

A CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA PELO PODER PÚBLICO SEM LICITAÇÃO

Miguel Gualano de Godoy

*Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UFPR
Pesquisador visitante nas Universidades de Harvard e Buenos Aires
Advogado da Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*

O Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento de Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida (Tema 309) sobre a possibilidade do Poder Público contratar Escritórios de Advocacia ou Advogados sem que seja exigível a realização de licitação (arts. 13, inc. V e 25, inc. II, da [Lei 8.666/93](#)). Trata-se do [RE 656.558](#), de relatoria do Min. Dias Toffoli.

A Lei de Licitações considerou em seu art. 13, inc. V, o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas como serviço técnico profissional especializado. No art. 25, inc. II, a referida Lei previu a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13, de natureza singular e com profissionais ou empresas notoriamente especializados.

A controvérsia reside em definir qual amplitude de abrangência de tais dispositivos legais quando se tratar da contratação direta de Escritórios de Advocacia ou Advogados pelo Poder Público.

O tema não é novo e chegou ao Supremo Tribunal Federal com decisões e critérios construídos pelas demais instâncias e órgãos jurisdicionais. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já em 2013 assentou entendimento em sua 1ª Turma sobre a possibilidade do administrador público, desde que movido pelo interesse público, de contratar Advogado sem a exigência de licitação ([REsp 1.192.332/RS](#), Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho). Em 2014, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal rejeitou denúncia de crime de inexigência indevida de licitação por entender possível a contratação direta de Escritório de Advocacia, sem licitação, desde que observados os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo forma; 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 ([Inquérito 3.074/SC](#), Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

A questão retornou agora ao Supremo Tribunal Federal, não mais de forma indireta pela seara criminal, mas de forma direta através do [RE 656.558](#) (Rel. Min. Dias Toffoli). Em seu voto, o Min. Dias Toffoli assentou a possibilidade do Poder Público contratar advogados sem licitação, ainda que o ente público ou federativo tenha procuradores em seus quadros. No entanto, tal contratação deve cumprir duas condições cumulativas: a) a necessidade e a natureza do serviço, sua singularidade ou complexidade, a evidenciar que esses não podem ser normalmente executados pelos serviços profissionais do próprio quadro e, b) o caráter não continuado do serviço específico e singular. O Ministro Dias Toffoli

também estabeleceu em seu voto uma ressalva, aplicável apenas aos Municípios em razão do objeto do Recurso Extraordinário tratar de caso municipal: a inexistência de norma impeditiva da contratação de advogados privados quando houver procuradores municipais aptos para o pleno exercício da representação do município.

O Min. Dias Toffoli ainda exortou cautela na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa ([Lei 8.429/92](#)). Para ele, a Lei de Improbidade representa grande conquista social na luta em prol da moralidade na Administração Pública. No entanto, no caso de haver acusação da prática de ato de improbidade administrativa, deve haver prova concreta de que o ato ímprobo foi cometido com dolo ou, nas situações previstas em lei, com culpa. Ou seja, deve haver prova do elemento subjetivo na caracterização do ato ímprobo.

Por fim, o Min. Dias Toffoli propôs a fixação das seguintes teses:

a) É constitucional a regra inserta no inciso II do art. 25 da Lei 8.666/93, que estabelece ser inexigível a licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 dessa lei, desde que i) preenchidos os requisitos nela estabelecidos, ii) não haja norma impeditiva à contratação nesses termos e iii) eles tenham natureza singular e sejam prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, inclusive no que tange à execução de serviços de consultoria, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

b) Para a configuração da improbidade administrativa, prevista no art. 37, § 4º, da Constituição, faz-se necessária a presença de dolo ou culpa, caracterizados por ação ou omissão do agente, razão pela qual, não havendo prova do elemento subjetivo, não se configura o ato de improbidade administrativa, em qualquer uma das modalidades previstas na Lei 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa.

Após o voto do Ministro Relator, o julgamento foi suspenso sem a manifestação dos demais Ministros. O julgamento do referido RE 656.558 deverá ser retomado em momento posterior, ainda não definido, e em conjunto com a Ação Direta de Constitucionalidade 45, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

A [ADC 45](#) foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e tem por objeto justamente o art. 13, V e o art. 25, inc. II, da Lei 8.666/93, que servem de fundamento para a contratação de Escritórios de Advocacia pelo Poder Público sem licitação. A Ação Declaratória de Constitucionalidade recentemente recebeu o Parecer do Procurador-Geral da República, que entendeu constitucionais as previsões da Lei de Licitações. Entretanto, segundo o Procurador-Geral, no que se refere à contratação direta de serviços advocatícios, esta somente se justifica quando (i) demonstrada a incapacidade de o ente público, por seu quadro de advogados públicos, atender, de forma satisfatória o objeto do contrato; (ii) houver caráter não ordinário do serviço advocatício, que, por sua singularidade no caso (peculiaridade excepcional do interesse público), demande profissional com notória especialização; (iii) o preço for praticado em consonância com os padrões de

mercado e (iv) existir procedimento administrativo formal, com motivação específica que justifique a inexigibilidade.

A ADC 45 está agora conclusa ao Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Tão logo a Ação seja liberada para inclusão em pauta, a Presidência do STF poderá unir os feitos (RE 656.558 e ADC 45) para que o tema seja julgado em definitivo.

Informação bibliográfica do texto:

GODOY, Miguel Gualano de. A contratação de Escritórios de Advocacia pelo Poder Público sem licitação. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*, Curitiba, n.º 125, julho de 2017, disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].