

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

Ementa : DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 13, V, E 25, II, DA LEI Nº 8.666/1993. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

1. Ação declaratória de constitucionalidade dos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, que trata da qualificação dos serviços técnicos profissionais especializados e das hipóteses de inexigibilidade de licitação. Alegação de que tais normas dão ensejo a controvérsias judiciais nos casos de contratação direta de serviços advocatícios.

2. Constitucionalidade dos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993: disciplina legal da matéria que regulamenta com critérios razoáveis o art. 37, XXI, da CF.

3. Necessidade de conferir segurança jurídica à interpretação e aplicação dos dispositivos legais objeto da presente ação, mediante o estabelecimento de critérios e parâmetros dentro dos quais a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, estará em consonância com os princípios constitucionais da matéria, especialmente a *moralidade*, a *imessoalidade* e a *eficiência*. Precedentes: Inquérito 3.074, j. em 26.08.2014; MS 31.718, j. em 16.05.2018.

4. *Necessidade de procedimento administrativo formal* (art. 26 da Lei nº 8.666/1993). Como todos os contratos celebrados mediante inexigibilidade de licitação, também a contratação direta de serviços advocatícios sob esse fundamento deve observar, no que couber, as exigências formais e de publicidade contidas na legislação de regência, especialmente o dever de motivação expressa, a fim de permitir a verificação de eventuais irregularidades pelos órgãos de controle e pela própria sociedade.

5. *Notória especialização do profissional a ser contratado* (art. 13, V, da Lei nº 8.666/1993). A escolha deve recair sobre profissional dotado de especialização *incontroversa*, com qualificação diferenciada, aferida por elementos objetivos, reconhecidos pelo mercado (*e.g.* formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação, experiência bem-sucedida em atuações pretéritas semelhantes).

6. *Natureza singular do serviço* (art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993). O objeto do contrato deve dizer respeito a serviço que escape à rotina do órgão ou entidade contratante e da própria estrutura de advocacia pública que o atende. Inviabilidade de contratar-se profissional de notória especialização para serviço trivial ou rotineiro, exigindo-se que a atividade envolva complexidades que tornem necessária a peculiar *expertise*. Existência de característica própria do serviço que justifique a contratação de um profissional específico, dotado de determinadas qualidades, em detrimento de outros potenciais candidatos. Precedente: AP 348, Rel. Min. Eros Grau, j. em 15.12.2006.

7. *Inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público*. A disciplina constitucional da advocacia pública (arts. 131 e 132, da CF) impõe que, *em regra*, a assessoria jurídica das entidades federativas, tanto na vertente consultiva como na defesa em juízo, caiba aos advogados públicos. *Excepcionalmente*, caberá 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.

8. *Contratação pelo preço de mercado*. Mesmo que a contratação direta envolva atuações de maior complexidade e responsabilidade, é necessário que a Administração Pública demonstre que os honorários ajustados encontram-se dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional. Essa justificativa do preço deve ser lastreada em elementos que confirmem objetividade à análise (e.g. comparação da proposta apresentada pelo profissional que se pretende contratar com os preços praticados em outros contratos cujo objeto seja análogo).

9. Parcial procedência do pedido, conferindo-se interpretação conforme a Constituição aos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993. 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”.

I. A QUESTÃO CONSTITUCIONAL POSTA NA PRESENTE AÇÃO

1. Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo por objeto os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, que trazem, em síntese: (i) a colocação do patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas na categoria dos *serviços técnicos especializados* ; (ii) a previsão de *inexigibilidade de licitação* para a contratação, pela Administração Pública, de tais serviços, que tenham *natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização* , vedando-se a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

2. O requerente defende a constitucionalidade dos dispositivos mencionados com os seguintes fundamentos: (i) como o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas é qualificado como serviço técnico especializado, a inexigibilidade de licitação aplica-se aos serviços advocatícios, por sua singularidade, tecnicidade e capacidade do profissional, atributos que tornariam inviável a realização de licitação; (ii) em razão da confiança inerente à relação entre advogado e cliente, a inexigibilidade de licitação é o único meio para a contratação do serviço advocatício pela Administração Pública; (iii) o art. 5º do Código de Ética e Disciplina da OAB veda qualquer procedimento de mercantilização no exercício da advocacia e, por isso, a participação de advogado num procedimento licitatório, com livre concorrência entre os candidatos, configuraria conduta pela qual o profissional estaria sujeito a sofrer punição por seu Órgão de Classe; (iv) como grande número de Municípios brasileiros não tem Procuradorias próprias, institucionalizadas, e muitos sequer comportam manter Procuradorias jurídicas como um serviço permanente de sua estrutura, a contratação direta de advogado para a emissão de pareceres ou para a sua defesa em juízo, com fundamento nos arts. 13, V, e 25, II, da Lei 8.666/1993, é uma necessidade prática, à luz do princípio da eficiência administrativa, sob pena de a entidade federativa ficar desamparada juridicamente.

3. O pedido formulado é no sentido de que esta Corte pacifique “as interpretações divergentes que reputam a contratação como ato de improbidade, a fim de reconhecer que a contratação de advogado é ato discricionário da Administração Pública, face a inviabilidade de realização do procedimento licitatório”.

II. PRELIMINARMENTE

4. Antes de passar ao exame do mérito, cumpre sanear duas questões preliminares que surgiram nos autos, quer na própria petição inicial, quer em manifestações posteriores.

5. Deve-se fixar, inicialmente, a impossibilidade de reunir-se este processo para julgamento conjunto com o Recurso Extraordinário nº 656.558 /SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Nos termos do pleito formulado pelo requerente, por haver discussão de temas correlatos nos dois processos – a contratação de serviços de advocacia por entes públicos, por inexigibilidade de licitação, com eventual configuração de improbidade administrativa –, seriam aplicáveis os arts. 55, § 3º, e 286, I, do Código de Processo Civil, que assim dispõem:

“Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

(...)

§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”;

Art. 286. Serão distribuídas por dependência as causas de qualquer natureza:

I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada”.

6. Não é cabível a reunião dos processos, na forma defendida pelo requerente, devido à natureza peculiar das ações destinadas ao controle abstrato de constitucionalidade, como a presente, sobretudo no que diz respeito aos efeitos da decisão a ser prolatada nesta sede, que produz “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 102, § 2º, da CF, com a redação dada pela EC nº 45/2004).

7. Ainda em sede preliminar, deve-se também resolver a questão, suscitada em diversas manifestações nestes autos (inclusive da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República), no sentido da ausência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação das normas

que constituem o objeto da ação, o que descumpriria a condição específica estatuída pelo art. 14, III, da Lei nº 9.868/1999, para o processamento da ação declaratória de constitucionalidade, *in verbis* :

“Art. 14. A petição inicial indicará:

(...)

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade”.

8. As objeções formuladas nos autos com base nesse dispositivo – cuja inobservância acarretaria a inépcia da petição inicial – fundam-se no argumento de que as decisões judiciais coligidas pelo requerente não seriam comprobatórias de efetiva controvérsia sobre a *constitucionalidade* dos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, mas apenas demonstrariam a existência de uma multiplicidade de casos concretos envolvendo violações a tais dispositivos, com consequentes decisões do Judiciário coibindo abusos ou, eventualmente, entendendo pela ausência de fraudes, sempre de acordo com circunstâncias casuísticas. Nessa linha, não se poderia confundir a *multiplicação de processos* sobre a mesma questão com a existência de efetiva *controvérsia judicial* sobre a legitimidade constitucional do ato normativo.

9. Tais argumentos, todavia, não devem ser acolhidos para o fim de impedir a análise do mérito da presente ação.

10. A principal razão para a introdução da ação declaratória de constitucionalidade no direito brasileiro foi um postulado de *segurança jurídica*. Mais especificamente, a criação desse instituto se deveu à constatação de que a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público pode tornar-se controvertida em diversas situações. Assim, previu-se um mecanismo pelo qual se possa postular ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento expresso da compatibilidade entre uma norma infraconstitucional e a Constituição, em hipóteses nas quais esta questão tenha se tornado objeto de interpretações judiciais conflitantes. Caberá à decisão do STF ratificar ou não a presunção de constitucionalidade.

11. Num sentido mais amplo, porém, deve-se compreender a ação declaratória de constitucionalidade como instrumento destinado a afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea para uma dada matéria, pacificando a controvérsia existente, em razão do número de pessoas envolvidas, da sensibilidade social ou política da questão, da relevância do interesse público em jogo etc. Nessa linha, veja-se que a própria literalidade do art. 14, III, da Lei nº 9.868/1999, fala em “controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória” (grifei), o que permite que o pedido nela formulado envolva, e.g ., técnicas como a *interpretação conforme a Constituição* e a *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto* .

12. É o que se passa na hipótese presente, em que, para demonstrar a observância do art. 14, III, da Lei nº 9.868/1999, as decisões judiciais colacionadas não declaram propriamente *constitucional* ou *inconstitucional* o texto das normas que são objeto da ação, mas lhes dão *aplicação dúbia e /ou contraditória* , o que legitima a atuação do Supremo Tribunal Federal para afastar incertezas e conferir segurança jurídica. Isto se harmoniza com a própria *ratio* da ação declaratória de constitucionalidade, não devendo ser acolhida uma interpretação excessivamente formalista daquele dispositivo legal para obstar o seu processamento.

13. Assim, entendo como preenchidos os requisitos para o seu regular processamento e passo à análise do mérito da presente ação.

III. NO MÉRITO

14. A matéria objeto desta ação não é inédita na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ao julgar diversos casos concretos, esta Corte já teve oportunidade de manifestar-se sobre a contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, sob o regime da inexigibilidade de licitação, fixando-lhe parâmetros e critérios. Destaco, dentre outros, os seguintes precedentes, ambos de minha relatoria:

“ *Ementa* : 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” (Inquérito nº 3074, j. em 26.08.2014; grifo acrescentado).

“DECISÃO: *Ementa* : Direito Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Sociedade de economia mista. Contratação de sociedade de advogados para serviços jurídicos. 1. Em se tratando de empresas estatais que explorem atividade econômica, principalmente as que estão inseridas em um regime concorrencial, a terceirização deve seguir lógica semelhante àquela prevista para a iniciativa privada. 2. **Deve ser concedida à empresa estatal que explora atividade econômica certa margem de discricionariedade para a escolha da melhor forma de atuação em demandas jurídicas, sendo legítima a utilização de corpo jurídico próprio de forma exclusiva ou parcial, bem como de contratação de advogados ou escritórios de advocacia também de forma exclusiva ou parcial** 3. A escolha administrativa, no entanto, deve atender às seguintes condições: (i) observância, como regra geral, do procedimento licitatório, salvo os casos em cabalmente demonstrada sua inexigibilidade; (ii) elaboração de uma justificativa formal e razoável; (iii) demonstração, pautada por evidências concretas, da economicidade da medida, bem como da impossibilidade ou inconveniência da utilização do corpo jurídico próprio da entidade . 4. No caso concreto, foram atendidos os requisitos acima, sendo que a escolha realizada pela impetrante está em conformidade com os ditames da eficiência, impessoalidade e moralidade, sendo proporcionalmente justificada. 5. Ordem concedida” (MS 31718, j. em 16.05.2018; grifo acrescentado)

15. Embora o pedido formulado não possa ser acolhido com toda a amplitude defendida pelo requerente, são, sem dúvida, constitucionais os dispositivos da Lei nº 8.666/1993 apontados na inicial. A própria Constituição, ao consagrar a regra da licitação para as contratações públicas, prevê, de forma expressa, a possibilidade de o legislador excepcioná-la:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - **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” (grifo acrescentado).

16. Diante dessa expressa autorização constitucional, o legislador ordinário agiu dentro de seu campo legítimo de conformação ao prever, nos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993 – há quase trinta anos –, o *patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas como serviço técnico especializado*, estabelecendo a *inexigibilidade de licitação* para a contratação, pela Administração Pública, de tais serviços. Mas a previsão legal traz também uma importante condicionante da inexigibilidade nessa hipótese: a *natureza singular do serviço*, a ser prestado por *profissionais ou empresas de notória especialização*. Além disso, a lei ainda veda que se contratem dessa forma os serviços de *publicidade e divulgação*.

17. Assim, tendo o legislador ordinário agido com cautela e razoabilidade ao regulamentar o dispositivo constitucional, não tenho dúvida acerca da validade das normas que constituem objeto da presente ação. Todavia, a fim de conferir segurança e previsibilidade à sua interpretação e aplicação, é preciso estabelecer critérios e parâmetros dentro dos quais a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por *inexigibilidade de licitação*, com fundamento nos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, estará em consonância com os princípios constitucionais que incidem na matéria.

18. Para o adequado equacionamento do tema, devem ser conciliadas as exigências da *impessoalidade* – que impõe a exigência da realização de licitação como regra geral – e da *eficiência*, que pode recomendar, em situações excepcionais, a contratação direta de certos serviços. Ambos estes vetores estão associados à realização do interesse público primário.

19. Ao regulamentar a previsão do art. 37, XXI, da CF, a Lei nº 8.666/1993 estabeleceu diversas hipóteses em que o interesse público será melhor alcançado pela *contratação direta*, disciplinando os casos de *dispensa* (art. 24) e de *inexigibilidade* (art. 25) de licitação. No que toca o tema desta ação declaratória de constitucionalidade, o art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, estabelece que “é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”.

20. Dentre as hipóteses que a lei enumera de situações em que o certame é considerado inexigível, dada a impossibilidade de competição, o inciso II do art. 25 refere-se à contratação de *serviços técnicos enumerados no art. 13, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação*. O art. 13, por sua vez, em seu inciso V, menciona expressamente o *patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas*.

21. A literalidade dessas normas traz certas dificuldades interpretativas, sobretudo pela utilização de vocábulos que remetem a conceitos relativamente vagos e abertos, notadamente *notória especialização do profissional e singularidade do serviço*. Apesar dessa dificuldade, é preciso dar maior certeza e segurança à interpretação desses parâmetros legais. A falta de tais balizas é prejudicial ao interesse público e aos interesses legítimos dos contratantes privados, e a indefinição nesta seara pode gerar equívocos de naturezas diversas: tanto pelo afastamento da licitação em situações em que esta seria possível e devida, quanto pela sua realização em contextos inadequados, retardando atividade relevante ou impedindo a contratação dos profissionais mais indicados à luz das necessidades do caso. Além disso, a ausência de critérios seguros na interpretação desses dispositivos legais traz risco de responsabilização do gestor público (administrativa e até criminal) e dos próprios advogados, inclusive em casos nos quais não seja evidente a presença de má-fé na contratação direta.

22. Até por força da necessidade de estabelecer segurança jurídica no trato da questão pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário, foi que ressaltai, anteriormente, o cabimento da presente ação declaratória de constitucionalidade, à luz do art. 14, III, da Lei nº 9.868/1999.

23. É possível constatar que duas circunstâncias podem justificar o afastamento do dever de licitar na hipótese dos arts. 13, V, e 25, I, da Lei nº 8.666/1993: **(i)** a *peculiaridade do próprio serviço*, quando seja marcado por considerável relevância e complexidade; e **(ii)** a falta de parâmetros para instaurar uma *concorrência* entre diferentes prestadores especializados. Imagine-se o exemplo de uma contratação de advogados para auxiliar em complexa e vultosa operação entre o Poder Público e uma instituição estrangeira. Certamente haverá diversos profissionais com prestígio na área de atuação envolvida, mas poderá ser inviável uma comparação inteiramente objetiva entre os potenciais interessados. A atribuição de um encargo assim pressupõe uma relação de *confiança* na *expertise* diferenciada do prestador, em razão de fatores como a capacidade de desenvolver teses inovadoras, a habilidade argumentativa, a atuação pretérita bem-sucedida em casos semelhantes etc.

24. Quando se fala aqui, porém, na existência de uma *relação de confiança* na *expertise* do prestador do serviço, é de todo importante frisar que não se trata de uma confiança de índole meramente *subjetiva*. Isso porque o advogado que presta serviços à Administração Pública não o faz como mandatário da pessoa do *agente público* ou do *gestor*, mas da própria *pessoa jurídica* (v.g. as entidades federativas; as pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta). É possível, inclusive, que o resultado do trabalho do advogado contrarie interesses pessoais do administrador.

25. É evidente, portanto, que não se cuida aqui de uma relação de *confiança subjetiva*, como aquela que se estabelece entre o advogado e um contratante privado, mas uma confiança calcada em *parâmetros objetivos*, com vistas à satisfação do *interesse público* no caso concreto. A jurisprudência desenvolvida sobre o tema pelo Tribunal de Contas da União, v.g., já consubstancia a preocupação com a fixação de critérios objetivos para a celebração dessas contratações. Consoante exposto em sua manifestação como *amicus curiae* nestes autos, o entendimento consolidado daquela Corte de Contas é no sentido de que: “ *(i) em regra*, as atividades advocatícias devem ser desempenhadas por advogados públicos, ocupantes de cargos providos mediante concurso público, sendo, portanto, *ilícita* a *terceirização* de atividades advocatícias para tarefas ordinárias, por violar o mandamento constitucional do concurso público; *(ii) em situações excepcionais*, nas quais haja a necessidade/possibilidade dessa

terceirização, a regra é a contratação por licitação ; e (iii) pode haver a contratação direta, se inviável a licitação, caso todos os requisitos legais sejam atendidos, em especial a demonstração da *natureza singular do objeto* e da *notória especialização dos contratados*” (peça nº 49, fls. 6/7).

26. Em precedente de minha relatoria cuja ementa já transcrevi anteriormente (Inquérito nº 3074, j. em 26.08.2014), esta Corte já firmou entendimento no sentido de que, para dar *transparência* e *segurança* à avaliação a ser conduzida casuisticamente pela Administração Pública, a inviabilidade de competição deve ser aferida a partir dos seguintes critérios: (i) necessidade de procedimento administrativo formal; (ii) notória especialização do profissional a ser contratado; (iii) natureza singular do serviço; (iv) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (v) verificação da prática de preço de mercado para o serviço.

27. A seguir, passo a analisar e desenvolver cada um desses critérios.

III.1. Necessidade de procedimento administrativo formal

28. Como todos os procedimentos e contratos celebrados mediante inexigibilidade de licitação, também a contratação direta de serviços advocatícios deve observar, no que couber, as exigências formais e de publicidade contidas na Lei nº 8.666/1993, especialmente as que decorrem dos arts. 26, 38, parágrafo único, e 60-64. A necessidade de *motivação* expressa potencializa a verificação de eventuais irregularidades por parte dos órgãos de controle e até de agentes da própria sociedade.

29. O fato de ser *abstratamente* válida a previsão do art. 25, II, combinado com o art. 13, V, da Lei nº 8.666/1993, não afasta a necessidade de verificação, *em cada caso concreto*, da presença dos pressupostos e limites constitucionais e legais à contratação de serviços advocatícios privados. Só a formalização de um processo administrativo permitirá reunir a documentação e os elementos necessários para aquilatar se a contratação (direta ou mesmo por licitação) foi válida, ou se ocorreu alguma ilicitude ou até improbidade administrativa.

III.2. Notória especialização do profissional a ser contratado

30. O art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 define a notória especialização:

“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”.

31. O que a norma exige é que a escolha recaia sobre profissional dotado de especialização notória, ou seja, *incontroversa*. Não basta, portanto, que goze da confiança pessoal do gestor público, sendo necessário que a sua qualificação diferenciada seja aferida por elementos *objetivos*, reconhecidos pelo mercado. Esses elementos podem residir, *e.g.*, na formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, na autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação, na experiência bem-sucedida em atuações pretéritas semelhantes, dentre outros fatores demonstrativos da *expertise* e capacidade técnica do profissional.

32. Não se pode negar que esses indicadores continuam permitindo certa margem de discricionariedade na análise do que seja um *profissional capacitado a prestar o serviço mais adequado ao interesse público*. Mas, mesmo assim, eles parecem suficientes para delimitar uma faixa de opções aceitáveis, tornando ilegítimas as avaliações puramente pessoais dos administradores públicos. O que a lei permite, compreensivelmente, não é a contratação de talentos ocultos, mas sim de prestadores que já são reconhecidos pelo mercado como referências nas suas respectivas áreas.

III.3. Natureza singular do serviço

33. Enquanto a *notória especialização* refere-se à *pessoa do contratado*, a *natureza singular* – prevista no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993 – refere-se ao *objeto do contrato*, ao serviço a ser prestado, que deve escapar à rotina do órgão contratante e da própria estrutura de advocacia pública que o atenda. Não se pode contratar um profissional de notória especialização para um serviço trivial ou rotineiro. Não basta, portanto, que o contratado seja dotado de notória especialização: exige-se, igualmente, que a atividade

envolva complexidades que tornem necessária a peculiar *expertise*. É essa nota de diferenciação que torna inviável a competição, mesmo entre prestadores qualificados, dada a necessidade de um elo de especial confiança na atuação do profissional selecionado.

34. O pressuposto de que se cuida aqui foi objeto da Súmula nº 39, do Tribunal de Contas da União, que tem a seguinte redação:

“A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993”.

35. Ainda acerca da singularidade do objeto contratado, as seguintes passagens de Marçal Justen Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello, respectivamente, destacam que a locução “natureza singular” destina-se a evitar a generalização da contratação direta dos serviços especializados descritos no art. 13 da Lei nº 8.666/1993:

“É imperioso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse sobre a tutela estatal é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não. A natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por profissional não ‘especializado’” (Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 2010, p. 368).

“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 melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido.

(...)

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 individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2006, p. 525-527).

36. Nessa mesma linha, no contexto dos serviços especializados, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a *confiança* no trabalho profissional como elemento a ser aferido, quando do exame da inexigibilidade de licitação. Veja-se o trecho pertinente da ementa do acórdão proferido na AP 348, de relatoria do Ministro Eros Grau:

“‘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. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que 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). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança” (j. em 15.12.2006).

37. O caráter parcialmente subjetivo da denominada *confiança* no profissional pode e deve ser objeto de *fundamentação transparente*, com o que se permite o controle quanto à razoabilidade da escolha administrativa. A *singularidade do serviço* não exige que exista *um único profissional apto*, mas sim que se demonstre a *presença de característica própria do serviço que justifique a contratação de um específico profissional dotado de determinadas qualidades, em detrimento de outros potenciais candidatos*.

38. Os três requisitos até aqui expostos – *i.e.* necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço – não apresentam maior dificuldade, uma vez que já se encontram expressos no próprio texto da Lei nº 8.666/1993 (nos arts. 26, 13, V, e 25, II, respectivamente). Sua explicitação, todavia, confere maior segurança jurídica à aplicação dos referidos dispositivos. A seguir, passo a expor mais dois requisitos que, embora não exigidos literalmente nos dispositivos que constituem objeto da presente ação direta, também devem informar sua interpretação e aplicação.

III.4. Inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público

39. A Constituição Federal dedicou uma série de normas à advocacia pública, ao cuidar expressamente da Advocacia-Geral da União (art. 131, *caput*), da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (art. 131, § 1º) e dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (art. 132).

40. A advocacia pública tutela interesses dos *entes públicos*, e não da pessoa do administrador, do agente político ou do gestor. E, portanto, as funções constitucionais dos advogados públicos coincidem com a tutela do *interesse público*, que inclusive pode, por vezes, entrar em conflito com os interesses pessoais do administrador.

41. Por tal razão, *como regra geral*, a assessoria jurídica das entidades federativas, seja na vertente consultiva, seja na defesa em juízo, caberá aos advogados públicos.

42. Todavia, o fato de a entidade pública contar com quadro próprio de procuradores, por si só, não obsta a contratação de advogado particular para a prestação de um serviço específico. É necessário, contudo, que fique configurada a *impossibilidade* ou *relevante inconveniência* de que a atribuição seja exercida pelos membros da advocacia pública, *e.g.* em razão da especificidade e relevância da matéria ou da deficiência da estrutura estatal. Pense-se, por exemplo, numa demanda ou situação que exija atuação de advogado no exterior.

43. Também aqui, a *fundamentação* exercerá relevante papel, ao dar transparência às razões que impedem a atuação da advocacia pública naquele caso específico, evitando abusos e permitindo a fiscalização dos órgãos de controle e da própria sociedade.

44. Cabe aqui fazer expressa menção ao fato de que todo este raciocínio deve aplicar-se e estender-se, por identidade de fundamentos, também àqueles Municípios que possuam um quadro próprio de procuradores, não se restringindo às esferas federal e estadual. E isto se dá em razão da idêntica natureza das funções constitucionais da advocacia pública em qualquer que seja a entidade da Federação. Assim, nos Municípios que disponham de um quadro próprio de procuradores, em regra, caberá a estes o exercício das funções inerentes à advocacia pública.

45. Não se pode, entretanto, ignorar o fato de que um grande número de Municípios brasileiros não tem procuradorias institucionalizadas. Muitos sequer comportam manter procuradorias jurídicas como um órgão permanente de sua estrutura. Esse é um dado concreto que não pode ser desconsiderado, até por força do *princípio da realidade* na Administração Pública.

46. Portanto, os Municípios – dispendo ou não de uma procuradoria jurídica estruturada –, tanto quanto as outras entidades federativas, também podem ter a necessidade prática de realizar contratação direta de serviços advocatícios. E, quando tal ocorrer, a contratação com fundamento nos arts. 13, V, e 25, II, da Lei 8.666/1993, deverá pautar-se pelos mesmos parâmetros e condicionantes ora assentados.

III.5. Contratação pelo preço de mercado

47. Por fim, deve ser verificada a adequação do preço a ser pago pelo serviço. Como é natural, a opção por profissionais de referência tende a vir associada à cobrança de honorários em patamar compatível. O fato de a contratação direta envolver atuações de maior complexidade e/ou responsabilidade pode agravar essa circunstância, contribuindo para a elevação dos valores. Ainda assim, é necessário que a Administração demonstre que os honorários ajustados encontram-se dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado, observadas as

características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional.

48. Trata-se de um relevante imperativo de *moralidade, impessoalidade e eficiência* administrativas. A fim evitar abusos e desvios, deve haver adequada justificativa do preço praticado nas hipóteses de inexigibilidade de licitação. Diversos elementos podem conferir objetividade a essa análise, como a comparação da proposta apresentada pelo profissional que se pretende contratar com os preços por ele praticados em outros contratos cujo objeto seja semelhante ao pretendido no caso concreto.

49. Há, nesse sentido, conhecido entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da justificativa de preço nas hipóteses de inexigibilidade de licitação. Em meio a diversos precedentes, as decisões abaixo transcritas são bons exemplos do critério ora exposto:

“47. Por outro lado, diferentemente da tese do recorrente, a **inviabilidade de competição não constitui óbice, por si, à verificação da razoabilidade do preço. Diversos são os parâmetros que poderão ser utilizados para se avaliar a adequação dos preços, mesmo quando se tratar de fornecedor exclusivo .**

48. Sobre esse tema, o jurista Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed., 2002, p. 290-291) evidencia, de forma objetiva, a **existência de vários métodos exequíveis para se evidenciar a razoabilidade dos preços .** Por exemplo, **um dos parâmetros poderia ser os preços praticados pelos particulares ou por outros órgãos governamentais, conforme sinaliza, inclusive, o inciso IV do art. 43 da Lei nº 8.666/1993 .** Ensina o autor que, na ausência de outros parâmetros, **‘ o contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional (...).’**

49. Em conclusão, a justificativa dos preços tanto era exequível como também era exigência legal, visto que **a Administração Pública não pode contratar por valor desarrazoado .** Por conseguinte, não há escusa para a precariedade dos estudos que precederam as contratações em discussão, razão porque ratifico as conclusões que fundamentaram a deliberação recorrida” (Processo TC-014.003/2001-2, Acórdão nº 2611/2007-Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, sessão de 05.12.2007; grifo acrescentado).

“20. Quanto ao preço, é certo que, mesmo nos casos de contratações diretas, deve ser justificado, a teor do art. 26, III, da Lei 8.666/93. (...) E, **nos casos de inviabilidade de licitação**, este Plenário se manifestou, conforme subitem 9.1.3 do Acórdão 819/2005, no sentido de que, **para atender o disposto no inciso III do art. 26 da Lei de Licitações, poder-se-ia fazer uma comparação entre os preços praticados pelo fornecedor exclusivo junto a outras instituições públicas ou privadas**” (Processo nº TC 031.478/2011-5, Acórdão nº 1565/2015-Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, sessão de 24.06.2015, grifo acrescentado).

50. Esse critério já vem sendo adotado por diversas instituições de advocacia pública no país. Confira-se, por exemplo, a Orientação Normativa nº 17, de 14.12.2011, da Advocacia-Geral da União:

“A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos”.

51. Tal parâmetro deve, portanto, ser atendido na contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de serviços advocatícios. A Administração contratante tem de demonstrar, nos autos do respectivo processo administrativo, que os honorários ajustados estão dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização do profissional.

IV. CONCLUSÃO

52. Por todo o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido formulado, conferindo interpretação conforme a Constituição aos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, para que se entenda que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente – notória especialização profissional, natureza singular do serviço e necessidade de procedimento administrativo formal –, deve observar: **(i)** a inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e **(ii)** cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.

53. Proponho a fixação da seguinte tese de julgamento: “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*” .

54. É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 16/10/2015