

Qual é o “Estado da Arte” da contratação direta de advogados?

Como bem se sabe, o art. 25 da revogada Lei nº 8.666/1993, exigia a singularidade dos serviços advocatícios a serem contratados por meio de contratação direta fundamentada na inviabilidade de competição.

À luz da Lei nº 8.666/1993, o Tribunal de Contas da União (TCU) editou a Súmula nº 39 “*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 de objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993*”.

Em que pese a Súmula nº 36 do TCU, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE/PE), antes da Lei nº 8.666/1993 ser revogada, firmou precedente normativo ao responder uma consulta nos seguintes termos: “*A formalização da inexigibilidade para contratação de serviços de advocacia deverá atender, cumulativamente, aos seguintes requisitos: a) Existência de processo administrativo formal, facultado o acesso para qualquer interessado ou cidadão, nos termos da Lei Federal de Acesso à Informação; b) Notória especialização do profissional ou escritório; c) Demonstração da impossibilidade da prestação do serviço pelos integrantes do poder público (concursados ou comissionados); d) Cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado, demonstrado por pareceres da comissão de licitação, no processo administrativo da inexigibilidade; e) Ratificação pelo prefeito ou dirigente máximo do órgão. 5- Na notória especialização, os prestadores de serviços devem ser, efetivamente, reconhecidos pelo mercado como referências nas suas respectivas áreas*”.

Ou seja, para o TCE/PE, mesmo à época em a Lei nº 8.666/1993 estava em vigor, a singularidade do serviço não era pré-requisito para a contratação direta de advogados.

Mais uma vez remetendo a um período anterior à revogação da Lei nº 8.666/1993, registre-se que a Lei nº 14.039/2020 alterou a Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB) para estabelecer que os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização. E que considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados 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.

Na esteira da Lei nº 14.039/2020, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu no AgRg no HC 669.347/SPⁱⁱ que “*conforme disposto no artigo 74, III, da Lei nº 14.133/2021 e no artigo 3º-A do Estatuto da Advocacia, o requisito da singularidade do serviço advocatício foi suprimido pelo legislador, devendo ser demonstrada a notória especialização do agente contratado e a natureza intelectual do trabalho a ser prestado*” e que “*a mera existência de corpo jurídico próprio, por si só, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para o ente público*”.

Como também é de notório conhecimento, o art. 30, II, da Lei nº 13.303/2016 (Estatuto das Estatais) e o art. 74, III da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei Geral de Licitações e Contratos - NLGLC), não exigem que os serviços técnicos a serem contratados (donde se incluem os serviços prestados por advogados) possuam natureza singular.

Pois bem, em que pese tal diferença redacional entre a atualmente revogada Lei nº 8.666/1993 e o Estatuto das Estatais, o TCU entendeu, conforme se vê abaixo, que a inexigibilidade prevista no inciso II do art. 30 da Lei nº 13.303/2016 seguia tendo como um dos requisitos a singularidade do serviço a ser contratado:

“Relativamente à legalidade da contratação direta por inexigibilidade de licitação (alínea ‘a’), o tema, conforme destacou o ministro Bruno Dantas no voto condutor do Acórdão 2.993/2018 - Plenário (TC 031.814/2016-6, a respeito de denúncias sobre possíveis irregularidades em contratações diretas de consultorias técnicas especializadas na ECT) , continua a ser objeto de ‘contundentes debates doutrinários e jurisprudenciais’, ainda que já tenha sido objeto da edição das Súmulas 39 e 252 deste Tribunal. O enunciado da última súmula apregoa que ‘a inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado’. O confronto das disposições da Lei 8.666/1993 com as seguintes da Lei 13.303/2016 indica que a interpretação constante da referida súmula também é aplicável neste caso” (TCU, Acórdão 2436/2019 – Plenário, Relatora Ana Arraes, Processo 000.536/2018-0)

“A contratação direta de escritório de advocacia por empresa estatal encontra amparo no art. 30, inciso II, alínea ‘e’, da Lei 13.303/2016, desde que presentes os requisitos concernentes à especialidade e à singularidade do serviço, aliados à notória especialização do contratado” (TCU, Acórdão 2761/2020 - Plenário, Relator Raimundo Carreiro, Processo 026.915/2020-0)

Entretanto, cumpre registrar que em ambos os casos, o TCU não apreciou a questão da contratação direta de advogados à luz da Lei nº 14.039/2020 que, como já dito, alterou a Lei nº 8.906/1994.

Analisando o tema já com base na Lei nº 14.039/2020, o Tribunal de Contas do Maranhão (TCE/MA) respondeu consultaⁱⁱⁱ da Assembleia Legislativa daquele estado nos seguintes termos:

“1. Considerando o art. 3º-A da Lei nº 8.906/1994, incluído pela Lei nº 14.039/2020 e ainda o art. 13 da Lei nº 8.666/1993, pergunta-se: os serviços de assessoria e/ou consultorias jurídicas são singulares pela própria natureza? (...) apenas quando comprovada a notória especialização dos serviços profissionais oferecidos pelo advogado é que se estará diante de um serviço considerado técnico e singular. (...) os serviços advocatícios não podem ser considerados como singulares sem que haja um elemento que revele a especialização do advogado que o presta. (...) a comprovação da notória especialização já comprova também a singularidade do serviço, posto que, caso contrário, estar-se-ia possibilitando a elaboração de entendimentos de caráter subjetivo sobre o tema (...) o critério da notória especialização do advogado reforça a singularidade dos serviços de assessoria e consultoria jurídicas, que são de natureza intelectual, sob pena de se obstar qualquer mensuração acerca da singularidade do serviço prestado. (...) a natureza singular dos serviços de assessoria e consultoria jurídicas se revela pela notória

especialização, definida no parágrafo único do art. 3º-A do Estatuto da OAB, em face das necessidades do ente público, que terá a prerrogativa de optar, de forma discricionária, pelo prestador de serviço que lhe seja conveniente a partir da comprovação da capacidade técnica e operacional do contratado com base em critérios objetivamente explicitados, levando em consideração, atuações pretéritas, êxito em demandas judiciais e administrativas, qualificação acadêmica e profissional, independente se o objeto da contratação se tratar da atividade de assessoria jurídica ordinária da rotina administrativa do ente público ou se determinada causa específica;

2. O fato do ente público ter assessor(es) em seu quadro e/ou Procuradoria Jurídica é fator impeditivo para contratação de consultoria e/ou assessoria jurídica?

(...) a existência de membros no quadro da Procuradoria Jurídica dos entes públicos não obsta a contratação de serviços de consultoria e assessoria jurídica, seja por meio de procedimento licitatório ou por meio de contratação direta, desde que atendidos os requisitos legais. (...)

3. Considerando a natureza intelectual do serviço a ser prestado e a necessidade da Administração Pública, a contratação de serviços de consultoria e/ou assessoria jurídica poderá se dar para além dos processos excepcionais e/ou específicos?

(...) O critério na avaliação sobre a necessidade de contratação de assessoria jurídica especializada decorre da discricionariedade do gestor público, independentemente da natureza do objeto – se para uma causa específica ou para o acompanhamento das demandas rotineiras da administração -, tendo em vista que o objetivo maior é resguardar a própria legalidade dos atos administrativos, na medida que a contratação também atende a um fim consultivo e preventivo, garantindo maior debate jurídico sobre a rotina do ente público e redução de riscos nas decisões do órgão. (...) a contratação de assessoria e consultoria jurídica por entes públicos não deve restringir-se às ‘intituladas’ situações ‘excepcionais e específicas’, sob o risco de deixar os entes públicos sem suporte técnico jurídico, ocasionando prejuízos imensuráveis, bem como pela natureza da atividade jurídica que presume que cada caso concreto possui aspectos únicos e relevantes;

4. Considerando que cada processo tem sua particularidade e que deve ser analisado com o devido zelo pelo advogado, sendo que inclusive órgãos de controle como o Tribunal de Contas da União (TCU) tem Posicionamento de responsabilização de parecerista (Acórdão n.º 1337/2011 – Plenário e Acórdão n.º 5.291/2013 – 1ª Câmara), pode-se dizer que os serviços de consultoria e/ou assessoria jurídica não são rotineiros, ou seja, são singulares?

(...) os serviços prestados por advogado, a priori, não podem ser considerados como rotineiros, já que cada caso possui suas especificidades, ensejando o surgimento de uma variedade incontável de interpretações;

5. Quais os critérios objetivos que a Administração Pública pode utilizar para inferir que os advogados a serem contratados por processo de inexigibilidade detém notória especialização, além dos critérios já previstos, de modo exemplificativo, na legislação (art. 25, §1º, da Lei nº 8.666/1993 e art.3º-A, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.906/1994)?

(...) a experiência pretérita do profissional em causas e demandas de natureza similar ao serviço contratado, conclusão de cursos e titulação no âmbito de pós-graduação, a participação em organismos voltados a atividade especializada, a autoria de obras, obtenção de láureas e prêmios, organização de equipe técnica, dentre os outros fatores. (...)

6. Quais os critérios mais adequados para justificar o preço na contratação dos serviços técnicos jurídicos por inexigibilidade?

(...) é recomendável que seja feita comparação entre os preços cobrados pelo prestador de serviço para outros entes públicos, servindo como parâmetro para justificativa do valor (...)

7. Em contratação para causas específicas, que se busca o proveito econômico para o ente público contratante consistente em deixar de pagar ou receber quantia, possível firmar contrato de êxito? Em caso positivo, em até qual percentual?

(...) possível o pagamento, pela Administração Pública, de honorários contratuais com base em cláusula ad exitum, fixado em percentual sobre o valor auferido com a Prestação do serviço ou por risco puro, devendo constar no contrato o valor estimado dos honorários e a dotação orçamentária própria para o pagamento de serviços de terceiros. Ressalvando que o valor máximo percentual deve observância ao disposto no art. 36 do Código de Ética da OAB (Lei nº 8.906/1994);

8. Preenchidos os requisitos para contratação por inexigibilidade, a confiança na capacidade técnica-intelectual, em última instância, pode ser adotada como critério no processo de escolha do contratado?

(...) os advogados devem desfrutar da confiança da Administração, tendo em vista o caráter personalíssimo que rodeia a prestação de um serviço advocatício, de modo que o ente público não está autorizado a contratar por inexigibilidade de licitação escritório de advocacia pelo mero arbítrio da confiança pessoal, mas sim pelo binômio de notória especialização e confiança na técnica do profissional contratado;

9. Por fim, considerando a natureza do serviço público pode-se dizer que os serviços de consultoria e/ou assessoria jurídica são considerados serviços contínuos?

(...) o suporte técnico, através de consultoria e assessoria jurídica, enquanto serviço contínuo, apresenta-se como compatível com os princípios do interesse público e da eficiência da administração pública, tendo em vista a presumida necessidade desse auxílio, cuja ausência poderá ocasionar prejuízos irreparáveis para o ente e, em última instância, para a sociedade. Não obstante, a contratação desses serviços de forma continuada, sobretudo considerando o vulto de trabalho jurídico inerente a administração pública, prestigia o princípio da economia, pois evita a realização de contratos conforme o surgimento das demandas. Porquanto, os serviços de assessoria/consultoria, considerando as atividades exercidas dentro da administração pública, são considerados serviços de natureza contínua.”

Também tendo por Norte a Lei nº 14.039/2020, mas já sob a égide da NLGLC, o TCE/PE, entendeu que “a nova redação dada ao Estatuto da OAB reconhece serem os serviços profissionais de advogado, por sua própria natureza, técnicos e singulares, afastando a necessidade de se verificar, caso a caso, a característica de singularidade ou ordinariedade dos serviços a serem prestados. Ademais, a nova Lei de Licitações, ao tratar da inexigibilidade, exclui a singularidade do rol de requisitos (bastando, para ser inexigível, a inviabilidade competição), mas foi além e disciplinou ser inviável a contratação de serviços técnicos especializados para o patrocínio ou defesa de causas judiciais. Dito isso, e considerando ultrapassada essa questão da singularidade, entendo que a única análise cabível para o caso é se há nos autos comprovação de especialização dos serviços técnicos contratados. Cabe a esta Casa a rigidez na checagem dessa comprovação, com fins de verificar se o contratado possui as habilitações necessárias para atender o serviço contratado e não analisar se o profissional é o único capaz de executar o serviço^{iv}.”

Mais uma vez no âmbito dos entendimentos pretorianos havidos dentro do chamado “Sistema Tribunal de Contas”, o Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia (TCM/BA), tal qual o STJ, o TCE/MA e o TCE/PE, também afastou a singularidade do objeto como condição *sine qua non* para viabilizar a contratação direta de advogados por parte da Administração Pública: “A contratação direta dos serviços de advogados e de contadores, por inexigibilidade de licitação,

deve pautar-se nos critérios estabelecidos na legislação de regência, competindo ao Gestor observar as seguintes premissas: 1. Demonstração da inadequação da execução do serviço pelos servidores integrantes do quadro de pessoal do Poder Público, a fim de se viabilizar a contratação externa do serviço advocatício mediante licitação ou, excepcionalmente, diretamente, via inexigibilidade. 2. Se para atender a necessidade Pública, ficar devidamente justificado que a execução do objeto se dê por intermédio de um profissional ou empresa cujo conceito, no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, 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, será o caso de realizar a contratação direta. 3. A comprovação da notoriedade do especialista no seu campo de atuação, do conceito que ele possui entre os seus pares, do reconhecimento profissional que possui no âmbito do local da contratação, ou seja, da subsunção do fato à norma, é encargo que incumbe ao Gestor realizar, pautado nos requisitos legais, a fim de se evitar que as razões da escolha do contratado recaiam sobre a preferência do contratante, como acontece entre nas contratações entre particulares. 4. Garantia da pertinência temática entre a notória especialização do profissional ou da empresa com o objeto a ser contratado. 5. Validação da razoabilidade dos gastos empreendidos, mediante a pesquisa de contratos com órgãos públicos, com objetos similares em que o notório figurou como contratado^v.”

Para que não se diga que existe uma unanimidade de entendimentos na seara das Cortes de Contas, para o Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCE/SC) a singularidade do objeto segue sendo exigível para fins de garantir a higidez da contratação direta de advogados. Eis o entendimento do TCE/SC: *“não é possível a contratação, por inexigibilidade, de escritórios de advocacia para representar municípios em ações contra a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustível, objetivando à condenação ao pagamento de royalties pela exploração e produção de petróleo, genericamente considerada, por não apresentar singularidade. Dessa forma, cabe à advocacia pública a representação judicial e a consultoria jurídica dos respectivos entes, de modo que apenas em caráter excepcionalíssimo, justifica-se a contratação por inexigibilidade. (...) para considerar um serviço técnico de advocacia como singular, é necessária a comprovação de que a causa envolve, por exemplo, relevante questão de direito ou demanda inovadora no ordenamento jurídico, que não seja objeto de repetição de outras teses já conhecidas ou que façam parte do sistema de precedentes. Assim, a contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade deve se restringir a situações excepcionais, mediante justificativa pela natureza, matéria ou complexidade do serviço, bem como observados os seguintes requisitos: 1) necessidade de procedimento administrativo formal 2) notória especialização profissional; 3) natureza singular do serviço; 4) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e 5) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado, observando-se a proporcionalidade e a razoabilidade dos valores contratados. Desse modo, na hipótese excepcional de contratação desses serviços, não é possível a remuneração em percentual sobre as receitas auferidas pelo ente com as ações judiciais exitosas, salvo se a Administração firmar contrato de risco puro (aquele que o ente não despense nenhum valor, sendo a remuneração do contratado exclusivamente proveniente dos honorários de sucumbência devidos pela parte vencida)^{vii}”.*

Bom, já vimos como o STJ e os Tribunais de Contas estão se manifestando sobre a contratação direta de advogados, mas e o Supremo Tribunal Federal, há entendimentos do STF acerca de tal hipótese de inexigibilidade de licitação?

Sim, o STF já se manifestou sobre o assunto, mas, por outro lado, quando o fez, ele não se posicionou diretamente sobre as Leis nºs 13.303/2016 e 14.133/2021 (que, como já visto, não exigem a singularidade do objeto como exigência para a contratação direta de advogados) e muito menos sobre a Lei nº 14.039/2020 (que, também como já visto, conferiu a presunção legal de que os serviços profissionais de advogado são técnicos e singulares).

Isso posto, os dois posicionamentos do STF sobre a inexigibilidade de licitação para a contratação de advogados pela Administração Pública que merecem destaque são os seguintes (i) a análise do art. 81-A *caput* e parágrafo primeiro da Constituição do Estado de Pernambuco na ADI 6331 e (ii) a fixação do tema 309 no RE 656558, ambos ocorridos em 2024 (abril e novembro).

Na ADI 6331, o Supremo conferiu interpretação conforme ao art. 81-A da CE de Pernambuco para estabelecer que a criação/instituição de Procuradorias Jurídicas depende da escolha política autônoma de cada município, no exercício da prerrogativa de auto-organização.

Na mesma ação de controle de constitucionalidade, o STF declarou inconstitucional o § 1º do art. 81-A da Constituição do Estado de Pernambuco (que estabelecia que as atribuições da Procuradoria Municipal poderiam ser exercidas, isolada ou concomitantemente, através da instituição de quadro de pessoal composto por procuradores em cargos permanentes efetivos ou da contratação de advogados ou sociedades de advogados) sob o argumento de que, feita a opção municipal pela criação de um corpo próprio de procuradores, a realização de concurso público é a única forma constitucionalmente possível de provimento desses cargos, ressalvadas as situações excepcionais em que também à União, aos Estados e ao Distrito Federal pode ser possível a contratação de advogados externos *“quando, mediante processo administrativo formal, em que constatada a necessidade de notória especialização profissional em serviço de natureza singular que não possa ser adequadamente prestado pelos integrantes do corpo próprio de procuradores”*.

Já na fixação do tema 309 no RE 656558, o STF entendeu, em sede de repercussão geral, que são constitucionais os artigos 13, V, e 25, II, da Lei 8.666/1993, desde 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 a responsabilidade profissional exigida pelo caso, observado também, o valor médio cobrado pelo escritório em situações similares anteriores.

Diante de tudo o que foi até aqui exposto, vamos sintetizar abaixo algumas constatações que esperamos que sirvam de resposta para a pergunta feita no título. Assim, podemos dizer que à luz das decisões dos Tribunais de Contas, do STJ e do STF, o Estado da Arte da contratação direta de advogados é o seguinte:

- Não existe mais base legal em vigor que exija expressa e explicitamente que o serviço a ser prestado pelos advogados contratados via inexigibilidade de licitação seja singular, o que exclui cogitações acerca da natureza do objeto do contrato;

- Em que pese haver defensores de que a singularidade do serviço é uma característica implícita das contratações diretas de serviços técnicos por inviabilidade de competição, há norma jurídica válida, cogente e que goza de presunção de constitucionalidade que estabelece que, por princípio, as atividades técnicas realizadas pelos advogados são consideradas como serviços de natureza singular, devendo essa norma ser levada em consideração pelo intérprete (ainda que não se goste dela);

- A mera existência de corpo jurídico próprio, por si só, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para o ente público, mas é preciso demonstrar que tal serviço não pode ser adequadamente prestado pelos integrantes do corpo próprio de procuradores, devendo esse pressuposto ser demonstrado no procedimento de contratação;

- Há critérios objetivos definidos em lei para aferir a notória especialização profissional dos advogados a serem contratados pela Administração Pública sem licitação, o que impede que haja contratações puramente casuísticas;

- O preço da contratação deve ser compatível aos valores praticados pelo mercado, devendo isto ser registrado no procedimento de contratação.

Exposto o Estado da Arte da discussão em tela, precisamos ter mente, em sede de conclusão, algumas premissas: 1ª) não há motivos para deixar de aplicar a Lei nº 8.906/1994 com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 14.039/2020 quando da análise das contratações diretas de advogados; 2ª) quem defende que a singularidade é uma característica ínsita das contratações diretas de advogados precisará afastar a constitucionalidade da Lei nº 8.906/1994 e 3ª) havendo Procuradoria Jurídica no ente político, é preciso que reste comprovada a inadequação da prestação do serviço por parte de tal corpo jurídico próprio para viabilizar a contratação direta.

Por fim, a partir do Estado da Arte da contratação direta de advogados pela Administração Pública, lançamos duas provocações: 1ª) havendo presunção albergada na Lei nº 8.906/1994 de que os serviços prestados pelos advogados são singulares, é inviável a contratação de tais profissionais por pregão (seja na Lei nº 13.303/2016, seja na Lei nº 14.133/2021), haja vista que o pregão está adstrito à contratação de serviços comuns e não de serviços singulares e 2ª) só podendo uma eventual licitação para contratação de advogados se dar sobre a forma de concorrência (no caso das estatais, será o processo regular inominado) e considerando que deve haver *“cobrança de preço compatível com a responsabilidade profissional exigida pelo caso, observado também, o valor médio cobrado pelo escritório em situações similares anteriores”*, o critério menor preço pode redundar na obtenção de preço vil, incompatível com a responsabilidade profissional exigida para o caso e dar margem à advocacia predatória.

Por **Aldem Johnston Barbosa Araújo**, advogado de Mello Pimentel Advocacia e **Bernardo Strobel Guimarães**, doutor e mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), professor adjunto de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), árbitro e advogado.

E-mails: aldem.johnston@mellopimentel.com.br e bernardo@strobelguimaraes.com.

ⁱ Acórdão T.C. nº 1446/17 - Pleno, Processo TCE-PE nº 1208764-6 (Consulta), Relator: Marcos Loreto.

ⁱⁱ Julgado em 13/12/2021, DJe 14/02/2022.

ⁱⁱⁱ Decisão PL-TCE/MA nº 180/2021, Processo nº 1533/2021-TCE.

^{iv} Trecho do ITD (Inteiro Teor de Deliberação) do Voto Vencedor do Conselheiro Carlos Neves no Acórdão nº 913/2024 proferido no Processo TCE-PE nº 23100515-5.

^v Processo nº 04552e21 e Parecer nº 00563-21.

^{vi} @CON 22/00261068. Relator: Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall, Decisão nº 1327/2024, disponibilizada no Diário Oficial do TCE/SC de 30/9/2024.