



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
ARTIGO CIENTÍFICO

**CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA  
CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS NA LEI 14.133/2021**

ORIENTANDO: RICARDO MORAIS MARTINS  
ORIENTADORA: PROF<sup>a</sup> MS. LARISSA DE OLIVEIRA COSTA BORGES

GOIÂNIA

2021

RICARDO MORAIS MARTINS

**CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA  
CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS NA LEI 14.133/2021**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II do curso de Direito da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO).

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Ms. Larissa de Oliveira Costa Borges.

GOIÂNIA-GO

2021

RICARDO MORAIS MARTINS

**CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA  
CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS NA LEI 14.133/2021**

Data da Defesa: 7 de dezembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

---

Orientadora: Profa. Ms. Larissa de Oliveira Costa Borges

Nota:

---

Examinador Convidado Prof<sup>a</sup> Ms. Alessandro Gonçalves da Paixão

Nota:

Este trabalho é dedicado a Deus, pois sem ele eu nada seria; aos meus pais, minha esposa e meu filho, o amor de vocês é o que me move. Muito obrigado!

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, a Deus, que me proporcionou a graça de ver meus objetivos alcançados.

Aos meus pais, minha esposa e meu filho Théo, pelos incentivos, apoio e amor incondicional.

A Universidade, professores, direção e administração, essenciais no meu processo de formação profissional, e por tudo que aprendi e passei nos últimos anos.

Aos meus colegas de curso, que convivi durante todo esse tempo, pela troca de experiência e companheirismo que permitiram o meu crescimento.

A todos que participaram, direta ou indiretamente, para a realização desse trabalho.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	<b>7</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1 CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO</b> .....	<b>9</b>
1.1 A INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO.....	10
1.2 DO AFASTAMENTO DO PRESSUPOSTO DA NATUREZA SINGULAR.....	11
1.3 DA NATUREZA PREDOMINANTEMENTE INTELLECTUAL.....	12
1.4 DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO.....	13
<b>2 OUTROS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA A CONTRATAÇÃO</b> .....	<b>15</b>
2.1 RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE CONTRATANTE X CONTRATADO.....	15
2.2 OUTRAS CONDIÇÕES PARA A LEGITIMAÇÃO NA CONTRATAÇÃO.....	16
<b>3 POSICIONAMENTO DE INSTITUIÇÕES E TRIBUNAIS</b> .....	<b>17</b>
3.1 DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO CONAMP.....	17
3.2. DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.....	18
3.3 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU.....	19
3.4 DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	19
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>20</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>21</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>22</b>

## CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS NA LEI 14.133/2021

Ricardo Morais Martins<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente trabalho é o resultado de um estudo sobre contratação direta pela Administração Pública de serviços advocatícios através da inexigibilidade de licitação. Em razão de inúmeros conflitos de ordem jurisprudencial e doutrinária, e, também, de questionamentos de órgãos de controle externo, este tema foi definido. É abordado, inicialmente, os conceitos de inexigibilidade de licitação, seu embasamento legal, os requisitos da sua motivação e as definições de cada requisito. Evidenciou-se a existência de pressupostos secundários e a posição de algumas instituições sobre o tema. Apresenta a Lei nº 14.133/2021, que o legislador, propositalmente, buscou a atualização da Administração Pública, consolidando em única legislação o regime jurídico no que tange a licitações e contratos, e até, criando novas modalidades de licitações. Ao final, conclui-se pela possibilidade/viabilidade da contratação, por inexigibilidade de licitação, de serviços advocatícios, existindo, é claro, motivação, formalidade, justificativa de preço, preenchidos o requisito da notória especialização do contratado (singularidade subjetiva).

**Palavras-chave:** Inexigibilidade de licitação; Contratação direta; Notória especialização.

### INTRODUÇÃO

A contratação direta pela Administração Pública de serviços advocatícios apresenta grande conflito na doutrina e na jurisprudência. Essa conjuntura de insegurança jurídica gera inúmeros desdobramentos, tanto para contratantes como para contratados, junto aos órgãos de controle externo, como por exemplo: ações de improbidade administrativa, chegando até à ações penais, e ainda, as tomadas de contas especiais junto a Tribunais de Contas.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGO).

O amparo legal para a contratação direta, via inexigibilidade de licitação, está evidenciado nos art. 25, II, c/c com o art. 13, V, da Lei nº 8.666/93, baseando-se nos requisitos de notória especialização do prestador e da natureza singular do objeto, sendo o primeiro despertado no elemento/pressuposto da confiança entre contratantes, visto que o problema concreto pode estar no conhecimento e desempenho pessoal do contratado; e o segundo, na presunção de que todos os serviços advocatícios são singulares, já que o profissional é provado pelo rigoroso exame da Ordem dos Advogados do Brasil e da prerrogativa constitucional de defensor da justiça, e pelo art. 74, III, e, da Lei nº 14.133/2021, baseando-se na natureza dos serviços “predominantemente intelectual” com profissionais ou empresas de notória especialização.

É evidente, então, extremamente necessário desenvolver estudos sobre a possibilidade da contratação direta dos serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação, bem como indicar a imprescindibilidade da relação de confiança entre contratante e contratado, a discricionariedade própria da Administração Pública, em razão da natureza do serviço, o que dificulta a competição licitatória.

Neste trabalho científico busca-se, amparando-se no aspectos subjetivo e objetivo da contratação e indicar, também, os pressupostos necessários para a licitude da contratação.

A pesquisa bibliográfica se mostra indispensável, considerando que fornece estudo teórico, embasado na lei e na jurisprudência, de onde são extraídas informações sobre os objetivos e discussões, visando sanar a insegurança jurídica encontrada.

O trabalho é estruturado em três seções, sendo a primeira delas a respeito dos conceitos de inexigibilidade de licitação, seu embasamento jurídico, os requisitos de sua motivação/autorização e as definições de cada requisito.

Na segunda seção é tratado sobre a existência de outros pressupostos necessários para a contratação direta que, também, condicionam a validade do processo, a relação de confiança entre contratante e contratado, outras condições para a legitimação da contratação

Já na terceira seção é tratado sobre o posicionamento do Conselho Nacional do Ministério Público (CONAMP) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Por fim, a possibilidade da contratação direta dos serviços advocatícios é a conclusão que se pretende chegar, preenchidos todos os requisitos autorizadores, e



ainda, a observância de outras condições no que tange a forma, motivação e justificativa do preço.

## 1 CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Previamente, é importante salientar que a inexigibilidade de licitação ocorre quando há inviabilidade de competição, ou seja, quando é afastada qualquer possibilidade de concorrência. Segundo Marçal Justen Filho (2019, p. 595), a inviabilidade de competição, por suas causas, é classificada em dois grupos:

Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado (sem grifo no original).

Na segunda categoria, podem existir inúmeros sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz o interesse público. O problema de inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou da peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas (sem grifo no original).

Em relação à inexigibilidade de licitação, ainda, conclui-se que não há como prever as hipóteses em que são inviáveis a competição, já que o art. 25, “caput” da Lei nº 8.666/93, apenas, afirma ser inexigível a licitação quando existe inviabilidade de competição, exemplificando três situações enumeradas em seus incisos:

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

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

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;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

As discussões sobre a existência de qualquer possibilidade dos serviços advocatícios serem contratados pela Administração Pública, via inexigibilidade de licitação, estão amparadas no artigo 25, inciso II, da Lei 8.666/93, que faz remeter, então, a listagem do artigo 13 da referida Lei, que lá cataloga, em seus incisos, os serviços técnicos profissionais especializados, dentre eles os advocatícios:

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;

Na mesma direção caminha a Lei nº 14.133/2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que em seu art. 74, III, e, assim versa:

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:

(...)

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

O tema sempre casou polêmica, esteve envolvido em controvérsia e merece adequação. Existiram e, ainda, existem inúmeras ações judiciais movidas pelo Ministério Público, visando a responsabilização administrativa, civil e até criminal dos gestores e dos advogados, e processos de tomadas de contas especiais instaurados por Tribunais de Contas, em razão da possível irregularidade na contratação direta, como, por exemplo, o processo nº 5057917-02.2019.8.09.0000 que tramita no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, na esfera cível, e o processo de tomada de contas nº 036.440/2019-1 que tramita no Tribunal de Contas da União (TCU).

Verificar-se-á que os serviços advocatícios motivam a inexigibilidade de licitação em razão do objeto, e faz-se necessário a existência de requisitos fundamentais e peculiares, que vão além da inviabilidade de competição, tal qual: a notória especialização do contratado quando a contratação.

A inviabilidade de competição é o pressuposto principal para a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública.

## 1.1 A INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO

O argumento da inviabilidade de competição está presente na atividade da advocacia, respaldado pela singularidade da natureza do exercício e na obrigação do atendimento ao Poder Público visando a coletividade.

Os serviços advocatícios motivam a contratação direta por inexigibilidade em razão do seu objeto, mas, como fundamentação, ainda, pode ser utilizado o princípio da confiança.

A inviabilidade de competição, embora exista para contratação de outros profissionais amparada no caput do art. 25 da Lei nº 8.666/93 e no caput do art. 74 da Lei nº 14.133/2021, para o caso do profissional de advocacia, a hipótese está prevista, de forma expressa, no inciso II do art. 25 da primeira Lei e no inciso III do art. 74 da Lei mais recente.

Faz-se necessário, para a contratação de serviços advocatícios, o cumprimento da formalidade para que constitua contratação direta por inexigibilidade de licitação: a notória especialização, que torna inviável a competição; e a existência de procedimento formal.

## 1.2 DO AFASTAMENTO DO PRESSUPOSTO DA NATUREZA SINGULAR

Cumpre-se ressaltar que a natureza singular é do serviço, não dos capazes de executá-los. Trata-se de uma situação incomum e impossível de ser enfrentada por todo e qualquer profissional especializado. É diferente de exclusividade, já que o serviço singular pode ser realizado por diversos profissionais dentro do seu ofício e terá características individuais de quem o presta.

Desta forma, Justen Filho (2019, p. 613) assevera:

[...] a natureza singular resulta da conjugação de dois elementos, entre si relacionados. Um deles é a excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita. O outro é a ausência de viabilidade de seu atendimento por parte de um profissional especializado padrão.

Ao termo 'singular' que aparece no artigo 25, II da Lei nº 8.666/93 apesar de constar apenas no referido inciso, é possível atribuir outros sentidos quando da contratação pela Administração Pública. Pode ser tratado como único, particular e especial; como incomparável e impossível de se julgar por critérios objetivos; como de complexidade especial e extraordinária, o que torna menor o risco quando prestado por prestador especializado; e como peculiar em relação à pessoa que reúne características pessoais que o individualiza.

Destaca Mauro Roberto Gomes de Mattos (2002, p. 512):

A singularidade dessa prestação de serviços está fincada nos conhecimentos individuais de cada profissional da Advocacia, impendido, portanto, que a aferição da competição seja plena, pois não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas. [...] vamos mais além por entender que a singularidade do advogado está obviamente interligada a sua capacitação profissional, o que de certa forma inviabiliza o certame licitatório pelo fato de não ser aferido o serviço pelo preço ofertado.

Mello (2015, p. 559) afirma que:

Todos estes serviços se singularizam por um estilo ou por uma orientação pessoal. Note-se que a singularidade mencionada não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicos.

Evidentemente, o que entra em causa, para o tema da licitação, é a singularidade relevante, ou seja: cumpre que os fatores singularizadores de um dado serviço apresentem realce para a satisfação da necessidade administrativa. Em suma: que as diferenças advindas da singularidade de cada qual repercutam de maneira a autorizar a presunção de que o serviço de um é mais indicado do que o serviço de outro.

Acontece que o pressuposto da singularidade da regra mais antiga, mesmo sendo utilizado a vários anos, foi excluído do novo texto normativo para a contratação direta de serviços advocatícios, já que o caso de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas é atividade exclusiva do advogado.

### 1.3 DA NATUREZA PREDOMINANTEMENTE INTELECTUAL

O requisito da natureza predominantemente intelectual é a uma das inovações trazidas pela Lei nº 14.133/21. A natureza singular do serviço não é mencionado expressamente na nova Lei de Licitações, como era na Lei nº 8.666/93, sendo substituído pela natureza predominante intelectual.

A lei nº 14.133/21, precisamente no art. 6º, XVIII, considera que os serviços de natureza predominante intelectual são aqueles trabalhos realizados nos seguintes termos:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XVIII - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias;
- d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

#### Segundo, LEITE (2021):

A predominância do componente intelectual é requisito residual. Ou seja, se houver inviabilidade de competição fática ou jurídica e a comprovação da “notória especialização” por parte do contratado teremos quase com certeza a possibilidade de contratação direta ante a relativa fluidez e subjetividade da expressão “natureza intelectual preponderante”, afinal quase todos os serviços detêm de uma forma ou de outra algum componente intelectual na sua especificação.

Nota-se que os serviços advocatícios se encaixam, perfeitamente, na hipótese da alínea “e” do inciso e artigo acima citados.

#### 1.4 DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

A notória especialização, com o novo texto normativo, é a questão a ser observada. Seu conceito está atrelado a singularidade subjetiva, ou seja, vinculada à seleção do profissional a que será contratado.

A notória especialização do profissional a ser contratado é requisito para a declaração da inexigibilidade e justificar a contratação direta.

A Lei nº 8.666/93, no §1º do art. 25, remete ao que deve ser considerado quanto à notória especialização:

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

[...]

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

A Nova Lei nº 14.133/2021, no art. 6º, XIX, reproduz o conceito de notória especialização com o mesmo texto expresso na Lei nº 8.666/93:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XIX - notória especialização: qualidade de profissional ou de 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, permite inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato;

O objeto complexo exige que somente pessoas de alta qualificação sejam escolhidas pela Administração Pública, e que sejam evitados profissionais não qualificadas para a execução desses serviços. Os dispositivos legais exigem o cumprimento do requisito de notória especialização.

Assim entende Justen Filho (2019, p.617):

A especialização consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade. Isso se traduz na existência de elementos objetivos ou formais, tais como a conclusão de cursos e a titulação no âmbito de pós-graduação, a participação em organismos voltados a atividade especializada, o desenvolvimento frutífero e exitoso de serviços semelhantes em outras oportunidades, a autoria de obras técnicas, o exercício de magistério superior, a premiação em concursos ou a obtenção de láureas, a organização de equipe técnica e assim por diante. Não há como circunscrever exaustivamente as evidências da capacitação objetiva do contratado para prestar o serviço. O tema dependerá do tipo e das peculiaridades do serviço técnico-científico, assim como da profissão exercitada. O que não se dispensa é a evidência objetiva da especialização e qualificação do escolhido.

Conceitua, assim, Joel de Menezes Niebuhr (2015, p.172):

A expressão notória especialização costuma ser interpretada de molde a exigir alguém bastante conhecido em seu meio, afamado, que goze, como o próprio nome indica, de notoriedade.

Assim, a Administração Pública confia ao contratado, em razão da sua confiança, a satisfação integral do serviço, já que com a sua notória especialização poderá satisfazer a demanda de forma satisfatória.

## **2 OUTROS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA A CONTRATAÇÃO**

A contratação, por via direta, dos serviços advocatícios pela administração pública, além do suporte na notória especialização, exige na seleção do contratado um grau elevado de confiança, o que é subjetivamente incapaz de ser medido pelos critérios do procedimento licitatório, e só deve acontecer através de um procedimento administrativo formal motivado que demonstre a compatibilidade do preço praticado quando comparado a casos semelhantes.

### **2.1 RELAÇÃO DE CONFIANÇA ENTRE CONTRATANTE X CONTRATADO**

A confiança depositada pelo contratante no seu contratado, no caso, seu advogado, é característico e subjetivo da relação e da profissão.

Toda controversa está na definição do papel que a confiança se encaixa como pressuposto para a permissão de contratação direta de advogados pela Administração Pública. Ela, sozinha, pode justificar a inexigibilidade do dever de licitar ou deve ser admitida a sua relevância em conjunto com outros requisitos definidos em lei.

O Enunciado 39/2011 da Súmula do Tribunal de Contas da União admite a utilização da confiança como parte característica à contratação de serviços técnicos profissionais especializados, mas, com a condição do cumprimento dos requisitos legais:

SÚMULA TCU 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 objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. (sem grifo no original).

O ex-ministro do STF, Eros Grau (1995), leciona que o profissional contratado deve ser escolhido de acordo com o grau de confiança depositado pela Administração Pública, mesmo que exista outros profissionais aptos a realizarem o trabalho:

Impõe-se à Administração, isto é, ao agente público destinatário dessa atribuição, o dever de inferir qual o profissional ou empresa cujo trabalho é essencial e indiscutivelmente, o mais adequado àquele objeto. Note-se que embora o texto normativo use o tempo verbal presente (“é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato), aqui há prognóstico, que não se funda senão no requisito da confiança. Há intensa margem de discricionariedade aqui, ainda que o agente público, no cumprimento daquele dever de inferir, deva considerar atributos de notória especialização do contratado ou contratada.

Portanto, a utilização da relação de confiança trata-se de posição razoável, já que concede ao contratante/administrador alguma margem de escolha, atendendo os requisitos legais, sem qualquer prejuízo em assumir tal postura.

## 2.2 OUTRAS CONDIÇÕES PARA A LEGITIMAÇÃO NA CONTRATAÇÃO

Para os procedimentos de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade, inclusive os de serviços advocatícios, imprescindível é sua instrução com a instauração de processo administrativo, de acordo com a nova Lei nº 14.133/2021, assim como era na Lei nº 8.666/93. O artigo 72 da nova Lei assim dispõe:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.



Existe, portanto, previsão expressa legal que vincula a necessidade de instauração de processo administrativo, e deve ser similar a qualquer contratação que decorra de um procedimento licitatório normal.

Outro fator preponderante, também, está explicitado no dispositivo legal acima: a justificativa do preço. A justificativa do preço é essencial para se comprovar que o valor contratado está compatível com o valor praticado no mercado.

Deve-se entender que a contratação não precisa estar amparada de forma decisiva ao preço, mas deve ser necessariamente justificado o preço acordado, comprovando a vantagem da contratação.

Do entendimento do Tribunal de Contas da União, destaca-se:

Quanto ao preço é certo que, mesmo nos casos de contratações diretas, deve ser justificado, a teor do art. 26, III, da Lei 8.666/93. Ressalta-se que este Tribunal tem entendido que a apresentação de cotações junto ao mercado é a forma preferencial de se justificar o preço em contratações sem licitação (dispensa de licitação), devendo ser cotadas, no mínimo, 3 propostas válidas de empresas do ramo; ou, caso não seja viável obter esse número de cotações, deve-se apresentar justificativa circunstanciada (Informativo TCU 188/2014). E, nos casos de inviabilidade de competição este Plenário se manifestou, conforme subitem 9.1.3 do Acórdão 819/2005, no sentido de que, para atender o disposto no inciso III do art. 26 da Lei de Licitações, poder-se-ia fazer uma comparação entre os preços praticados pelo fornecedor exclusivo junto a outras instituições públicas ou privadas (Acórdão 1.565/2015, rel. Min. Vital do Rêgo). (sem grifo no original)

Ademais, através da Orientação Normativa nº 17, a Advocacia-Geral da União (AGU), assim, também, já manifestou:

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

Logo, o preço deve ser compatível com o praticado no mercado, sob pena de restar caracterizado o 'superfaturamento', estando contratante e contratado sujeitos as responsabilizações solidárias administrativas, civis e penais.

### 3 DO POSICIONAMENTO DE INSTITUIÇÕES E TRIBUNAIS

#### 3.1 DO CONAMP E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) (2020), através da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6569 tendo por objeto a Lei nº 14.039, de 17 de agosto de 2020, sustenta que a contratação direta dos serviços de advocacia pela Administração Pública, via inexigibilidade de licitação, viola o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que estabelece o dever de licitar sempre que for realizar obras, serviços e alienações a Administração Pública.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) possui a recomendação nº 36 que diz que a contratação direta de advogados pela Administração Pública através do procedimento de inexigibilidade de licitação, intrinsecamente, não deve ser considerado como ato ilícito ou improbo.

Em razão de inúmeras denúncias em razão de possíveis atos de improbidade administrativas que vinham sendo apresentadas ao Ministério Público, o CNMP através do relator Luís Fernando Bandeira de Mello, no Procedimento Administrativo nº 1.00313/2018-77 de autoria da Associação Paraibana de Advogados Municipalistas (APAM), manteve o mesmo entendimento suspendendo todas as recomendações pelo Ministério Público da Paraíba (MP-PB) sobre a contratação de serviços advocatícios por municípios paraibanos.

#### 3.2 DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2012) fundamenta a valorização profissional do advogado, visando a mercantilidade de uma atuação profissional dotada de intelectualidade e capacidade. Assunto até já sumulado pelo Conselho Pleno, com a seguinte redação:

SÚMULA Nº 4/2012/COP: ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória

especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal. (sem grifo no original).

Em que pese os posicionamentos das renomadas instituições nacionais em vertentes contrárias, o posicionamento da entidade máxima de representação dos advogados brasileiros prevalece como mais adequado. A edição da nova Lei nº 14.133/2021, que trouxe a inovação de que os serviços de natureza predominantemente intelectual com profissionais de notória especialização podem ser contratados diretamente, gera a chamada segurança jurídica, reconhece o quanto é importante o trabalho desenvolvido pelos advogados e flexibiliza os requisitos para a celebração do contrato.

### 3.3 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU

Quanto ao Tribunal de Contas da União, destaca-se que o entendimento sobre a possibilidade da contratação de serviços técnicos advocatícios através de inexigibilidade de licitação encontra-se simulado por meio do Enunciado 252 da Súmula do TCU, segundo a qual:

SÚMULA TCU 252: 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.

Portanto, não há que se questionar a possibilidade da contratação direta de advogados, desde que cumpridos os requisitos legais necessários, segundo o entendimento do TCU, visto que a súmula acima encontra-se em vigor e é utilizada, atualmente, como motivação nos julgamentos realizado por aquela Corte de Contas.

### 3.4 DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem considerado que a jurisprudências do colegiado e, também, das turmas, já se firmou no sentido da possibilidade da

contratação direta de advogados através da inexigibilidade de licitação quando cumpridos os requisitos de singularidade do serviço, da inviabilidade de competição e da notória especialização.

A Primeira Turma do STJ em julgamento recente do Agravo em Recurso Especial nº 1426621 – SP (2019/0004668-6), negou provimento ao agravo interno interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. EXCEPCIONALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista (Enunciado Administrativo 3 do STJ). 2. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Seção de Direito Público deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de serem imprescindíveis à contratação de advogado com inexigibilidade de licitação os requisitos da singularidade do serviço e da inviabilidade da competição. 3. Hipótese em que a Corte de origem, ao afastar a prática da conduta ímproba, reconheceu que o conjunto probatório foi hábil a demonstrar a notória especialização e singularidade dos serviços de advocacia prestados pelo escritório de advocacia, de modo que, na hipótese, o acolhimento da pretensão recursal para modificar tal entendimento implicaria necessariamente o reexame do conjunto fático-probatório, impossível na via estreita do recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7 do STJ. 4. Agravo interno desprovido. (STJ, AgInt no AREsp: 1426621 SP 2019/0004668-6, 2020)

O Supremo Tribunal Federal (STF) formou maioria para dar provimento à Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 45, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). A referida ação foi excluída, em 04 de novembro de 2021, do calendário de julgamento pelo Presidente do STF da sessão do dia 10 de novembro de 2021.

Em seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso confere interpretação conforme a Constituição Federal aos arts. 13, V e 25, II, da Lei nº 8.666/93, para que se entenda que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além os critérios de notória especialização, natureza singular do serviço e a existência de procedimento administrativo formalizado, ainda deve ser observados a inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público e a cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.

Portanto, o entendimento da maioria dos ministros do STF é que a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios é plenamente possível, cumprindo todos os requisitos legais.

## **CONCLUSÃO**

A atuação da Administração Pública e as atividades realizadas pelos agentes públicos são orientadas por princípios e regras que são expressos de forma clara no texto constitucional. O princípio do dever de licitar tem por objetivo garantir a melhor proposta ou mais vantajosa para a Administração Pública.

Acontece que esse princípio da licitação não deve ser considerado absoluto, e pode ser atenuado considerando cada caso. E a contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública é uma dessas hipóteses. Para isto, o serviço deve ter a sua natureza predominantemente intelectual amparados a notória especialização do contratado.

A nova lei nº 14.133/21, a chamada Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que após dois anos de sua publicação oficial revogará a Lei nº 8.666/93, para evitar as complicações introduzidas pela Lei que será revogada, em seu artigo 74, não trata mais da natureza do serviço como singular, e sim como predominantemente intelectual, o que torna mais fácil de se demonstrar uma característica do objeto e/ou da natureza, não afastando a possibilidade dos serviços de rotina e comuns da possibilidade serem contratados diretamente por inexigibilidade de licitação.

Portanto, existem condições de validade para o procedimento de contratação direta.

## **ABSTRACT**

The present work is the result of a study on direct contracting by the Public Administration of legal services through the non-enforceability of a bid. Due to numerous conflicts of a jurisprudential and doctrinal order, as well as questions from external control bodies, this topic was defined. Initially, the concepts of unenforceability of bidding, its legal basis, the requirements of its motivation and the definitions of each requirement are addressed. The existence of secondary assumptions and the position of some institutions on the subject were evidenced. It presents Law No. 14.133/2021, which the legislator purposely sought to update the Public Administration, consolidating into a single legislation the legal regime with regard to tenders and contracts, and even creating new modalities of tenders. In the end, it is concluded that the possibility/feasibility of contracting, due to the unenforceability of bidding, of legal

services, existing, of course, motivation, formality, price justification, fulfilling the requirement of notorious specialization of the contractor (subjective uniqueness).

**Keywords:** unenforceability of bidding; direct contracting; notorious specialization.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei 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 e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1993. Disponível em <<http://planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2021. Disponível em <<http://planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Súmula 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 objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/sumula/%22SUMULA-EJURIS-18265%22>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Advocacia Geral da União. **Orientação Normativa nº 17**. A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos. Disponível em: <<https://antigo.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/189178>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Ordem dos Advogados do Brasil. **Súmula 04/20112-COP**. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula-04-2012-COP.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Pedido de reexame TC nº 031.478/2011-5**. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Brasília, 24 de Junho de 2015. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao->

completo\*/NUMACORDAO%253A1565%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 20 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Interno**, AREsp nº 1426621 - SP (2019/0004668- 6). Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 15 de outubro de 2020. Disponível em <[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201900046686&dt\\_publicacao=18/12/2020](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900046686&dt_publicacao=18/12/2020)> . Acesso em 19 ago. 2021.

CANNIZA, Matheus Bene. **A contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública**. 2021. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2021-jul-31/cannizza-contratacao-servicos-advocaticios-administracao>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 8.666/1993. 18ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

GRAU, Eros Roberto. **Licitação e Contrato Administrativo**: estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros, 1995.

LEITE, Celio. **A Lei 14.133/21 e os serviços de natureza predominantemente intelectual. Inexigibilidade de licitação. Comparação com a lei 8.666/93. Julgado do STF**. 2021. Disponível em < <https://pt.linkedin.com/pulse/lei-1413321-e-os-servi%C3%A7os-de-natureza-intelectual-licita%C3%A7%C3%A3o-leite>>. Acesso em: 29 nov. 2021.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Contratação Direta dos Serviços Advocatícios**, in *O contrato Administrativo*, 2 ed. [S.I.]: Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

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

MOTTA, Fabrício. **A nova lei de contratação direta de serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação**. 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-set-03/interesse-publico-lei-contratacao-direta-servicos-advocacia-inexigibilidade-licitacao>>. Acesso em: 18 set. 2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015