



Inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios

Inexigibility of bidding for contracting attorney services

Recebido: 03/10/2022 | Aceito: 08/02/2023 | Publicado: 16/02/2023

Mauro Sérgio do Santos¹


 <https://orcid.org/0000-0002-5007-2008>


 <http://lattes.cnpq.br/8722914313742421>

Centro Universitário Processus, UniProcessus, DF, Brasil

E-mail: professor.maurosergio@gmail.com

Jefferson Beijamim dos Santos²

 <https://orcid.org/0000-0001-5777-9252>

 <http://lattes.cnpq.br/8273767639145464>

Centro Universitário Processus, UniProcessus, DF, Brasil

E-mail: jeffersonb@edu.se.df.gov.br

Resumo

As contratações públicas são, via de regra, precedidas de certame licitatório, por expressa previsão constitucional. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro admite a contratação direta de escritórios de advocacia, por meio da inexigibilidade de licitação, observados os requisitos previstos no art. 74 da Lei nº 14.133, de 2021. A inexigibilidade de licitação caracteriza-se pela impossibilidade de competição entre os licitantes. Diante disso, questiona-se: qualquer serviço de advocacia, ainda que desprovido de singularidade, poderá ser contratado sem licitação ou, diferentemente, a singularidade é, neste caso, requisito essencial para a configuração da inviabilidade de competição? Pretende-se, pois, examinar em detalhes o instituto da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços advocatícios, apresentando, ao final, resposta ao problema apresentado. A hipótese apresentada é que a inexigibilidade de licitação, como exceção legal que é, somente pode ser admitida quando presentes dois requisitos fundamentais, vale dizer, a notória especialização e a singularidade do serviço. Objetiva-se, pois, demonstrar que a Lei nº 14.039/2020, a qual estabelece que os serviços de advogado são singulares, não autoriza, em todos os casos, a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, sob pena de desconsiderar o princípio constitucional da obrigatoriedade de licitação. O presente trabalho é atual e de grande relevância para a comunidade jurídica, sobretudo em razão da divergência doutrinário-jurisprudencial que recai sobre o tema.

Palavras-chave: Serviços advocatícios. Contratação direta. Inexigibilidade de licitação. Singularidade.

¹ Mauro Sérgio dos Santos é Doutor em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Portugal, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília e Especialista em Direito Público pelo ICAT/AEUDF. É Procurador Federal da Advocacia-Geral da União, Professor de Direito Administrativo no Centro Universitário Processus - UniProcessus (Brasília-DF) e autor de diversos artigos e livros jurídicos, com destaque para a obra "Curso de Direito Administrativo", 4ª edição, Rio de Janeiro: Ed. *Lumen Juris*, 2022.

² Jefferson Beijamim dos Santos é aluno do 7º semestre do curso de Direito do Centro Universitário Processus - UniProcessus. Foi aluno bolsista da Capes/CNPq do Programa Ciências Sem Fronteiras.

Abstract

Public contracts are, as a rule, preceded by a bidding process, by express constitutional provision. However, the Brazilian legal system admits the direct hiring of law firms, through the non-requirement of bidding, observing the requirements set forth in art. 74 of the Law n°. 14.133/2021. The inexigibility of bidding is characterized by the impossibility of competition between bidders. That said, the question arises: can any law service, even if devoid of singularity, be contracted without bidding or, differently, is singularity, in this case, an essential requirement for the configuration of unfeasibility of competition? It is intended, therefore, to examine in detail the institute of inexigibility of bidding for the contracting of attorney services, presenting, in the end, an answer to the presented problem. The hypothesis presented is that the inexigibility of bidding, as a legal exception that it is, can only be admitted when it presents two fundamental requirements, namely, the notorious specialization and singularity of the service. The goal is, therefore, to demonstrate that Law n°. 14.039/2020, which establishes that lawyer services are singular, does not authorize, in all cases, the direct contracting of attorney services by the Public Administration, under penalty of disregarding the constitutional principle of the obligation of bidding. This study is current and of great relevance to the legal community, mainly due to the doctrinal-jurisprudential divergence that surrounds the subject.

Keywords: *Attorney services. Direct hiring. Inexigibility of bidding. Singularity.*

Introdução

As obras, serviços, compras e alienações necessários ao regular funcionamento da atividade administrativa, segundo o art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988, serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. Trata-se do princípio da obrigatoriedade da licitação, que será abordado adiante, em tópico específico.

Há, contudo, exceções legais à obrigatoriedade da licitação, por meio dos institutos da dispensa e da inexigibilidade de licitação. As hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação propiciam o que a doutrina denomina de contratação direta, cujos critérios, parâmetros e possibilidades estão expressamente previstos em Lei.

Nessa perspectiva, pretende-se analisar a contratação direta, por meio da inexigibilidade de licitação, de serviços advocatícios pela Administração Pública, examinando as hipóteses e limites abrangidos no texto legal, bem como enfatizando, à luz da característica da singularidade, as hipóteses em que será necessária a realização de procedimento licitatório.

A contratação direta de serviços advocatícios por meio de inexigibilidade de licitação, tema deste ensaio, é assunto atual, polêmico e controverso, que exige reflexão não somente com base na legislação de regência, mas também na doutrina especializada e na jurisprudência. Para tanto, serão analisados julgados recentes acerca dessa temática, em especial do Tribunal de Contas da União.

O objeto em discussão, portanto, se circunscreve a considerar – ou não – os serviços de advocacia como atividade de natureza singular e, para além disso, avaliar o requisito denominado “notória especialização”, também previsto na legislação. Esclareça-se que, a presente análise será realizada com base na nova Lei de Licitações e contratos (14.133/2021), embora seja feita, também, quando necessária, a comparação entre o texto da nova Lei com a Lei nº 8.666, de 1993, a qual será referida neste ensaio como antigo regime licitatório.

Pretende-se, pois, ao final deste ensaio, apresentar resposta à seguinte questão: a contratação de escritórios de advocacia pela Administração Pública prescindirá, sempre, de certame licitatório, ou, diferentemente, a contratação direta somente será possível se restarem caracterizadas a singularidade do serviço e a notória especialização? É o que se pretende a seguir.

1. O princípio da obrigatoriedade da licitação

Segundo a doutrina de Di Pietro (2012), licitação é o procedimento administrativo

“pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições estabelecidas no instrumento convocatório, a possibilidade de formular propostas dentre as quais se selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato”.

Esse processo, como visto anteriormente, é obrigatório, no entanto o ordenamento jurídico apresenta algumas exceções legais.

A Constituição Federal de 1988 prevê o dever de realizar licitação como um princípio geral das contratações públicas. Com efeito, o art. 37, XXI da CF/88 estabelece que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, ressalvados os casos especificados em legislação. Como se pode notar, a Carta Magna deixou expressa a obrigatoriedade de licitar pela Administração, não obstante também preveja, por exceção, ressalvas legais à regra geral de licitar.

O princípio da obrigatoriedade de licitação encontra fundamento nos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, que, pelo menos em tese, permitem à Administração Pública selecionar as propostas mais vantajosas ao interesse público.

A propósito, o art. 11 da Nova Lei de Licitações estabelece alguns objetivos a serem alcançados pelo processo licitatório. São eles: assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado da contratação mais vantajoso para a Administração Pública; assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Dessa forma, o processo licitatório visa à contratação da proposta mais vantajosa para a Administração por meio de um procedimento formal e isonômico.

Cabe dizer também que a contratação pública sem licitação, fora das exceções legais, é conduta tipificada como crime, conforme o art. 337-E da Nova Lei de Licitações e Contratos. Define-se como contratação direta ilegal admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei, com pena de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos e multa.

Ainda segundo a Lei, dispõe o artigo 73 que, na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. Percebe-se assim, o elevado grau de reprovabilidade da conduta criminosa tanto do contratado quanto do agente público, os quais poderão responder administrativa, civil e penalmente.

Conquanto a regra geral seja a licitação, há, como dito, duas exceções legais que permitem a contratação pública sem o devido processo licitatório. Essas exceções estão previstas nos arts. 74 e 75 da Nova Lei de Licitações, os quais versam

respectivamente sobre a contratação direta por inexigibilidade e por dispensa de licitação, temas que serão abordados no tópico seguinte.

1.1 Hipóteses legais de contratação direta

De acordo com Furtado (2015), “existem situações, de caráter excepcional, mencionadas em lei, em que é admitida a contratação direta, isto é, a contratação que dispensa o processo licitatório”. A contratação direta pode ser realizada por meio da inexigibilidade e da dispensa de licitação. Tais institutos, conquanto impliquem o mesmo resultado, que é a contratação sem licitação, possuem naturezas jurídicas distintas.

Deve-se dizer que as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, embora permitam a contratação direta, por certo não dispensam a formalização e instrução de processo administrativo com a observância de vários requisitos legais, relacionados no art. 72 da nova Lei de Licitações. São eles: a) documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; b) estimativa de despesa; c) parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos; d) demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido; e) comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária; f) razão da escolha do contratado; g) justificativa de preço; e h) autorização da autoridade competente.

1.2 A dispensa de licitação

Na dispensa de licitação é até possível materialmente a competição entre os licitantes, todavia a norma jurídica permite ao administrador, nos casos expressamente previstos em lei, avaliar discricionariamente se realiza ou não o certame licitatório.

Portanto, a licitação dispensável deve ser avaliada segundo a conveniência e oportunidade da Administração Pública para, de acordo com os casos previstos na legislação, avaliar se a licitação é prescindível ou obrigatória. No que tange à licitação dispensável, vale repetir, o procedimento se refere à forma de contratação em que é possível a competição entre os interessados, contudo o legislador deixa, em casos específicos e restritos, a juízo do administrador, a possibilidade de dispensar o processo licitatório e efetuar a contratação direta.

Os critérios e possibilidades para a dispensa de licitação estão previstos no art. 75 da nova Lei de Licitações, cabendo destacar, por exemplo, contratações de pequeno valor; contratações emergenciais e/ou excepcionais; transferência de tecnologia; hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia; bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional; materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de bens e serviços para atendimento dos contingentes militares das forças singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, hipótese em que a contratação deverá ser justificada quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificada pelo comandante da força militar; aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível;

aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde, etc.

Cabe ressaltar que os critérios que permitem discricionariamente a dispensa de licitação pela autoridade competente estão exaustivamente relacionados no art. 75 da Nova Lei, não sendo possível a inclusão de outros parâmetros, a não ser por meio de outro ato normativo primário. Assim, não cabe ao agente público inovar quanto às possibilidades de contratação direta por meio de dispensa de licitação.

As hipóteses de licitação dispensável não são relevantes para o presente ensaio, por não guardarem conexão direta com o objeto em análise, daí a razão de serem mencionadas apenas superficialmente. A inexigibilidade de licitação, diferentemente, é o objeto fulcral deste estudo e por isso será analisada detalhadamente, no tópico seguinte.

1.3 A inexigibilidade de licitação

1.3.1 Conceito

A contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação se caracteriza pela inviabilidade de competição quanto ao objeto ou à pessoa do certame licitatório. Noutras palavras, há casos em que materialmente não é possível selecionar uma proposta a partir da competição entre os licitantes. Em tais hipóteses, diz-se que a licitação é inexigível e será possível, em consequência, a contratação direta.

Nesse sentido é a doutrina de Di Pietro (2012), ao esclarecer que “nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atende às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável”. Logo, nesses casos, previstos em rol exemplificativo na legislação, a Administração Pública poderá proceder à contratação direta.

A licitação, como é referido, nada mais é do que uma espécie de competição, pautada na impessoalidade, da qual exsurge a proposta mais vantajosa aos interesses da Administração Pública. Nessa perspectiva, a realidade nos mostra que há hipóteses em que a competição é verdadeiramente impossível, quando então a Administração Pública poderá efetuar a contratação direta. Essas hipóteses serão examinadas a seguir.

1.3.2 Hipóteses de inexigibilidade previstas na nova Lei de Licitações

A Lei 14.133/2021, em seu art. 74, elenca um rol não exaustivo de cinco hipóteses de inexigibilidade de licitação, cuja contratação dar-se-á primordialmente por ser inviável a competição entre os licitantes. Portanto, será inexigível a licitação, segundo a doutrina de Santos (2022), “sempre que a competição se revelar inviável, impossível juridicamente”.

O artigo 74 elenca essas possibilidades de inexigibilidade de licitação, a saber: I – a aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos; II – contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública; 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; IV – objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento; e, V – aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e localização tornem necessária sua escolha.

No que tange especificamente ao Inciso III, a nova Lei relaciona os serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais de notória especialização, quais sejam: 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; d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico; h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso.

Portanto, se a Administração pretende contratar um dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual relacionados no inciso III do art. 74 da Lei nº 14.133, de 2021, e os profissionais ou empresas a serem contratados possuírem notória especialização, não haverá licitação, dada sua inexigibilidade. Nota-se, portanto, a vinculação ao critério da notória especialização para que haja a inexigibilidade de licitação de profissionais ou empresas de advocacia.

Calasans (2021) estabelece que a Nova Lei de Licitações excluiu o requisito da singularidade previsto no antigo regime licitatório. Segundo o autor:

“o requisito já não é mais exigido, o que significa que o legislador optou por desconsiderar o entendimento que predominava, tanto na jurisprudência do Tribunal de Contas da União como na de Cortes do Poder Judiciário, que considerava irregular, por exemplo, a contratação de profissionais de advocacia, quando não caracterizada a singularidade dos serviços.”

As hipóteses de inexigibilidade de licitação possuem, como dito, um rol exemplificativo, dada a possibilidade de surgirem novas situações em que seja inviável a competição. Segundo Ghignone e Tourinho (2022), “É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição, razão pela qual os dispositivos legais que tratam da matéria trazem hipóteses exemplificativas.”

Haja vista consubstanciar o núcleo do presente ensaio, o caso específico da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços advocatícios será examinado em detalhes a seguir, assim como os requisitos da notória especialização e da singularidade que lhe são próprios.

2. A contratação direta, por inexigibilidade, de escritórios de advocacia

A contratação direta de serviços de advocacia por meio de inexigibilidade de licitação está envolta em discussões acerca de sua juridicidade, notadamente no que diz respeito ao requisito da singularidade do serviço. Com o advento da Nova Lei de Licitações e Contratos, como explicitado, houve a supressão do requisito da singularidade para a contratação direta desse serviço por parte do Poder Público.

Contudo, mesmo após o advento da Nova Lei, entende-se ser bastante polêmica e duvidosa a possibilidade de contratação direta de escritórios de advocacia sem a observância do requisito da singularidade, haja vista a própria essência do instituto da inexigibilidade. Noutras palavras, parece evidente a necessidade de comprovar-se, no caso concreto, além da notória especialização, também – e principalmente – a singularidade do serviço, pois só assim estará configurada a inviabilidade de competição.

Por natureza singular, entenda-se a qualidade única, diferenciada do serviço em razão de características próprias e peculiares que o diferenciam do serviço comum. Dito de outro modo, singular é o serviço que apenas determinada pessoa, devido à originalidade, pode realizar.

A impossibilidade de competição, não se pode esquecer, é característica essencial e definidora da contratação direta por inexigibilidade de licitação, conforme definido no *caput* do art. 74 da nova Lei de Licitações.

2.1 Aspectos legais: o art. 74, III, “e” da Lei nº 14.133/2021 e a Lei nº 14.039/2020

Quanto aos aspectos legais em relação ao tema aqui tratado, o art. 74, III, “e” da Lei nº 14.133/2021 estabelece a possibilidade de contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização para os serviços de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

Além disso, deve-se fazer referência à Lei nº 14.039, de 2020, a qual incluiu o art. 3º-A na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), estabelecendo que “os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.”

A Lei 14.133/21, posterior à Lei nº 14.039, de 2020, já não faz referência ao requisito da singularidade para a contratação direta, por inexigibilidade, de serviços de advocacia. No entanto, a inviabilidade de competição própria da inexigibilidade somente existirá se os serviços advocatícios forem realmente singulares. Se são serviços comuns, cotidianos, sem singularidade, que podem ser prestados com idêntica qualidade por qualquer escritório de advocacia, o princípio da obrigatoriedade impõe a realização de certame licitatório, com o claro objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, a partir de critérios objetivamente definidos no edital.

Nessa perspectiva, embora a nova Lei não tenha mencionado expressamente a singularidade como requisito para a contratação direta por inexigibilidade de licitação, leciona Santos (2022) que “parece evidente que tal requisito subsiste, pois o *caput* do art. 74 da nova Lei é claro ao prescrever que a licitação é inexigível quando inviável a competição.

Dito isso, a seguir será detalhado o requisito da notória especialização, presente tanto no antigo regime licitatório quanto na nova Lei de Licitações e, no tópico seguinte, a singularidade do serviço.

2.2 A notória especialização como requisito para a contratação direta de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação

Como já mencionado, a própria Lei 14.133/2021 traz, no § 3º do art. 74, a definição dos parâmetros que configuram a notória especialização. Vejamos:

“considera-se de notória especialização o profissional ou a 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.”

A doutrina sempre atual de Meirelles (1996) ensina que notória especialização “é o reconhecimento público da alta capacidade profissional”, acrescentando que:

“Notoriedade profissional é algo mais que habilitação profissional. Esta é a autorização legal para o exercício da profissão; aquela é a proclamação da clientela e dos colegas sobre o indiscutível valor do profissional na sua especialidade. Notoriedade é, em última análise, para fins de dispensa de licitação, a fama consagradora do profissional no campo de sua especialidade.”

A notória especialização deve, segundo Santos (2022), “ser entendida como o reconhecimento que determinado profissional ou empresa goza entre os outros profissionais e empresas que atuam no setor”. Se não há dúvidas em relação a notória especialização, que, como visto, deve ser comprovada para que haja a contratação direta, via inexigibilidade, de serviços técnicos de natureza predominantemente intelectual, dentre os quais os serviços de advocacia, o requisito da singularidade, por outro lado, é objeto de divergência, conforme será analisado na sequência.

2.3 O requisito da singularidade do serviço

A singularidade está conexas à originalidade do serviço que o torna diferenciado em relação aos demais. Segundo a doutrina de Rigolin e Botino (1995), singular é:

“o serviço cujo resultado final não se pode conhecer nem prever exatamente antes de pronto e entregue, aquele cujas características inteiramente particulares, próprias do autor o façam único entre quaisquer outros. O único elemento sabido nesse caso é que cada autor o fará de um modo, sem a mínima possibilidade de que dois produzam exatamente o mesmo resultado. Cada qual tem a chancela de um autor, sendo, nesse sentido, único. Caracterizada e justificada essa natureza singular, ao lado da comprovação documental da notória especialidade do autor, teremos a inexigibilidade de licitação para cada caso concreto que se apresente.”

Na análise da singularidade dos serviços prestados por profissionais ou escritórios de advocacia, nos ensina Mello (2015) que “a singularidade não significa que outros não possam prestar o serviço, embora sejam necessariamente únicos”. Para o autor, o que entra em causa, para o tema da licitação é que “a singularidade seja relevante para a prestação do serviço”. Assim o serviço prestado por um profissional singular na área advocatícia trará o resultado mais vantajoso para administração em detrimento de um serviço realizado por um profissional comum.

Se não há essa vantajosidade que advém da singularidade do serviço, tem-se que é dever da Administração Pública promover o certame licitatório, a fim de buscar, pela competição entre os licitantes, a proposta mais benéfica ao interesse público.

Assim, conquanto a nova Lei de Licitações não tenha mencionado expressamente a singularidade como requisito para a contratação direta de serviços de advocacia, por meio da inexigibilidade de licitação, parece evidente que tal requisito subsiste, a partir da previsão implícita no *caput* do art. 74, que menciona a inviabilidade de competição como característica essencial deste tipo de contratação direta.

Nesse sentido, cabe reforçar, na esteira de Miranda (2021), que “a inexigibilidade de licitação é determinada, a *priori*, pela especificidade (ou singularidade) do objeto da contratação, que impõe que sua execução seja realizada por um profissional de notória especialização”. Assim, continua o professor, “é a singularidade do objeto que determina a sua realização por alguém que detenha notória especialização, e não o contrário”.

Nesse cenário, não é qualquer tipo de serviço advocatício que poderá ser contratado diretamente, por meio de inexigibilidade de licitação, mas apenas serviços

marcados pela singularidade e que, para além disso, como visto, sejam prestados por profissionais de notória especialização. Vejamos, mais uma vez, a doutrina de Miranda (2021):

“Não é possível presumir-se, portanto, que todos os aludidos serviços especializados de natureza predominantemente intelectual devam ser executados por um especialista, mas, tão-somente, aqueles que possuam características individualizadoras, em termos de complexidade e especificidade, que justifiquem a contratação direta.”

2.4 Precedentes jurisprudenciais do TCU e STF

No que tange à singularidade do serviço do objeto da contratação, há julgados do Tribunal de Contas da União (TCU) demonstrando a necessidade de comprovação desse requisito para que haja a inexigibilidade de licitação. Segundo o Tribunal, “na contratação por inexigibilidade, o objeto do serviço deve ter natureza singular, ser técnico especializado e o futuro contratado possuir notória especialização” (Súmula nº39, TCU).

Ademais, a Corte de Contas estabelece que “em procedimento de inexigibilidade de licitação para contratar a prestação de serviços técnicos especializados, o licitante que apresentar a relação do corpo técnico como elemento de justificativa da contratação ficará obrigado a garantir que os indicados realizarão os serviços objeto do contrato.” (Licitações e contratos – Orientações e Jurisprudências do TCU, 2010, página 620). Desse modo, não pode o vencedor da licitação indicar pessoa diversa para realizar o serviço contratado pela Administração, haja vista o requisito da singularidade ser inerente à pessoa contratada e indispensável para execução do serviço.

Ainda segundo o Tribunal de Contas da União, para que se configure a inexigibilidade de Licitação, “não basta somente que estejam presentes os serviços elencados na Lei, mas tendo natureza singular, a singularidade nele reconhecível seja necessária para o bom atendimento do interesse administrativo posto em causa, definitivamente justificado” (Acórdão 2560/2009 Plenário TCU).

Além disso, a Súmula 252 - TCU estabelece que “a inviolabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº8.66/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico de natureza especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida Lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.”

Corroborando, nesse sentido, o Acórdão 2142/2007, estabelecendo que “é necessária a demonstração da singularidade do objeto contratado para que a contratação por inexigibilidade seja legal”. Desse modo, o Colendo TCU entende ser imprescindível o aspecto da singularidade nos serviços elencados na Lei para que haja a contratação por inexigibilidade de licitação.

Ao analisar o Acórdão nº 1038/2011 – Plenário, TC -003.832/2008-7, rel. Min. subst. André Luís Carvalho, 20.04.2011, a Corte de Contas estabeleceu a “necessidade de se demonstrar, nas contratações diretas de serviço técnico profissional especializado de escritórios de advocacia, que tal serviço tenha características singulares (incomum, anômalo, não usual)”. Esse requisito da singularidade deve ainda estar associado, segundo o TCU, à condição de notória especialização do prestador do serviço.

Ainda conforme a Corte de Contas, “a contratação direta de serviço de advocacia, por inexigibilidade de licitação, demanda não só a demonstração da notória especialização do profissional ou do escritório escolhido, mas também a comprovação da singularidade do objeto da avença, caracterizada pela natureza excepcional,

incomum à praxe jurídica.” (acórdão, nº 3921/2012 – Segunda Câmara, TC 012.314/2002-6, rel. Min. José Jorge, 5/6/2012). Percebe-se que a Corte tem entendimento sedimentado, no âmbito de aplicação do antigo estatuto licitatório, no sentido da imprescindibilidade do requisito da singularidade para a contratação direta de serviços de advocacia pela Administração.

Já o Supremo Tribunal Federal (STF), em 2014, afirmou que a contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, era possível, com a presença dos seguintes requisitos: existência de procedimento administrativo e formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço; demonstração da inadequação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e cobrança de preço compatível com o praticado no mercado (STF, 1ª Turma. Inq 3074, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 26/8/2014). Para o STF, portanto, assim como para o TCU, o requisito da singularidade era indispensável para a inexigibilidade de contratação de serviço de advocacia pelo Poder Público.

Bem verdade que tais precedentes são anteriores à nova Lei de Licitações e Contratos. Contudo, recentemente, já na vigência da nova Lei de Licitações e da mudança no Estatuto da OAB, o Tribunal de Contas da União, ao analisar o acórdão 2797/2021 – Plenário, Rel. Ministro Carreiro, julgado em 24/11/2021, declarou a necessidade de se continuar demonstrando o requisito da singularidade do serviço prestado. Segundo o relator, da análise dos autos, infere-se que “a contratação de escritório de advocacia nos moldes delineados merece ser tida como viável, visto que é possível identificar no seu objeto requisitos da singularidade.”

O Supremo Tribunal Federal ainda não possui posicionamento firmado à luz da nova Lei de Licitações acerca da necessidade de comprovação do requisito da singularidade para a contratação direta de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação. A tendência, contudo, é que seja corroborado o entendimento construído com base na interpretação do antigo regime licitatório, no sentido de manter-se a exigência de comprovação da singularidade do serviço de advocacia para permitir a contratação direta, eis que tal singularidade, estando ou não expressa no texto da nova Lei, materializa a própria essência do instituto da inexigibilidade de licitação.

3. Conclusão

O presente ensaio abordou a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de serviços de advocacia à luz da nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021). Foi possível observar que, diferentemente do antigo Estatuto de Licitações, que previa expressamente o requisito da singularidade para a contratação direta por inexigibilidade, a nova Lei de Licitações não trouxe essa previsão de forma expressa.

Não obstante, entende-se que implicitamente o novo Estatuto de Licitações mantém a exigência de que o serviço de advocacia a ser contratado seja de natureza singular, nos termos do art. 74, *caput*, da nova Lei nº 14.133/2021. Não sendo um serviço de advocacia singular, a indicar fundamentadamente que a contratação direta é a forma mais adequada à consecução do interesse público, tem-se que o certame licitatório será obrigatório.

O *caput* do art. 74 da Lei nº 14.133/2021, como já referenciado, estabelece que é inexigível a licitação quando inviável a competição. Assim, se houver, no caso concreto, um serviço advocatício de natureza singular, prestado por um profissional de notória especialização, que se apresente como a melhor solução para a Administração Pública, estará configurada a impossibilidade de competição e, conseqüentemente, será admitida e, vale dizer, obrigatória, a contratação direta. Se, diferentemente, o serviço de advocacia não for marcado pela singularidade e, pois,

puder ser executado com a mesma qualidade por vários profissionais distintos, o princípio da obrigatoriedade de licitação impõe a realização de certame licitatório para a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Nessa perspectiva, examinou-se que o Tribunal de Contas da União, tanto em julgados antigos quanto em decisões recentes sobre o tema, entendeu que o requisito da singularidade é condição *sine qua non* para a contratação direta de serviços técnicos por meio de inexigibilidade de licitação.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou especificamente sobre a contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação após a entrada em vigor da nova Lei de Licitações. A tendência, no entanto, é que se mantenha a exigência de comprovação da singularidade do serviço de advocacia para permitir a contratação direta, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, com destaque para o princípio constitucional da obrigatoriedade de licitação, previsto no art. 37, XXI da Constituição de 1988.

Referências:

BRASIL (Constituição de 1988). **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17/09/2022.

BRASIL. **Lei nº 14039 de agosto de 2020**. Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), e o Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, para dispor sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.039-de-17-de-agosto-de-2020-272747881>. Acesso em: 5/01/23.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021: Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 17/09/2022.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 17/09/2022.

CALASANS JUNIOR, José. **Manual da Licitação**. Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559770298. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770298/>. Acesso em: 05/11/2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 6 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

GHIGNONE, Luciano Taques; TOURINHO, Rita. **Inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços advocatícios – limites e possibilidades**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 83, jan./mar. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2015.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Licitações e Contratos Administrativos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Inq 3074**, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 26/8/2014.

Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1038/2011 – Plenário**, julgado em 20.04.2011.

Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2142/2007**, julgado em 10/10/2007.

Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2797/2021 – plenário, Rel. Min. Raimundo Carreio**, julgado em 24/11/2021.

Tribunal de Contas da União. **Acórdão, nº 3921/2012** – Segunda Câmara, TC 012.314/2002-6, rel. Min. José Jorge, 5/6/2012.

Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos – Orientações e jurisprudências do TCU**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada: Senado Federal. Brasília, 2010.

Tribunal de Contas da União. **Súmula 39**. Disponível em: Tribunal de Contas da União (tcu.gov.br). Acesso em: 05/01/2023.

Tribunal de Contas de União. **Acórdão nº 2560/2009 Plenário TCU**, julgado em 4/11/2009.

Tribunal de Contas de União. **Súmula 252**. Disponível em: Tribunal de Contas da União (tcu.gov.br). Acesso em: 05/01/2023.