

# A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços jurídicos à luz da nova Lei de Licitações

(Tatiana Camarão e Maria Fernanda Pires)

Disponível em:

<https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/04/07/a-inexigibilidade-de-licitacao-para-a-contratacao-de-servicos-juridicos-a-luz-da-nova-lei-de-licitacoes/>

No dia 1º de abril foi publicada a Lei nº 14.133/2021, novo marco regulatório das contratações públicas e várias dúvidas têm sido levantadas com relação a possibilidade de contratação direta de serviços jurídicos por meio da inexigibilidade de licitação, já que fixada outra configuração para o enquadramento das hipóteses exemplificativas elencadas no art. 74, sem a exigência da demonstração da singularidade do objeto.

Considerando que esse modal de contratação se tornou assunto instigante e tem sido pano de fundo para o contínuo ajuizamento de ações de improbidade administrativa pelo Ministério Público, torna-se imprescindível para a adequada aplicação da norma sua perfeita compreensão considerando o novo cenário.

Segundo o art. 74, inciso III, da nova lei, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial nos casos de:

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

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

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

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

(...)

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; (...)

O § 3º desse artigo estabelece que a notória especialização do profissional ou da empresa será demonstrada pela especialidade no campo de atuação que vai decorrer de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, que permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

A lei, também, deixa assentado que nessas contratações é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade (art. 74, § 4º).

Como já dito, a nova lei excluiu da hipótese de incidência da inexigibilidade de licitação, a necessidade de demonstração de que o serviço deva possuir natureza singular, atenuando as interpretações equivocadas com relação a aplicação dessa expressão, que passou a ser considerada como algo raro e exclusivo.

Em verdade, um serviço singular é aquele que demanda do seu prestador conhecimento aprofundado e, por isso, trata-se de atividade diferenciada, mas jamais única ou exclusiva.

A propósito o Ministro Dias Tóffoli já se manifestou sobre o tema, pontuando que serviços singulares são aqueles que demandam “primor técnico diferenciado, detido por pequena ou individualizada parcela de pessoas, as quais imprimem neles características diferenciadas e pessoais. Trata-se de serviços cuja especialização requer aporte subjetivo, o denominado ‘toque do especialista’, distinto de um para outro, o qual os qualifica como singular, tendo em vista a inviabilidade de comparar com objetividade a técnica pessoal, a subjetividade, a particular experiência de cada qual dos ditos especialistas, falecendo a possibilidade de competição” 1.

A retirada da singularidade como elemento essencial para efeito de enquadramento na hipótese de inexigibilidade de licitação não pode ser desconsiderada pelos aplicadores do direito. Tem uma razão de ser. O legislador infralegal teve o firme propósito de deixar claro que o serviço não precisa ser único, tampouco complexo ou exclusivo, mas, sim, que ele demanda do seu executor conhecimento, habilidade e aptidão específica, adequada e, de plano, comprovável.

No que diz respeito aos serviços jurídicos, outra não deve ser a orientação, devendo qualquer outra interpretação ser combatida com veemência.

Não há dúvidas de que a contratação de serviços jurídicos pode e deve ser enquadrada como inexigibilidade por inviabilidade de competição, pois, em tese, podem haver dois ou mais juristas tão qualificados quanto para a pretendida solução, não sendo possível compará-los, seja em razão do preço do serviço ou em razão de técnica.

Como estabelecer a competição se cada causídico tem sua habilidade e destreza técnica próprias? Como comparar a natureza do trabalho por eles prestado, dada a subjetividade do objeto? É inegável que o êxito de um processo judicial ou administrativo depende da condução do seu patrocinador, e não apenas do valor proposto. Por isso, a confiança na qualidade da execução do serviço também exterioriza a dificuldade de

estabelecer critérios objetivados de escolha, elemento essencial para justificar a licitação.

Outro elemento a fortalecer a tese de inviabilidade de competição da contratação de serviços jurídicos e que não pode ser desconsiderado diz respeito ao requisito confiança, que é premissa atrelada a escolha do prestador de serviço para se buscar o que é melhor para o poder público.

O Supremo Tribunal Federal também considera a confiança um elemento impactante para caracterização da inviabilidade. Vejamos:

**EMENTA: I. Habeas corpus: prescrição: ocorrência, no caso, tão-somente quanto ao primeiro dos aditamentos à denúncia (L. 8.666/93, art. 92), ocorrido em 28.9.93. II. Alegação de nulidade da decisão que recebeu a denúncia no Tribunal de Justiça do Paraná: questão que não cabe ser analisada originariamente no Supremo Tribunal Federal e em relação à qual, de resto, a instrução do pedido é deficiente. III. Habeas corpus: crimes previstos nos artigos 89 e 92 da L. 8.666/93: falta de justa causa para a ação penal, dada a inexigibilidade, no caso, de licitação para a contratação de serviços de advocacia. 1. A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia. 2. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais que da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º).**

Por fim, outro ponto caracterizador da inviabilidade de licitação diz respeito a segurança quanto à sua boa execução, questão não mensurável, a ratificar a impossibilidade de competição e sepultar qualquer dúvida quanto à legalidade do enquadramento dos serviços advocatícios na hipótese de inexigibilidade.

Superada a questão da exigência da demonstração da singularidade do serviço como elemento caracterizador da contratação direta por inexigibilidade de licitação, faz-se importante destacar que a nova lei fez referência, no seu art. 8º, § 4º, acerca da possibilidade de contratação de empresa ou profissional especializado, por prazo determinado, para assessorar os agentes públicos responsáveis pela condução da licitação, quando envolver bens ou serviços especiais cujo objeto não seja rotineiramente contratado pela Administração.

Como se pode ver, a lei traz o contorno de avaliação que deve ser considerado para efeito de aplicação da norma, isto é, descobrir se o serviço é rotineiro ou comum para efeito de desqualificá-lo como passível via contratação direta.

A questão que se coloca é saber o que é habitual ou não na unidade administrativa. Um determinado serviço pode se apresentar trivial para um ente público e incomum para outro, a exemplo de uma concessão de serviço público que pode ser trivial para um município de grande porte e complexo para um município menor.

E tem mais: há serviços que muita embora sejam rotineiros têm especificidades que fogem a categoria de atividade comum e típica da organização. Um bom exemplo são os novos procedimentos e estruturas previstas na nova lei, como o diálogo competitivo e a central de compras.

Até mesmo a adequação dos órgãos e entidades públicas à nova lei pode demandar apoio de consultoria jurídica especializada, já que o corpo próprio de procuradores, muitas vezes, não detém o conhecimento abrangente, sistêmico e aprofundado que se faz necessário para implantação das regras, sistemas, programas e processos estabelecidos pela novel legislação.

Não dá para argumentar, ainda, que a existência de um corpo de advogados públicos disponíveis não permite a contratação direta. A bem

da verdade, o art. 74, §3º, é no sentido de que todo e qualquer serviço advocatício, que pode envolver consultoria técnica, parecer, ou patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, pode ser contratado de modo direto, desde que respeitada a hipótese de notório saber do profissional ou sociedade contratada. O referido artigo não diz que o órgão ou entidade que possuir corpo próprio de advogados não possa se valer da inexigibilidade.

Segundo voto da lavra do Ministro Dias Toffoli, no Recurso Extraordinário nº 656.558, a administração pública pode contratar advogados sem licitação, quando houver real necessidade e nenhum impedimento legal, mesmo se tiver procuradores concursados.

Uma outra situação que desponta diz respeito à retração econômica, crise fiscal e reforma da previdência, que acabaram comprometendo a estrutura das procuradorias e contratação de novos servidores e realização de concursos, gerando exiguidade de pessoal para execução das atividades próprias da área e necessidade de apoio de consultoria jurídica.

Não se pode também desconsiderar as diversidades regionais e sobretudo municipais em um país de dimensões continentais, com mais de 5000 municípios com realidades tão distintas, submetidos de igual modo a uma mesma lei de aplicação nacional.

Como podemos ver são inúmeros os fatores e trabalhos de envergadura que poderão ensejar a necessidade da contratação direta de empresas ou profissionais de notória especialização para consultoria jurídica: complexidade ou especificidade da matéria, local da prestação do serviço, grau de jurisdição, ausência de profissionais com conhecimento e expertise para realizar o serviço.

É importante destacar que a nova lei prevê um ambiente propício e fértil para estimular a governança nas contratações, com vistas a melhoria na eficiência da aplicação dos recursos públicos e, conseqüentemente, a

oferta de mais e melhores serviços públicos à sociedade[1]. Dessa feita, a implantação da governança, pressupõe uma nova forma de olhar a administração, visando a implantação de estruturas e aperfeiçoamento qualitativo dos processos de contratações[2], que demandará consultoria específica para adequar a organização à nova lei no prazo de até 2 anos[3] a contar da publicação oficial.

Por fim, é importante alertar que esse novo olhar para as contratações diretas como instrumento de aperfeiçoamento dos resultados das contratações públicas deve ser considerado e aplicado na análise perceptiva dos órgãos de controle evitando que esse tipo de contratação gere insegurança aos gestores públicos que têm medo de adotar medidas que possam gerar consequências gravosas no âmbito administrativo e judicial, tais como processo administrativos e ações de improbidade administrativa.

A bem da verdade, esse olhar sistêmico e casuístico, que não a mera aplicação seca da lei, já vem sendo exigido desde a entrada em vigor da LINDB, ora reforçado pelo novo diploma legal das licitações e contratações públicas.

Como podemos ver, a contratação de consultoria jurídica por inexigibilidade de licitação é possível e necessária para serviços especializados, no intuito de que órgãos e entidades públicas regulamentem os dispositivos da nova lei que assim o exigem e implementem as mudanças determinadas, conseguindo avançar e progredir no atendimento do seu desiderato último que é o interesse público.