

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

Ronny Charles Lopes de Torres¹

Maria Emanuelle de Andrade Dantas²

A regra geral de contratações de serviços por parte da Administração Pública é mediante processo de licitação, consoante a previsão constitucional disposta no art. 37, inciso XXI, ressalvados os casos especificados na lei. A ressalva consiste na possibilidade de contratações diretas por meio da inexigibilidade ou dispensa de licitação, as quais passaram por mudanças a partir da publicação da Lei 14.133/21.

No âmbito das contratações diretas, em particular por inexigibilidade, a contratação de serviços advocatícios sempre foi um tema controverso na doutrina e na jurisprudência, sobretudo no que concerne à necessidade de demonstrar a natureza singular do serviço a ser contratado.

A nova Lei de Licitações, ao omitir esse requisito, ampliou ainda mais o leque de interpretações sobre o assunto.

A prestação de serviços jurídicos na Administração é, em regra, atribuição de advogados públicos, selecionados por concurso público. No entanto, a depender do processo judicial ou demanda administrativa, em situações que demandam expertise ou recursos específicos, a contratação direta de advogados, por inexigibilidade, pode ser necessária para garantir a eficiência, celeridade e qualidade na prestação dos serviços.³

¹ Advogado, Consultor e Parecerista. Doutorando em Direito do Estado pela UFPE. Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Foi Membro fundador da Câmara Nacional de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Autor de diversas obras jurídicas, destacando: *Leis de Licitações Públicas comentadas* (15ª ed.); *Direito Administrativo* (coautor. 14ª ed.); *Licitações e Contratos nas Empresas Estatais* (coautor. 3ª ed.) e *Improbidade Administrativa* (coautor. 4ª ed.), todos pela editora JusPodivm.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Estagiária do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE/PB); Estagiou na Superintendência de Obras do Plano de Desenvolvimento do Estado (SUPLAN/PB) e no Ministério Público do Estado da Paraíba (Comarca de Santa Rita); Atuou como monitora da disciplina de Direito Administrativo II.

³ CITTADINO, Raphael Sodré. *Contratação direta de escritório de advocacia pela administração pública*. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-31/raphael-cittadino-contratacao-direta-escritorio-advocacia/>. Acesso em: 28 ago. 2024.

A inexigibilidade de licitação pressupõe a inviabilidade de competição. A competição é inviável nas situações em que é impossível haver disputa, ou ainda quando a disputa for inepta, inútil ou prejudicial ao atendimento da pretensão contratual (interesse público)⁴.

Neste contexto de inviabilidade de competição, os serviços jurídicos eram comumente contratados com fundamento no art. 25, inciso II, da revogada Lei 8.666/93, o qual estabelecia ser inexigível a licitação para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, de **natureza singular**, com profissionais ou empresas de notória especialização. A utilização ocorria tendo em vista o art. 13, inciso V, da referida lei, incluir como serviço técnico especializado o “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas”.

O grande dilema sempre girou em torno da singularidade exigida pela lei. A identificação da existência de singularidade no serviço a ser contratado pela Administração mostrava-se fundamental para o enfrentamento da questão acerca da possibilidade de aplicar a inexigibilidade⁵. Ocorre que, reiteradamente, as perspectivas acerca do requisito da “natureza singular” são conflituosas na doutrina e jurisprudência, ante a ausência de definição expressa no texto legal.

Por vezes a singularidade está atrelada ao ideal de unicidade e exclusividade, porém conforme delineado pelo Ministro Benjamin Zymler “a natureza singular não deve ser compreendida como uma situação de ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada que exige grande nível de segurança, restrição e cuidado”, sendo o objeto caracterizado como singular “não pelas suas características abstratas, mas pela relevância dos interesses públicos em jogo”.⁶

Em virtude da complexidade da definição de singularidade, necessária para contratação direta dos serviços, o tema nunca foi pacificado, sendo observadas diversas interpretações quanto à contratação de advogados por inexigibilidade. Nessa conjuntura, a Lei n. 14.039/2020 inseriu o artigo 3º-A no Estatuto da OAB, dispondo que os serviços dos advogados são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização. Objetivou-se que, em todos os casos, tais serviços fossem contratados por inexigibilidade de licitação, devido à presunção da singularidade.

Nesse aspecto, ao considerar que todos os trabalhos desses profissionais se enquadram como singular, seria possível concluir que não se aplicaria competição entre eles e como

⁴ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas comentadas*. 15.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 449.

⁵ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas comentadas*. 15.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 458.

⁶ TCU. Acórdão 10.940/2018, 1ª Câmara, rel. Ministro Benjamin Zymler.

consequência haveria inviabilidade de licitação? Segundo relevante doutrina, para obter a reposta é necessário o atendimento de algumas condições, quais sejam: se a decisão adequada seria pela terceirização; se pela natureza do serviço, a diferença qualitativa na execução é determinante para o seu sucesso; e se no conhecimento de tal diferença houver profissional de notória especialização que gere maior segurança ou confiança no resultado. Uma vez preenchidas essas condições, poderia ser contratado um notório especialista através da inexigibilidade.⁷

De fato, é um assunto que gera controvérsias. Por um lado, há exagero em valer-se da inexigibilidade na contratação de advogados para exercer atividades rotineiras que deveriam estar a cargo dos servidores efetivos ou em comissão. Por outro, verifica-se exagero na crítica a legítimas contratações por inexigibilidade para serviços jurídicos que não seriam exercidos de modo adequado pelos quadros da organização ou não seriam bem selecionados por meio de licitação⁸.

Após a edição da Lei n. 14.133/21, diferentes análises surgem diante da omissão do requisito singularidade no texto da novel legislação. O dispositivo que trata da inexigibilidade de licitação é o art. 74, no qual destaca-se o inciso III ao dispor da possibilidade de contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, conforme a seguir:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

(...)

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

(...)

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

(...)

O atual texto legal, sem fazer qualquer referência ao elemento objetivo (singularidade), exige o elemento subjetivo, relacionado à notória especialização. O parágrafo §3º do referido artigo considera que detém notória especialização “o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência,

⁷ JACOBY FERNANDES, Ana Luiza *et al.* *Contratação Direta sem Licitação na Nova Lei de Licitações*: lei nº 14.133/2021. Coleção Jacoby Fernandes, v.2. 11.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 144.

⁸ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas comentadas*. 15.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 460.

publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

A partir da leitura, percebe-se que a nova Lei de Licitações parece flexibilizar o conceito de notória especialização. Anteriormente, a exigência era que o profissional ou a empresa fosse “essencial e indiscutivelmente o mais adequado” (art. 25, §1º, Lei 8.666/93), demonstrando uma necessidade de comparação com outros para determinar que ele fosse o mais adequado⁹. Agora, o texto legal exige apenas a identificação de que tal elemento subjetivo “permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato”. Esta construção está relacionada à inadequação da adoção dos critérios objetivos da lei para seleção de determinados profissionais, aptos a serviços ou atividades para as quais se exige especial expertise. Como explicado outrora, “a inviabilidade tem como referência não apenas a competição, enquanto procedimento formal, mas enquanto instrumento de atendimento do interesse público, motivo pelo qual é inexigível uma licitação cuja obrigatoriedade o contrarie”¹⁰.

Não se exige que o profissional passível de ser contratado seja o único qualificado para o objeto do contrato, mas sim que possua um alto nível de conhecimento e experiência, necessários para o atendimento adequado da pretensão contratual da Administração.

Ao sair da discussão de singularidade para uma discussão de confiança, a exigência da lei se tornou mais clara e objetiva, focando agora na qualidade da decisão do gestor. É necessária a explicação do motivo pelo qual aquele profissional foi o escolhido, bem como o que levou o gestor a confiar que seria o “mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”, sendo observada uma maior flexibilização no critério de escolha.¹¹

Desse modo, a notória especialização não deve estar associada ao ideal de exclusividade, pois a inviabilidade de competição, na espécie, não ocorre pela falta de competidores, mas pela complexidade ou inadequação de definir-se critérios objetivos de seleção que atendam às especificidades da demanda administrativa¹². Ao manter a

⁹ FORTINI, Cristiana; Oliveira, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coord.) *et al. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 72.

¹⁰ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas comentadas*. 15.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 448.

¹¹ JACOBY FERNANDES, Ana Luiza *et al. Contratação Direta sem Licitação na Nova Lei de Licitações*: lei nº 14.133/2021. Coleção Jacoby Fernandes, v.2. 11.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 141.

¹² FORTINI, Cristiana; Oliveira, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coord.) *et al. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 72.

“essencialidade” mostra-se indispensável, para a inexigibilidade, que o objeto a ser contratado seja definido com precisão, de modo a evidenciar a indispensabilidade da contratação direta do serviço advocatício.

Sob tal ótica, com o afastamento do requisito da “natureza singular”, incumbe ao gestor público a demonstração do caráter técnico especializado e predominantemente intelectual do serviço a ser contratado. Contudo, ressalta-se que a retirada dessa condição não implica a flexibilização indiscriminada dos requisitos para contratação direta de serviços jurídicos; devem os serviços de natureza ordinária e corriqueira continuar sendo objeto de procedimento licitatório, quando esta modelagem de seleção for compatível (viável).¹³

Marçal Justen Filho salienta que a ausência de exigência de objeto singular na Nova Lei de Licitações não abre margem para interpretação ampla de viabilidade de inexigibilidade em todo e qualquer serviço elencado no inciso III do art. 74¹⁴. Assiste razão ao autor, pois a inexigibilidade de licitação, mesmo na hipótese de serviços técnicos especializados, pressupõe a inviabilidade de competição, sendo esta decorrente de circunstâncias específicas, as quais tornam a seleção pelos critérios objetivos definidos numa licitação, inadequados ou imprestáveis à finalidade pública pretendida.

A própria Lei n. 14.133/21 reconheceu que o serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual não implica necessária e automaticamente a inexigibilidade de licitação. Nessa linha, o inciso I, do §1º do art. 36, elenca a possibilidade de tais serviços serem selecionados em licitação que adote o critério técnica e preço. Efetivamente, o critério justificador da contratação direta por inexigibilidade impõe a constatação da inviabilidade de competição¹⁵.

Nada obstante, mesmo com a evidente supressão do elemento objetivo (singularidade) entre as exigências definidas pelo legislador para a contratação por inexigibilidade, há quem defenda que a inexigibilidade para contratação de serviços técnicos especializados pressupõe a singularidade do objeto do contrato. Niebuhr pondera que o assessoramento jurídico de

¹³ FORTINI, Cristiana; Oliveira, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coord.) et al. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 71.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 984-985.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 984-985.

questões cotidianas de órgão administrativo não é dotado de singularidade, motivo pelo qual, em caso de contratação, seria necessário o procedimento licitatório¹⁶.

Na verdade, não se trata de uma necessária exigência da singularidade. Este conceito, inclusive, é deveras impreciso e por isso foi com razão afastado do texto legal que previu a inexigibilidade para contratação de serviços técnicos especializados. Não cabe ao hermeneuta ignorar a manifesta supressão deste requisito, pelo legislador. Ao exigir o requisito singularidade, por exemplo, um órgão de controle estaria ignorando a supressão estabelecida pelo legislador, usurpando sua competência, pela artificial criação de um requisito que foi extirpado do texto. Tal proceder fere a ordem jurídica e esta, como preconizou Bobbio, deve ser percebida com o compromisso de que a aplicação do direito respeite as regras fundamentais estabelecidas em nosso ordenamento¹⁷.

Obviamente, discorda-se da aplicação desregrada da inexigibilidade para contratação de serviços advocatícios. Para grande parte deles, singulares ou não, a contratação direta será legítima; porém, para tantos outros, o procedimento licitatório será não apenas viável, como obrigatório. Caberá aos intérpretes construir soluções normativas que, respeitando a mudança da legislação, definam quando a inexigibilidade será compatível ou não.

Contratações rotineiras e ordinárias de serviços técnicos especializados, via de regra, não permitirão a contratação direta por inexigibilidade; porém, esta impossibilidade não deve estar vinculada à exigência deste impreciso requisito denominado “singularidade” (afastada pelo legislador), mas sim à eventual inexistência da condição “inviabilidade de competição”, base normativa justificadora de qualquer contratação por inexigibilidade.

De qualquer forma, em algumas hipóteses, mesmo diante de um assessoramento jurídico necessário cotidianamente (portanto, ordinário), peculiaridades do órgão contratante, a complexidade da atividade ou a necessária expertise do eventual profissional, por exemplo, podem tornar a seleção através de procedimento licitatório inviável, justificando a contratação direta por inexigibilidade. Cite-se, por exemplo, a contratação de consultoria jurídica na área de licitações ou mesmo a defesa de processos perante tribunais superiores ou tribunais de contas, para municípios de médio porte que não podem ter esta demanda atendida por Procuradoria própria.

Em que pese a presunção legal de que os serviços jurídicos prestados pelo notório especialista já devem ser caracterizados como singulares, após a Lei n. 14.133/21, ao não ser

¹⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 5.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 202-203.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 230.

mais exigido o requisito da singularidade, essa presunção tornou-se juridicamente irrelevante.¹⁸ Com a retirada de tal elemento, o legislador quis mostrar claramente que o serviço a ser contratado não precisa ser único ou exclusivo, mas que demanda do seu executor conhecimento, habilidade e aptidão específica e adequada¹⁹, que não seriam devidamente escrutinadas através e um tradicional procedimento licitatório.

Portanto, compete ao gestor fundamentar sua decisão, motivando a escolha do profissional, de modo a comprovar sua notória especialização e aptidão para atuar na área jurídica e realizar com excelência o serviço contratado.

A justificativa para a contratação por inexigibilidade deve evidenciar que a realização de uma licitação não seria capaz de garantir a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, considerando as peculiaridades do objeto. Além disso, é crucial observar o art. 72 da Lei n. 14.133/21 para que todo o processo de contratação direta seja instruído com os documentos necessários, como a justificativa de preço, que se mostra essencial para comprovar a sua adequação ao mercado e evitar prejuízos ao erário.

Sendo assim, a contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação é admissível, mesmo para serviços que não sejam singulares, desde que devidamente fundamentada, com comprovação da especialidade do profissional e demonstração de que a contratação é necessária para a adequada satisfação do objeto, em razão da inviabilidade de competição e sempre em consonância com o interesse público.

18 TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas comentadas*. 15.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 460.

19 CAMARÃO, Tatiana; PIRES, Maria Fernanda. *A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços jurídicos à luz da nova Lei de Licitações*. ONLL. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/04/07/a-inexigibilidade-de-licitacao-para-a-contratacao-de-servicos-juridicos-a-luz-da-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 29 ago. 2024.