



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Procuradoria-Geral da República

Nº 165.222/2017-AsJConst/SAJ/PGR

**Ação declaratória de constitucionalidade 45/DF**

Relator: Ministro **Roberto Barroso**

Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do  
Brasil (CFOAB)

Interessados: Presidente da República  
Congresso Nacional

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. DISSOCIAÇÃO ENTRE PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. FALTA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO QUANTO A CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 13, V, E 25, II, DA LEI 8.666/1993. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. EXIGÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO SINGULAR (NÃO ORDINÁRIO) QUE DEMANDE PROFISSIONAL DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. CONSUBSTANCIA EXCEÇÃO AO ART. 132 DA CONSTITUIÇÃO.

1. É inepta petição inicial quando estejam dissociados o pedido e a causa de pedir. É o que se passa diante da articulação de fundamentos pela não aplicação dos requisitos do art. 25, II, da Lei 8.666/1993, para caracterizar inexigibilidade de licitação em relação a serviços advocatícios, que não é condizente com pedido de declaração de constitucionalidade desse dispositivo.

2. Revela-se ausente controvérsia judicial relevante, para os fins do art. 14, III, da Lei 9.868/1999, quando não demonstrada discussão a respeito da constitucionalidade da norma. Mero desacordo entre tribunais acerca da aplicação dela não dá ensejo a ação declaratória de constitucionalidade. Precedentes.

3. Inexigibilidade de licitação que autorize contratação direta pela administração pública somente tem lugar quando o interesse pú-

blico for tão específico e peculiar que não possa ser atendido de maneira adequada e suficiente pelos recursos e pessoal de que ela disponha e, por esse motivo, demande contratar profissional com notória especialização.

4. Caracterização de inexigibilidade de licitação para serviços advocatícios depende de (i) ausência de quadro próprio de advogados públicos ou inviabilidade de representação judicial por parte destes (exceção ao art. 132 da Constituição); (ii) singularidade do interesse público (caráter não ordinário e de absoluta excepcionalidade do serviço advocatício) que demande contratar escritório ou profissional com notória especialização; (iii) contratação por preço de mercado; e (iv) motivação específica que justifique inexigibilidade da licitação em procedimento administrativo formal.

5. Parecer por não conhecimento da ação declaratória e, no mérito, por constitucionalidade dos dispositivos questionados, sem lhes atribuir a interpretação pretendida pelo requerente.

## 1 RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo por objeto os arts. 13, V, e 25, II, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que “regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública”.

Este é o teor das normas em apreço:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: [...]

V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; [...].

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

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

Diz inexistir uniformidade na jurisprudência dos tribunais acerca da inexigibilidade para contratar serviços advocatícios. Assevera que decisões judiciais afastam plena aplicação da lei com base em fundamento extraído da Constituição, o que, nos termos da súmula vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal, implica apreciação de sua constitucionalidade. Afirma ser indispensável declaração de plena aplicabilidade da norma, a fim de revitalizar seu caráter coercitivo e restabelecer a segurança jurídica, impedindo que imputações de improbidade administrativa causem inaplicabilidade dos dispositivos. Destaca que a ação tem por finalidade evitar distinção interpretativa que extrapole ou restrinja indevidamente o texto legal ou afaste reiteradamente a aplicação da norma, à revelia da vontade do legislador. Pondera que serviços advocatícios são técnico-especializados, cuja singularidade, tecnicidade e capacidade profissional tornam inviáveis realizar licitação. Ressalta que a singularidade está atrelada à confiabilidade depositada em determinado profissional ou empresa. Aduz que em razão da confiança intrínseca à relação advogado e cliente, a inexigibilidade de licitação é o único meio para contratação de serviço advocatício pela administração pública. Observa que a inexigibilidade de licitação pode se manifestar ainda quando existam vários especialistas aptos a prestar o serviço pretendido pela administração. Por isso, esta, utilizando discricionariedade, avaliando conceitos de valor variáveis em maior ou menor

grau, escolhe um dos especialistas em detrimento dos demais. Acresce que a subjetividade intrínseca aos critérios de notória especialização e singularidade impede sua determinação nos casos de competição entre advogados, o que impossibilita instaurar procedimento licitatório. A contratação entre advogado e ente público seria ato discricionário, com fundamento na vedação da mercantilização da atividade advocatícia e na confiabilidade existente nessa relação profissional. Cita decisões do Supremo Tribunal Federal (inquéritos 3.074/SC e 3.077/AL, relatoria dos Ministros ROBERTO BARROSO e DIAS TOFOLLI) e do Conselho Nacional do Ministério Público (processo 0.00.000.000171/2014-42, relatoria do Conselheiro ANTÔNIO PEREIRA DUARTE), no sentido de afastar suposta improbidade administrativa nos casos de contratação de serviço advocatício por inexigibilidade de licitação.

O relator, Min. ROBERTO BARROSO, adotou o rito do art. 12 da Lei 9.868, de 3 de dezembro de 1999 (peça 19).

A Presidência da República diz ser improcedente a pretensão da requerente de tornar inexigível licitação para todas as contratações de serviços profissionais de advocacia pela administração pública. Ressalta que apenas serviços advocatícios revestidos de singularidade, dotados de notória especialização, são passíveis de contratação direta. Não se enquadram nesse caso os serviços comuns de advocacia, aqueles cujo grau de singularidade e complexidade não se revelem idôneos para autorizar abandono do princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração (peça 29).

O Congresso Nacional aponta, preliminarmente, inexistência de controvérsia sobre a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, pois não se pode confundir a multiplicação de processos sobre determinada questão com crise de legitimidade constitucional do ato normativo. Suscita inépcia da petição inicial, por não serem conducentes a causa de pedir e o pedido, porquanto o verdadeiro fim da ADC é a declaração de inconstitucionalidade da exigência de licitação para serviços advocatícios. No mérito, diz que exoneração dos critérios de singularidade e notória especialização para contratação direta apenas de serviços advocatícios viola o princípio da isonomia. Ressalta não ser dado à autoridade escolher o advogado em que confie, porque todos são, em princípio, dignos de confiança, desde que atendidos os requisitos de habilitação à função. Entende que escolha pessoal vulnera o princípio da impessoalidade. Pugna por extinção da ação por inépcia da inicial e, no mérito, por declaração de constitucionalidade das normas, para assentar que contratação direta de advogado ou de escritório de advocacia pela administração pública quando ausentes singularidade do objeto e notória especialização configura patente ilegalidade (peça 31).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se por não conhecimento da ação declaratória, por ausência de comprovação de controvérsia judicial relevante e, no mérito, por constitucionalidade dos dispositivos (peça 33).

O Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA) e a Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM) solicitaram ingresso no processo, como *amici curiae* (peças 22 e 33).

É o relatório.

## 2 DISSOCIAÇÃO ENTRE CAUSA DE PEDIR E PEDIDO

A requerente articula na petição inicial argumentos para que seja declarada constitucional a hipótese de inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios, com reconhecimento de caráter discricionário da eleição do profissional ou do escritório de advocacia que mais bem atenda ao interesse público; por conseguinte, sem possibilidade de reexame judicial dos critérios de singularidade do objeto e de notória especialização como pressupostos para contratação direta pela administração.

Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho da petição inicial:

À evidência dos julgamentos díspares apresentados, resta comprovado o preenchimento do requisito da controvérsia jurídica relevante a ensejar o conhecimento e apreciação da presente ação, a fim de que seja declarada a constitucionalidade dos arts. 13 inc. V e 25, inc. II da Lei 8.666/1993, dirimindo as interpretações divergentes que reputam a contratação como ato de improbidade, a fim de se reconhecer que a contratação de advogado é ato discricionário da Administração Pública, face a inviabilidade de realização de procedimento licitatório.

O requerente fundamenta a invalidade dos critérios de natureza singular do serviço e notória especialização para profissionais da advocacia e, ao final, postula declaração de constitucionalidade desses mesmos critérios. Para se ter por compatíveis o pedido com a causa de pedir, o Conselho Federal da OAB deveria ter postulado declaração de

inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto,<sup>1</sup> a fim de afastar a aplicação dos critérios previstos no art. 25, II, da Lei das Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666, de 21 de junho de 1993) para contratação de serviços advocatícios pela administração pública.

Portanto, é caso de indeferimento liminar desta ação declaratória de constitucionalidade, por inépcia da petição inicial.

### 3 AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JURÍDICA RELEVANTE

Além do defeito exposto no capítulo precedente, esta ação declaratória não merece conhecimento. O requerente não demonstrou controvérsia judicial relevante em torno da constitucionalidade dos arts. 13, V, e 25, II, da Lei 8.666/1993, de modo a configurar estado de incerteza sobre a legitimidade do ato normativo.

O fato de tribunais interpretarem distintamente o sentido e o alcance dos requisitos para inexigibilidade de licitação previstos no art. 25, II, da Lei 8.666/1993 não traduz, de forma alguma, juízo de constitucionalidade incidental desses pressupostos para contratação direta pela administração pública. Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, simples ausência de aplicação de uma

---

1 Na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, o tribunal limita-se a considerar inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei. Portanto, “quando a ação de inconstitucionalidade impugna a aplicação da norma em determinada situação, o Tribunal, ainda que reconhecendo a inconstitucionalidade da aplicação nesta situação, pode preservá-la por admitir sua aplicação em outras situações” (SARLET, Ingo W; MARINONI, Luiz G. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.139).

norma jurídica ao caso não caracteriza, por si, violação da orientação firmada na súmula vinculante 10.<sup>2</sup>

LUIZ GUILHERME MARINONI, a respeito da existência de controvérsia jurídica relevante para cabimento de ADC, observa, com acerto:

Controvérsia judicial não significa desacordo entre os tribunais acerca da aplicação da norma. Isso porque a justificativa da ação declaratória está na existência de dúvida sobre a constitucionalidade da norma. A dúvida sobre aplicação da norma é dúvida sobre sua constitucionalidade. O pressuposto da declaração de constitucionalidade não está na divergência entre os tribunais, mas na divergência entre o Judiciário e o Legislativo.

Em outras palavras, a razão de ser da declaração de constitucionalidade não está na insegurança propiciada pela incoerência das decisões, mas na falta de previsibilidade acerca da validade da norma. É a desconfiança na validade da norma. É a desconfiança na validade da norma, gerada por decisões judiciais, que justifica a declaração de que a norma é válida e, portanto, aplicável.

Portanto, a existência de controvérsia judicial relevante reclama decisões, proferidas por órgãos judiciais distintos, expressando inconstitucionalidade. É evidente que decisões neste sentido revelam controvérsia judicial relevante ou dúvida judicial relevante acerca da aplicação de norma. [...]

Quando se analisa o pressuposto da declaração de constitucionalidade cabe saber, antes de tudo, o que recomenda. Ora, o que exige a declaração de constitucionalidade é a incerteza sobre a validade de determinada norma, motivo pelo qual é preciso não esquecer que a incerteza decorre da afirmação judicial de inconstitucionalidade, a pôr em xeque a presunção de constitucionalidade. [...].<sup>3</sup>

2 Supremo Tribunal Federal. Plenário. Reclamação 6.944/DF. Relatora: Ministra CARMEN LÚCIA. 23/6/2010, unânime. *Diário da Justiça eletrônico* 149, 13 ago. 2010.

3 SARLET, Ingo W; MARINONI, Luiz G. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.047-1.048.

O Supremo Tribunal, ao julgar medida cautelar na ADC 8/DF, considerou que inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos sobre constitucionalidade de lei inviabiliza instauração de processo objetivo, pois converteria a ADC em instrumento de consulta sobre validade constitucional de leis ou atos normativos:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE [...].

– O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.

Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa *in abstracto*, pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal.

– O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que exige a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, “em proporções relevantes”, de dissídio judicial, cuja existência – precisamente em função do antagonismo interpretativo que dele resulta – faça instaurar, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. [...].<sup>4</sup>

4 STF. Plenário. Medida cautelar na ADC 8/DF. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 13/10/1999, maioria. DJ, 4 abr. 2003.

O requerente não se desincumbiu do ônus de demonstrar controvérsia judicial relevante acerca da constitucionalidade dos dispositivos questionados, ao passo que do extrato dos julgados colacionados verifica-se apenas dissonância quanto a aplicação dos requisitos de natureza singular e notória especialização para contratação direta de serviços advocatícios pela administração pública, examinados caso a caso.

Por conseguinte, esta ADC não deve ser conhecida.

#### 4 PRESSUPOSTOS PARA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

A ação declaratória de constitucionalidade, a pretexto de solucionar dúvida acerca da legitimidade constitucional dos arts. 13, V, e 25, II, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei das Licitações e Contratos Administrativos), busca afastar a exigência dos requisitos relativos a natureza singular e notória especialização para contratação direta de serviços advocatícios ou atribuir caráter discricionário à eleição desses requisitos, de modo a afastar condenações por improbidade administrativa fundadas na indevida inexigibilidade de licitação na contratação de profissional ou escritório de advocacia pela administração pública.

O art. 25, II, da Lei 8.666/1993 condiciona a contratação direta dos serviços técnicos enumerados em seu art. 13 à **natureza singular** e à **notória especialização** do profissional ou da empresa,

que revelem inviabilidade da competição e, por conseguinte, da própria licitação pública.

Sobre a inexigibilidade de licitação para serviços advocatícios, esclarece MARÇAL JUSTEN FILHO:

Uma vez mais temos um dispositivo que nos desperta a atenção e daí o motivo pelo qual me dedico a ele. Nós temos a seguinte redação: “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.” O que tem chamado a atenção da doutrina é a fórmula de natureza singular. Tem-se questionado e tem-se buscado descobrir o que significa isto: quando o serviço tem natureza singular. Há algumas lições famosas, sempre reiteradas, porque são precursoras nessa linha, que são as lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ainda na vigência do Decreto-Lei nº 2.300, que nesta passagem tinha uma redação similar, quase idêntica à atual lei. E na vigência do Dec.-lei nº 2.300, CELSO ANTÔNIO produziu alguns comentários sobre o que significa essa singularidade, quais são os pressupostos à licitação, algo que tem reiterado nas suas obras, e mesmo no seu *Curso de Direito Administrativo* mantém ele essas noções que são básicas e extremamente procedentes. Mas ainda assim não se encontra uma solução definitiva ou mais satisfatória para indicar a interpretação a ser dada a esse dispositivo. Pretendo acrescentar alguma coisa acerca disso, e dizendo, basicamente, que a tentativa de descobrir singularidade do serviço parece-me bastante difícil de ser bem sucedida; **porque o problema não é a singularidade do serviço em si mesmo, o problema é a singularidade do interesse público a ser satisfeito. Ou seja, quando se alude a singularidade do serviço, está se aludindo a uma espécie de singularidade reflexa; o que é singular, o que é especial, o que é diferente, o que é peculiar não é o serviço que vai ser ofertado propriamente dito; o que é singular, especial, diferente, peculiar é o interesse público que tem que ser satisfeito através desse serviço.** Em última análise,

portanto, quando se pretende realizar o contrato de um particular com inexigibilidade de licitação, essa escolha retrata uma necessidade da Administração Pública, que ela, sim, é singular, é especial. É mais fácil identificar a singularidade do ponto de vista do interesse público a ser satisfeito do que do serviço. Um exemplo prático: vamos imaginar que há necessidade de contratar um jurista para defender o Estado de São Paulo numa questão de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal. Vai-se afirmar: o serviço é singular. O serviço é singular na medida em que ele reflete a singularidade do interesse público. Onde está a peculiaridade do assunto? Está no interesse público que tem que ser defendido; depara-se com uma situação em que o Estado, supõe-se, não pode ser satisfatoriamente atendido; a necessidade pública não vai ser eliminada na medida em que o Estado não recorra aos préstimos de um particular, particular esse que é o único ou o mais adequado ou é, certamente, inquestionavelmente adequado a satisfazer o interesse público. Logo, temos que retirar do foco a análise do serviço em si, ou melhor, o serviço se analisa em segundo lugar; primeiro analisa-se a singularidade do interesse. Quando se dá essa singularidade do interesse? **A singularidade do interesse se dá quando há impossibilidade de sua satisfação mediante os recursos de que dispõe a Administração Pública.** Em primeiro lugar, portanto, vai-se viabilizar a contratação de um terceiro, na medida em que a Administração Pública reconhece que tem uma necessidade e que essa necessidade não pode ser satisfeita pelos recursos de que dispõe ordinariamente no seu quadro. Concordo com uma primeira ponderação do professor SÉRGIO FERRAZ no sentido de que a ideia da contratação vai passar, em primeiro lugar, pela análise de condições da Administração Pública ser satisfeita com o seu próprio instrumental; imaginemos advogado, médico, qualquer tipo de serviço técnico-profissional especializado. A Administração dispõe, nos seus quadros, de profissionais; se não dispõe, já temos uma situação óbvia e clara; se dispõe desses profissionais – em princípio, no campo da advocacia sempre disporá, até por uma imposição constitucional, em se tratando de pessoa política – a Administração tem que verificar se o desempenho das atividades corresponde àquele serviço, se este desempenho pode ou não ser feito com os recursos de que ela, Administração, dispõe; se ela dispõe; se ela dispõe de recursos adequados não é o caso de inexigibi-

lidade, nem de contratação de terceiro. A Administração Pública não vai nem cogitar da inexigibilidade porque tem o dever de recorrer aos seus próprios quadros para satisfazer o interesse público. Imaginando que, num primeiro momento, se verifique que o interesse público somente pode ser satisfeito através de recurso de terceiro, há necessidade de verificar se é possível satisfazer o interesse público mediante seleção por via de licitação. E aí teremos, basicamente, a questão que surge com a opinião do professor SÉRGIO FERRAZ quando sustenta que é incompatível com o regime jurídico, com o exercício da advocacia, a participação em certames desta ordem, numa licitação, porque isso importaria num desvirtuamento dos deveres que recaem sobre o advogado.<sup>5</sup>

Inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios pressupõe, primeiramente, saber se a administração pública dispõe de corpo jurídico qualificado para atender às especificidades da demanda judicial. Isso deve ser a regra em se tratando da União, dos estados e dos municípios de grande e médio porte, já que a Constituição da República somente autoriza representação judicial, consultoria e assessoramento jurídico regular de estados-membros e do Distrito Federal, de suas autarquias e fundações de direito público por procuradores do estado e do Distrito Federal (CR, art. 132).

A natureza singular não é do serviço advocatício, como observou corretamente MARÇAL JUSTEN FILHO. A singularidade é do **interesse público** que, por ser tão peculiar, não possa ser plenamente atendido pelos recursos e pessoal de que disponha a administração.

5 JUSTEN FILHO, Marçal. Cautelas e formalidades necessárias no processo de contratação por dispensa: inexigibilidade por notória especialização: contratação de advogados e demais serviços técnicos – preços superfaturados ou inexequíveis e a responsabilidade da autoridade competente. *Boletim de licitações e contratos*, v. 10, n. 6, jun. 1997, p. 272-274.

Se o ente público possuir quadro de procuradores e o serviço jurídico for de caráter ordinário, em regra não há que cogitar de inexigibilidade, uma vez que, por imperativo constitucional (CR, art. 132), o administrador tem o dever de recorrer aos advogados públicos.

A singularidade do interesse público exige notória especialização do profissional de advocacia. SÉRGIO FERRAZ e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO asseveram que “se o serviço é daqueles em que a notória especialização é absolutamente acidental, apenas uma moldura que enfeita o prestador de serviços, mas não integra a essência da realização [...], nesse caso sua invocação será viciosa e viciada, e, portanto, atacável através de todas as figuras de vício administrativo, com consequente apenação do administrador”.<sup>6</sup> Anota DALLARI que “a par de se reunirem no profissional ou firma contratada as características que conotem a notória especialização, deverá estar presente a necessidade técnica da administração de contratá-los, tendo em vista a natureza do objeto pretendido”.<sup>7</sup>

A respeito, ressalta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

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

6 FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 79.

7 DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 61.

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 postegar-se o instituto da licitação. Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessária, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido.

Veja-se: o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples execuções fiscais a Administração não terá necessidade alguma de contratar – e diretamente – um profissional de notória especialização. [...].<sup>8</sup>

Inexigibilidade de licitação para serviços advocatícios, por conseguinte, não pode ser tida como regra. Regra será a prestação de atividade jurídica por advogados públicos. Só no caso de o interesse público ser tão peculiar e específico é que se autoriza, excepcionalmente, contratação direta de escritório ou profissional da advocacia que possa, em virtude de notória especialização, atender às singularidades do objeto da demanda.

Essa avaliação, portanto, pauta-se em critérios objetivos. Não são a pretexto de confiança, de livre escolha do administrador. Não poderia a lei geral de licitações delegar, em sua totalidade, à autoridade administrativa a escolha de escritório ou profissional da advocacia que, segundo seu talante, melhor atendesse ao interesse público. Isso equivaleria a insuportável deterioração da normatividade legal, pautada, sobretudo, na isonomia e na imparcialidade.

O art. 25, § 1º, da Lei 8.666/1993, ao definir de notória especialização “o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua

---

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 573.

especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”, não atribuiu a livre escolha do administrador público o escritório ou profissional da advocacia que mais bem atenda ao objeto contratado. A redação do dispositivo é clara no sentido de que o **interesse público peculiar ditará a escolha** do escritório ou profissional da advocacia, cuja especialização seja a mais adequada para satisfazer o específico objeto do contrato.

O Supremo Tribunal Federal, embora oscilante na definição dos critérios de singularidade e de notória especialização, não dispensa atendimento desses pressupostos legais para contratação direta de serviços advocatícios.<sup>9</sup> Estabelece, pelo contrário, outros requisitos a serem satisfeitos para a contratação direta: (i) existência de procedimento administrativo formal; (ii) notória especialização profissional; (iii) natureza singular do serviço; (iv) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do poder público; (v) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.<sup>10</sup>

A exigência desses pressupostos foi afirmada no julgamento do inquérito 3.074/SC, em que o relator, Min. ROBERTO BARROSO, cor-

9 STF. Primeira Turma. *Habeas corpus* 86.198/PR. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 1º/4/2007, un. *DJe* 47, 29 jun. 2007. STF. Plenário. Ação penal 348/SC. Rel.: Min. EROS GRAU. 15/12/2006, un. *DJe* 72, 3 ago. 2007.

10 STF. Primeira Turma. Questão de ordem no Inq 3.074/SC. Rel.: Min. ROBERTO BARROSO. 26/8/2014, maioria. *DJe* 193, 3 out. 2014.

retamente delimitou as balizas da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios:

Apesar da dificuldade, é necessário atribuir maior densidade à interpretação dos parâmetros legais de notória especialização do profissional e da singularidade do serviço. A falta de tais balizas é prejudicial ao interesse público e aos interesses legítimos dos contratantes privados. Com efeito, a indefinição cria insegurança jurídica e pode levar a equívocos em ambas as pontas do espectro: tanto pela dispensa 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 da necessidade do caso. Sem falar no risco de responsabilização administrativa e até criminal do gestor público e dos próprios advogados – na linha do que se cogita no presente caso – inclusive nas hipóteses em que seja difícil vislumbrar má-fé na contratação direta.

Assim, na tentativa de aumentar a transparência e a segurança da avaliação a ser conduzida pelo Poder Público, entendo que a inviabilidade de competição deve ser aferida a partir dos seguintes critérios: a) necessidade de procedimento administrativo formal; b) notória especialização do profissional a ser contratado; c) natureza singular do serviço; d) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e e) verificação da prática de preço de mercado para o serviço.

**a) Procedimento administrativo formal.**

Os procedimentos e contratos lavrados mediante inexigibilidade de licitação devem observar, no que couber, as exigências formais e de publicidade contidas na Lei nº 8.666/93, especialmente as que decorrem dos arts. 26 e 60-64. A necessidade de motivação expressa quanto ao ponto potencializa a verificação de eventuais irregularidades por parte de órgãos de controle e até de agentes da própria sociedade.

**b) Notória especialização do profissional a ser contratado.**

O art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666/93 dispõe sobre a notória especialização: [...].

Como se percebe, o que a norma exige é que a escolha recaia sobre profissional dotado de especialização notória, ou seja,

incontroversa. **Não basta, portanto, que goze de confiança pessoal do gestor público**, sendo necessário que a sua qualificação diferenciada seja aferida por elementos objetivos, reconhecidos pelo mercado. É o caso, *e.g.*, da formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, da autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação, da experiência em atuações pretéritas semelhantes.

É certo que esses indicadores continuam permitindo certa margem de discricionariedade na análise do que seja “profissional capacitado a prestar o serviço mais adequado ao interesse público”. Eles parecem suficientes, contudo, para delimitar uma faixa de opções aceitáveis, **excluindo a legitimidade de avaliações puramente pessoais dos administradores públicos**. O que a lei permite, compreensivelmente, não é a contratação de talentos ocultos, e sim de prestadores que já são reconhecidos pelo mercado como referências nas suas respectivas áreas.

### c) Natureza singular do serviço.

A natureza singular refere-se ao objeto do contrato, ao serviço a ser prestado, que deve escapar à rotina do órgão contratante e da própria estrutura da advocacia pública que o atende. **Não basta, portanto, que o profissional seja dotado de notória especialização, exigindo-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. O pressuposto foi objeto da Súmula 39 do TCU, 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 nº 8.666/1993.

Ainda acerca da singularidade do objeto contratado, vejam-se as seguintes passagens de MARÇAL JUSTEN FILHO e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, destacando que a locução “natureza sin-

gular” destina-se a evitar a generalização da contratação direta dos serviços especializados descritos no art. 13: [...].

O caráter parcialmente subjetivo da denominada confiança no profissional pode e deve ser objeto de fundamentação transparente, com o que se permite o controle intersubjetivo 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 profissional dotado de determinadas características, em detrimento de outros potenciais candidatos.

**d) Inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público.**

O fato de a entidade pública contar com quadro próprio de procuradores não obsta legalmente a contratação de advogado particular para a prestação de serviço específico. É necessário, contudo, que fique configurada a **impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pela advocacia pública, dada a especificidade e relevância da matéria ou a deficiência da estrutura estatal**. Sobre o tema, veja-se a seguinte passagem de DIÓGENES GASPARINI:

Destarte, bastaria a verificação dessa circunstância para liberar a Administração Pública da obrigação de licitar. No entanto, outras razões podem reforçar essa contratação direta, a exemplo da urgência na execução dos serviços jurídicos, do número insuficiente de advogados no quadro, da falta de especialização dos profissionais do quadro para a realização do serviço, do excesso de serviços e dos interesses coincidentes do autor da demanda com os da consultoria jurídica.

Também aqui, a fundamentação exercerá papel de dar transparência às razões que impedem a atuação da advocacia pública, evitando abusos e permitindo a fiscalização dos órgãos de controle, bem como da própria sociedade.

**e) Contratação pelo preço de mercado.**

Por fim, deve ser verificada a adequação do preço a ser pago pelo serviço, nos termos do art. 48 da Lei 8.666/93. Como é natural, a opção por profissionais de referência tende a vir associada à cobrança de honorário 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 padrões de mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional.<sup>11</sup>

A pretensão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de que contratação de serviços advocatícios pela administração pública seja realizada **sempre** por inexigibilidade de licitação, destoa da exigência constitucional do art. 37, XXI,<sup>12</sup> dos critérios da Lei 8.666/1993 e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, para esse fim, exige demonstração da natureza singular do serviço e da notória especialização (Lei 8.666/1993, art. 25, II e § 1º).

São, portanto, perfeitamente constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei 8.666/1993. 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

<sup>11</sup> *Vide* nota 10 [sem destaques no original].

<sup>12</sup> “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; [...]”.

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

## 5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina o Procurador-Geral da República por não conhecimento da ação declaratória e, no mérito, por constitucionalidade dos dispositivos questionados, sem lhes atribuir a interpretação pretendida pelo requerente.

Brasília (DF), 28 de junho de 2017.

**Rodrigo Janot Monteiro de Barros**

Procurador-Geral da República

RJMB/WCS/PC-Par.PGR/WS/2.393/2017