessidade de procedimento administrativo formal, pelos deveres de motivação e publicidade; *(ii)* a notória especialização do profissional a ser contratado, que denote qualificação diferenciada mensurada por elementos objetivos e reconhecidos pelo mercado; e *(iii)* a natureza singular do serviço, a afastar a contratação direta para o desempenho de serviços triviais e rotineiros, apenas justificando-se diante de tarefas complexas que demandem a peculiar *expertise*.

Não obstante, para além dos critérios mencionados, **o relator acrescentou dois novos parâmetros, não previstos em lei**, a serem observados nas hipóteses de contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação.

O primeiro novo parâmetro proposto pelo relator consiste na demonstração da inadequação da prestação de serviço pelo quadro próprio do Poder Público. Conforme consta na ementa do voto, a assessoria jurídica prestada por advogados públicos às entidades federativas deve ser observada como regra, apenas excepcionalmente admitindo-se a contratação de advogados privados “desde que plenamente configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pelos membros da advocacia pública”.



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

Não fica claro, no entanto, de que modo será possível indicar, quanto menos configurar de forma plena, a inadequação do serviço prestado pela assessoria jurídica oferecida pelos advogados públicos. A incorporação de um termo aberto e indeterminado como “relevante inconveniência” para se aferir a regularidade da contratação de advogados privados não oferece a pretendida segurança ou previsibilidade na aplicação da norma.

Ao contrário, o critério, tal como formulado, abre espaço para considerações contraditórias entre si, aumentando a incerteza quanto à regularidade da contratação. No limite, aproxima a contratação direta de uma atividade de risco, já que o juízo do gestor sobre o que não convém manter sob a condução da advocacia pública pode não coincidir com o juízo feito, por exemplo, pelos órgãos de controle.

De mais a mais, cabe dizer que o critério de especialização do serviço contratado por si só **afasta a utilização da contratação direta como expediente padrão ou rotineiro**. Já a definição das causas que atraem atuação jurídica especializada comporta uma necessária e legítima margem de discricionariedade da Administração Pública. Cabe ao gestor a avaliação sobre a relevância e complexidade das matérias, bem como sobre a relação de confiança que a tarefa requer, dentro da liberdade de contratação conferida pela lei.

O segundo novo critério acrescido pelo relator diz respeito à contratação pelo preço de mercado a exigir que os honorários ajustados se mantenham “dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado”. Embora o eminente relator tenha consignado a necessidade de pautar a análise em elementos objetivos, indicando inclusive a possibilidade de comparação de preços de contratos análogos, permanece extremamente imprecisa e subjetiva a forma como tal aferição pode ser feita.

Se a própria noção do que constitui preço de mercado é vaga, ela se torna ainda mais difícil de determinar quando se trata da contratação de um serviço gravado pela singularidade. Nota-se que a exigência de preço compatível com o mercado não só não é capaz de orientar o gestor público em como proceder para realizar a contratação direta de serviços advocatícios, como levanta novas dúvidas e questionamentos.

Não se sabe, por exemplo, a quem caberia fazer a aferição de preço, se seria papel do Ministério Público ou de outro órgão de controle. Tampouco é possível estabelecer com um mínimo de segurança o que seria uma comparação adequada entre valores de honorários em contratos que têm como objeto, repita-se, **prestação de serviços singulares e especializados**.

Ao determinar a observância de novos critérios e criar inovações não previstas em lei, a tese defendida pelo relator impõe ao gestor público condições de difícil ou impossível cumprimento. Ademais, entende-se que **a solução da controvérsia dos autos se encontra na própria lei ao prever a contratação de serviços advocatícios como típico caso de inexigibilidade de licitação**.



*Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D.F.*

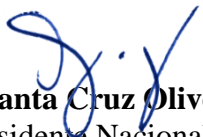
Com efeito, o que se pretende na presente ação é dar cumprimento aos artigos 13, inc. V, e 25, inc. II, da Lei de Licitações, diante de reiteradas decisões que deixam de aplicar seus comandos, retiram-lhe a incidência e enfraquecem sua força normativa. Os dispositivos tratados já oferecem resposta adequada e suficiente à questão constitucional colocada, sendo de todo inoportuna e inconveniente a criação, pela via judicial, de novos critérios e parâmetros que não foram cancelados pelo legislador.


Como demonstrado, **os critérios propostos pelo relator, a despeito da sua louvável intenção, não contribuem para conferir segurança jurídica, mas antes inserem novas camadas de subjetividade à interpretação e aplicação dos dispositivos.**

Por todos esses argumentos, vem o CFOAB reforçar o **pedido de integral 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, 19 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