

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

BARBARA DE OLIVEIRA CARTAXO

A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA

São Paulo

2021

BARBARA DE OLIVEIRA CARTAXO

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

ORIENTADOR: REINALDO MOREIRA BRUNO

São Paulo

2021

BARBARA DE OLIVEIRA CARTAXO

A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro a Deus por ter me mantido na trilha certa durante este trabalho de conclusão de curso com saúde e forças para chegar até o final.

Aos meus pais Rose e Enoque que sempre estiveram ao meu lado me apoiando ao longo de toda a minha trajetória, sendo eles os pilares da minha formação como ser humano.

Agradeço ao meu orientador Reinaldo Bruno por aceitar conduzir o meu trabalho de pesquisa. Obrigada por me manter motivada durante todo o processo.

A todos os meus professores do curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie pela excelência da qualidade técnica de cada um.

A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

BARBARA DE OLIVEIRA CARTAXO

Resumo: A administração pública deve exercer um trabalho voltado para o interesse coletivo. Para realiza-lo com eficiência é necessário à contratação de bens e serviços fornecidos por terceiros, através da licitação. Porém existem algumas possibilidades envolvendo a contratação direta, quando se percebe a singularidade do produto contratado há dispensa ou inexigibilidade de licitação, sendo inexigível quando inviável a competição. Em 2020 foi promulgada uma lei (14.039) que dispõe sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade e seus efeitos. Recentemente foi publicada a Lei nº 14.133/2021 que estabelece o novo regime jurídico das licitações e contratações da Administração Pública.

Palavras chaves: inexigibilidade; licitação; contratação; advogados;

Abstract: The public administration must perform a work aimed at the collective interest. To perform it competently, it is necessary to contract goods and services provided by third parties, through the bidding process. However, there are some possibilities involving direct contracting, once you realize the uniqueness of the contracted product there is a waiver or unenforceable bidding, there is waiver or unenforceability of bidding, being unenforceable when competition is not viable. In 2020, a law (14.039/2020) was enacted that provides for the technical and unique nature of the services provided by lawyers and accounting professionals and their effects. Law nº. 14.133/ 2021 was recently published, which establishes the new legal regime for public administration bids and contracts.

Key words: unenforceability; bidding; hiring; lawyers;

Sumário: 1. Introdução 2. Licitação 2.1 Modalidades de Licitação 2.2 Dever de licitar 2.3 Competência para legislar 3. Contratação direta 4. Contratação de serviços advocatícios na lei 14.133/2021 4.1 Contratação de serviços advocatícios na lei 8.666/1993 5. Conclusão 6. Referências

1. Introdução

Tem-se por objetivo explicar a nova lei de contratação direta de advogados, a Lei 14.039 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.).

Comparar-se-á o artigo 37, da Constituição Federal, com o artigo 25 da Lei 8.666/1993 (Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.) e com a mais recente lei 14.133 de Abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Abordam-se as modalidades de licitação com especial destaque para as hipóteses que inexistem licitação, como é o caso da contratação direta de advogados.

A administração tem o dever de licitar, não podendo simplesmente agir conforme seu interesse. A licitação é possível, mas pode ser dispensada por razões de conveniência, oportunidade e economicidade devidamente fundamentadas.

Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, *“Só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais”* (Licitação, Revista dos Tribunais, 1985, p.15).

2. Licitação

A administração pública deve exercer um trabalho voltado para o interesse coletivo. Para realiza-lo com eficiência é necessário a contratação de bens e serviços fornecidos por terceiros. A lei não poderia deixar essa contratação a critério do administrador, pois seria natural que essa liberdade de escolha daria margem para contratações impróprias, visando o próprio interesse e não da coletividade.

Explica Marçal Justen Filho, em sua obra *“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”*, p. 405, 2019:

“A licitação é um procedimento administrativo que envolve a realização de diversas atividades materiais, a cargo de uma pluralidade de agentes públicos e envolvendo um número variável de particulares. Essa sucessão de atos poderá materializar-se em diferentes locais geográficos, a depender do objeto da atuação pública ou privada.”

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, sua obra “Manual do Direito Administrativo”, p. 246, 2019, licitação é:

“procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração do contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico”.

Agora nas palavras de Bruno Maldonado em sua obra “Licitações e Contratos” p. 11, 2017:

“Licitação é um procedimento administrativo formal, que precede a combinação de negócios da administração pública com terceiros, para a realização de obras, serviços, publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações. No Brasil, o processo licitatório é obrigatório, de acordo com o art. 37, Inc. XXI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A não observância desse dispositivo e suas regulamentações por parte do Estado é qualificada como crime. Nesse sentido, no ano de 1993, foi sancionada a Lei no 8.666, que regulamentou a licitação para todos os entes da

federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Portanto, licitação é o procedimento administrativo formal para a contratação de serviços ou aquisições de produtos pelos entes da administração pública direta ou indireta. São sujeitos a lei de licitação todos os órgãos da administração pública direta e indireta, os poderes legislativo, executivo e judiciário e os fundos especiais.

Tal instituto tem por finalidade o desenvolvimento econômico e o fortalecimento de bens e serviços domésticos. Deve proporcionar igualdade entre os participantes no procedimento licitatório. E a escolha da proposta deve ser aquela que atenda da melhor maneira às necessidades da entidade e do interesse público.

2.1 Modalidades de licitação

Considerando a nova Lei de Licitações, tomam-se como ponto de partida as disposições da Lei nº 8.666/93, vigente até 1º de abril, inserindo-se as mudanças promovidas pela Lei 14.133/2021.

A lei 8.666/1993, no seu artigo 22, dispunha como modalidades de licitação as seguintes:

Concorrência: segundo o §1º, é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto. A nova lei de licitação define concorrência em seu artigo

6º, XXXVIII: - concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e) maior desconto;

Tomadas de preços: segundo o §2º, é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas

para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. Vale ressaltar que esta modalidade foi suprimida do ordenamento jurídico, pela nova lei de licitações, estando aqui explicada apenas para fins didáticos.

Convite: segundo o §3º, é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que vem manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas. Vale ressaltar que esta modalidade também foi suprimida do ordenamento jurídico, pela nova lei de licitações, estando aqui explicada apenas para fins didáticos.

Concurso: na forma do §4º, é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de quarenta e cinco dias. A nova lei de licitação define concurso em seu artigo 6º, XXXIX

“Artigo 6º, XXXIX: - concurso: modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor;”

Leilão: segundo o §5º, é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens moveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis previstas no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. O §8º do art. 22 da citada lei veda a criação de outras modalidades de licitação ou combinação das referidas naquele artigo; entretanto a lei poderá criar outras modalidades.

A nova lei de licitação (14.133/2021) define leilão em seu artigo 6º, XL:

“Artigo 6º, XL - leilão: modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis

inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance;”

O pregão é tratado na nova lei de licitação que o define em seu artigo 6º, XLI:

“Artigo 6º, XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;”

A antiga Lei de Licitações e a Lei do Pregão, ainda poderão ser utilizadas pelos órgãos públicos pelo período de dois anos. Previsto na própria lei, no artigo 193, inciso II conforme abaixo:

“art. 193 II – a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.”

Portanto, nesse período os órgãos poderão utilizar tanto a Lei nova como a Lei anterior.

O diálogo competitivo é definido e criado pela nova lei de licitação, seu artigo 6º XLII:

Artigo 6º XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos;

2.2 Dever de licitar

A administração tem o dever de licitar, não podendo simplesmente agir conforme seu interesse. Como já ressaltado, a licitação é necessária para que a administração pública haja conforme o interesse da sociedade e não apenas pensando em benefício próprio. Tal instituto é norteado por alguns princípios que estão expressos em lei.

Os primeiros princípios a serem mencionados encontram-se no artigo 3º da Lei 8.666/1993 e são referidos no artigo 5º da Lei 14.133/2021 e seus comentários foram extraídos do Manual de direito administrativo do professor José dos Santos Carvalho Filho.

- a) Princípio da Legalidade: é talvez o princípio mais óbvio, a administração pública pode apenas fazer aquilo que está previsto em lei. Diferentemente do particular que pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Na licitação esse princípio determina ao administrador observe e atue conforme a lei determina, portanto, não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal.
- b) Princípio da Moralidade: esse princípio exige que o administrador se baseie por conceitos éticos e morais. A administração pública além de respeitar a lei, tem que respeitar a moral (moralidade administrativa).
- c) Princípio da Impessoalidade: impessoalidade com relação a figura do administrador público, ele precisa ter uma atuação neutra (administrador público), não pode usar suas obras para finalidade pessoal. Precisa de uma conduta neutra.
- d) Princípio da igualdade: Igualdade ou isonomia tem sua origem no artigo 5º da Constituição Federal, como direito fundamental, de tratamento ao administrador, o administrador público não pode prejudicar, não pode discriminar. Todos os interessados em contratar com a administração pública devem competir em igualdade de condições.
- e) Princípio da publicidade: ampla divulgação, sem autopromoção. A publicidade gera muitos efeitos, por exemplo: a administração pública precisa contar tudo o que faz. A partir da publicidade que começa a contar os prazos.
- f) Princípio da probidade administrativa: exige honestidade, boa-fé, moralidade por parte dos administradores com os licitantes, e que a atividade esteja

completamente voltada para o interesse administrativo, devendo promover a escolha mais adequada dentre os participantes da licitação.

A nova lei de licitações traz em seu artigo 5º: *“na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade (...)”*.

Observa-se que vários princípios da lei 8.666/1993 foram mantidos na lei 14.133/2021, porém, outros foram acrescentados:

“(...) do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”.

2.3 Competência para legislar

Segundo o pacto federativo brasileiro, há quatro esferas de administração pública que coincidem com os entes autônomos da federação: a federal, a estadual, a distrital e a municipal.

O Poder Constituinte Originário, a fim de garantir a observância dos princípios da impessoalidade e da isonomia por todos os entes federados, no inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal, que apesar da autonomia, a competência para elaborar normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, é da própria União:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III”;

Saliente-se que a competência legislativa para normas específicas sobre licitação e contratos é do ente da federação envolvido sob pena de violação às normas instituidoras da federação contidas na CF/88. Logo, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios gozam de competência legislativa plena para editar normas específicas sobre licitação e contratos administrativos.

No âmbito das normas gerais e das normas específicas da União foi editada a Lei 8.666/1993, que regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, instituindo regras para licitações e contratos da administração pública.

A obrigatoriedade de licitar não abrange apenas a Administração pública direta; abarca também as pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração pública indireta, como deixa claro o artigo 1º da Lei 8.666/1993 “Esta lei...”.

Em 1º de abril de 2021, foi editada a nova lei de licitações, artigo 1º da Lei 14.133/2021:¹

“Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange: I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa; II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

¹ A título de mera comparação tome-se o artigo 1º da Lei nº 8.666/1993: “Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

§ 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei.

2º As contratações realizadas no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior obedecerão às peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos nesta Lei, na forma de regulamentação específica a ser editada por ministro de Estado.

§ 3º Nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, podem ser admitidas: I - condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República; II - condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos, desde que: a) sejam exigidas para a obtenção do empréstimo ou doação; b) não conflitem com os princípios constitucionais em vigor; c) sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação e tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento previamente à celebração do referido contrato;

§ 4º A documentação encaminhada ao Senado Federal para autorização do empréstimo de que trata o § 3º deste artigo deverá fazer referência às condições contratuais que incidam na hipótese do referido parágrafo.

§ 5º As contratações relativas à gestão, direta e indireta, das reservas internacionais do País, inclusive as de serviços conexos ou acessórios a essa atividade, serão disciplinadas em ato normativo próprio do Banco Central do Brasil, assegurada a observância dos princípios estabelecidos no caput do art. 37 da Constituição Federal.”

Cabe ressaltar, porém, que, com a edição da lei 13.303/2016, foi estabelecido procedimento licitatório próprio para as empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias. Conseqüentemente, a utilização da Lei 14.133/2021 pelas empresas estatais mencionadas é subsidiária.

Além da lei n. 8.666/1993, podem ser listadas como principais leis federais que tratam de licitação as seguintes:

LEI Nº 8.666/1993: Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. A nova lei de licitações (14.133/2021) em seu artigo 193 revogou os artigos 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação da Lei; além de revogar completamente a lei após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial da nova Lei.

Lei Nº 8.987/1995: Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

Lei Nº 10.520/2002: Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. A nova lei de licitação em seu artigo 193 revoga a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial da lei 14.133/2021.

Lei Nº 11.079/2004: Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Lei N° 12.232/2010: Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências.

Lei N° 12.462/2011: Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei n° 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis n°s 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória n° 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei n° 9.649, de 27 de maio de 1998. O artigo 193 da Lei 14.133/2021 revoga os artigos. 1° a 47-A da Lei n° 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

3 Contratação direta

Há situações de fato que somente podem ser bem avaliadas pelos agentes da administração pública, pois a generalidade da análise do legislador poderia sacrificar ao interesse público.

A lei 14.133/2021 definiu o processo da contratação direta em seu artigo 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.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.”

Nestas situações, recomenda-se a outorga de poder discricionário aos que estão mais próximos dos fatos. É o que acontece quando o legislador atribui faculdade discricionária ao agente da administração para, em certos casos, realizar ou dispensar o procedimento licitatório.

A Lei 14.039/2020 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.

A lei nº 14.039, de 17 de agosto de 2020, inseriu no Estatuto da OAB (Lei 8.906/94) o seguinte dispositivo:

"Artigo 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências,

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

É considerado que a nova lei estabeleceu uma presunção em favor da singularidade do objeto da contratação, que terá lugar todas as vezes que os serviços advocatícios forem executados por profissionais detentores de notória especialização.

A nova lei tornou clara a nota diferencial, o chamado "toque de especialista": todos os serviços que os notórios especialistas executam, em razão sua experiência, estudos, publicações anteriores, organização etc. (artigo 25, §1º, Lei 8.666/93), serão singulares. Essa mudança da lei exigirá exame mais atento dos requisitos para enquadramento dos advogados no conceito de notória especialização.

Será preciso considerar se o profissional possui tal diferencial ao ponto de que todo o produto de sua atividade seja singular. São profissionais que agregam um componente criativo especial, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística ou a argúcia de quem o executa.

Porém, menos de um ano após a publicação da lei acima referida, foi promulgada uma nova lei de licitação, a qual define em seu artigo 6º, XVIII os serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual², e, no mesmo artigo, inciso XIX a notória especialização³.

² “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;

Há hipótese em que a realização da licitação pode colocar bens sociais preciosos em risco, entre eles, a vida e integridade física dos cidadãos.

Saliente-se que a licitação é possível, mas pode ser dispensada por razões de conveniência, oportunidade e economicidade devidamente fundamentadas. Todas as hipóteses do artigo 75 configuram como dispensa de licitação na lei 14.133/2021.

As hipóteses de contratação direta, na lei 14.133/2021, são:

- A) Dispensa de licitação
- B) Inexigibilidade de licitação

A título meramente ilustrativo cabe rememorar que lei 8.666/1993 ainda acrescentava licitação dispensada e licitação dispensável.

Tem-se que a contratação direta, por representar exceção constitucional, deve ser interpretada de maneira restritiva, ou seja, as hipóteses legalmente estabelecidas não podem ser interpretação extensiva, também não pode ser utilizada analogia para criar novas hipóteses de contratação direta.

Contudo, a alegação de nulidade contratual fundamentada na ausência de licitação não exime o dever de a Administração pública pagar pelos serviços efetivamente prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, quando comprovados, ressalvados as hipóteses de má-fé ou de haver o contrato concorrido para a nulidade.

Por fim, deve ser lembrado que, com base na jurisprudência do STJ, a contratação direta, quando não caracterizada situação de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, gera lesão ao erário (dano *in re ipsa* ou presumido), na medida em que o poder público perde a oportunidade de contratar a melhor proposta.

Hely Lopes Meirelles leciona a respeito: *“ocorre a inexigibilidade de licitação, quando há impossibilidade jurídica de competição entre os contratantes, quer pela*

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 na definição deste inciso;”.

³ “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;”

natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela administração” (Direito Administrativo Brasileiro, cit., p. 256).

Existe, no caso, uma impossibilidade lógica prevista pela norma jurídica.

Considerados os graus de excepcionalidade, ter que licitar é regra, a dispensa é exceção legal e a inexigibilidade é ainda mais excepcional; a configuração desta última exige situações de grande anormalidade e os seus requisitos são bem rígidos.

O seu rol, ao contrário dos casos de dispensa, é exemplificativo. Celso Antônio Bandeira de Mello, como a maioria da doutrina, aduz que o rol de inexigibilidades de licitação é exemplificativo.

Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, “*Só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais*” (Licitação, Revista dos Tribunais, 1985, p.15)

Neste sentido dispunha literalmente o artigo 25 da lei 8.666/1993: “*É inexigível a licitação quando houver a inviabilidade de competição*”. E a nova lei de licitação (nº 14.133/2021) traz quais casos é inexigível a licitação: “*Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de (...)*”.

Aplica-se aos casos de inexigibilidade, na forma do artigo 26 da antiga lei de licitação, a mesma exigência fixada para os casos de dispensa: deve a hipótese ser cumprida e justificada e comunicada em três dias às autoridades superiores, a esta cabendo ratificar e publicar a justificativa no prazo de cinco dias, a fim de que o ato tenha eficácia.

Como anotamos em relação a dispensa, a competência para identificar os casos de inexigibilidade é do administrador, de modo que ao legislador não cabe atribuir a órgãos legislativos de competência para sustar processos nos quais se avalia aquela possibilidade.

Pode ocorrer que, sem embargo de ser inexigível o certame, o valor do contrato esteja dentro da faixa de dispensa de licitação (artigo 24, I e II, 8.666/1993). Ou seja: haveria, em tese, possibilidade concomitante de enquadrar-se a hipótese como dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Para alguns, a administração deve optar pela dispensa, com o fundamento na economicidade, pelo fato de para ela não ser exigida publicação, diversamente do que ocorre com a inexigibilidade (art. 26, 8.666/1993).

Impõe abordar mesmo que brevemente, acerca das contratações nas quais, nos termos da norma de regência, inexige-se a licitação.

- a) Fornecedor exclusivo: a licitação é inexigível para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, sendo, porém, vedada a preferência de marca (artigo 25, I, 8.666/1993);
- b) Atividades artísticas: a inexigibilidade de licitação se apresenta em face de certas situações que, por sua natureza, não viabilizam o regime de competição;
- c) Serviço técnico especializado: outra situação específica, que é tema do presente trabalho, é a necessidade de contratar serviços técnicos especializados, de natureza singular, executados por profissionais de notória especialização (artigo 25, II, 8.666/1993);
- d) Todas as hipóteses do artigo 74 da nova lei de licitação (Lei Nº 14.133/2021).

É imprescindível que o serviço seja técnico e especializado para que possam ser contratados diretamente. O serviço é técnico quando sua execução depende de habilitação específica.

Tendo em vista que se busca a administração busca a contratação direta, não pode deixar de observar a notória especialização. A lei considera notória especialização o profissional ou a empresa conceituada em seu campo de atividade.

Tal conceito deve decorrer de vários aspectos, como estudos, experiências, publicações, desempenho anterior, aparelhamento, organização, equipe técnica e outros gêneros (José dos Santos Carvalho Filho, Manual de direito administrativo, p. 284).

Vale ressaltar que a administração pública não pode deixar de procurar pela execução do serviço técnico com o profissional essencial e o mais adequado à plena consecução do objeto do contrato.

Podemos analisar a observação de Eros Roberto Grau⁴:

“singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade do serviço está contida no bojo da notória especialização”.

É extremamente importante mencionar eram considerados serviços técnicos e especializados os trabalhos, descritos no artigo 13, da Lei 8.666/1993, relativos a:

“I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliações em geral; III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico”.

A lei 14.133/2021 trouxe importantes inovações ao regime jurídico das contratações públicas, consolidando, em uma única norma, leis esparsas sobre o tema, o que visa a facilitar a análise e interpretação das regras de licitações e contratos por parte das empresas e, igualmente, da Administração Pública, favorecendo um ambiente menos burocrático e de maior segurança jurídica aos envolvidos e à sociedade civil.

Ao entrar em vigor em 1º de abril de 2021, a lei 14.133/2021, em seu artigo 6º, cuida de definir tanto os serviços técnicos especializados, como também, descreve a notória especialização, como se observa a seguir:

⁴ <https://www.conjur.com.br/2020-out-22/interesse-publiciconova-presuncao-singularidade-contratacao-advogados> primeiro acesso em: 17 de Novembro de 2020

“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;

(...)

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas;

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”;

Referido texto normativo não discrepa da norma vigente até então. Apenas cuida no mesmo dispositivo dos assuntos: *serviços técnicos especializados* e de *notória especialização*, que na Lei nº 8.666/93, eram tratados nos artigos 13, c.c. artigo 25 II como já salientado.

4. Contratação de serviços advocatícios na lei 14.133/2021

Foi publicada em edição extra do Diário Oficial do dia 1º de abril a Lei nº 14.133/2021 que estabelece o novo regime jurídico das licitações e contratações da Administração Pública.

Além de unificar diversas regras constantes em diplomas legais e infralegais que tutelavam os procedimentos licitatórios e os contratos administrativos o novo estatuto abrange também aspectos relacionados ao controle interno e externo das aquisições de bens e serviços por parte do Estado, o que o torna um verdadeiro Código Nacional de Contratações Públicas.

O cenário no qual se insere a Lei nº 14.133/2021 é o de diversas críticas ao regime instituído pela Lei nº 8.666/1993, que, só para se ter uma ideia, trazia originalmente 12 hipóteses de dispensa de licitação e hoje contempla mais de 30, num nítido reflexo de uma tentativa de fuga aos procedimentos trazidos por aquela norma.

Não há falar em melhor proposta quando existe somente uma opção para a satisfação da necessidade administrativa, nem pode a lei exigir simulação de competição ou alterar a realidade fática.

4.1 Contratações de serviços advocatícios na Lei 8.666/1993

Um aspecto especialmente relevante no referido projeto de lei consiste na positivação de entendimentos jurisprudenciais e práticas administrativas consolidadas, em especial no que tange à atuação da advocacia pública na seara do processo licitatório.

A interpretação combinada dos artigos 25, inciso II, e 13, inciso V, da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações) autorizava, em caráter excepcional, a contratação de serviços técnicos advocatícios, por meio de procedimento de inexigibilidade de licitação, para patrocínio de questões de interesse da Administração Pública, nas quais o objeto seja singular e o advogado ou a sociedade de advogados a ser contratada ostente notória especialização.

Desse modo, em situações particularizadas que exigissem elevado grau de expertise profissional, de relevante interesse para determinado órgão público, justifica-se tal contratação para patrocínio numa determinada demanda ou mesmo para assessoria jurídica específica.

O importante é que o serviço a ser prestado se fosse realmente singular, específico e relevante!

Esse pressuposto norteou a orientação pretoriana que se encontra sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, como se extrai, dentre outros, de recente precedente (DJe 8.5.2020) da 1ª Turma, no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.520.982/SP, com voto condutor do ministro Sérgio Kukina, textual:

“É plenamente possível a contratação de advogado particular para a prestação de serviços relativos a patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sem que para tanto seja realizado procedimento licitatório prévio. Todavia, a dispensa de licitação depende da comprovação de notória especialização do prestador de serviço e de singularidade dos serviços a serem prestados, de forma a evidenciar que o seu trabalho é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado, sendo inviável a competição entre outros profissionais”.

Com fundamento na análise de acórdãos do STF, notadamente o Inquérito nº 3074-SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado pela Primeira Turma em 26/08/14, e o Inquérito nº 3.077/AL, rel. Ministro Dias Toffoli, julgado pelo Tribunal Pleno em 29/03/12), anotei as seguintes conclusões:

“a) É possível a contratação precedida de inexigibilidade de licitação, com base no artigo 25, II, atendidos os requisitos da lei. As interpretações extremadas que pretendem simplesmente aniquilar a possibilidade fática de contratação direta não se coadunam com as disposições da Lei de licitações;

b) Esta hipótese de contratação direta tem cabimento mesmo quando haja uma pluralidade de especialistas aptos a prestarem os serviços à Administração, porquanto não se trata de hipótese de exclusividade. Desta forma, não cabe o argumento de

que a existência de potenciais outros profissionais ou empresas aptos a prestarem o serviço impede a inexigibilidade de licitação;

c) Uma vez presentes os requisitos da Lei nº 8.666/93, a decisão de contratar e a escolha do contratado – dentre os que cumprem os pressupostos, obviamente - inserem-se na esfera de discricionariedade própria da Administração Pública;

d) A eventual existência de corpo jurídico próprio não obsta a possibilidade de contratação direta, cumpridos os requisitos legais. Se a existência do corpo jurídico fosse impeditivo, o artigo 13, incisos II, III e V da Lei 8.666/93 seria inconstitucional, porquanto admite expressamente a contratação de pareceres, consultoria, assessoramento e patrocínio de causas judiciais e administrativas. Além disso, é de rigor avaliar concretamente a aptidão profissional do corpo jurídico disponível para a Administração e a questão da confiança, ligada a aspectos discricionários, deve ser considerada para fins de licitude da decisão”.

A contratação direta em caráter excepcional de advogados na lei de licitação estava prevista de forma combinada nos artigos 13 e 25 do Estatuto, esse segundo com a seguinte redação:

“É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: 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; § 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. § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis”.

Art. 13. *“Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:*

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(...)

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

(...)”

A inexigibilidade apenas se configura diante da presença cumulativa dos três requisitos, serviço técnico especializado, objeto singular da contratação e notória especialização.

Determinadas situações requererem um elevado grau de expertise, fazendo com que uma licitação seja ineficiente, portanto, nessas situações é permitida a contratação direta. É evidente que a falta de legislação especificando quanto a singularidade do exercício profissional enseja interpretações errôneas.

5. Conclusão

Como foi visto durante todo o ano de 2020, havia uma nova lei de licitação em tramitação no Congresso Nacional, e tal lei foi sancionada pelo Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, em primeiro de abril de 2021. Esta nova lei trouxe importantes mudanças para a licitação e os contratos administrativos.

Ao longo da pesquisa analisamos quais são as hipóteses em que o legislador deixou de exigir a licitação, e como tema do presente trabalho analisou-se com certa profundidade a inexigibilidade de contratação de serviços advocatícios.

Observamos, cuidadosamente, as modalidades de contratações do poder público, dentre elas havia a concorrência, concurso, pregão e leilão estavam presentes na Lei nº 8.666/1993 bem como na Lei nº 14.133/2021, sendo que essa última não recepcionou as modalidades de convite e tomada de preços.

A nova lei de licitações (Nº 14.133/2021) em seu artigo 6º, XVIII, define quais serviços são considerados técnicos, e define a notória especialização no mesmo artigo, inciso XIX. Tais conceitos são definidos no artigo 25, §1º da lei nº 8.666/1993.

O artigo 25 da Lei Nº 8.666/1993, traz consigo as hipóteses de inexigibilidade, e a nova lei Nº 14.133/2021 elas de encontram em seu artigo 74, essa lei também nos diz quais são as possibilidades de contratação direta, são elas: dispensa de licitação,

inexigibilidade de licitação, a primeira lei mencionada acrescentava, ainda, licitação dispensada e licitação dispensável.

Analisamos os dispositivos da lei Nº 14.039/2021 que dispõe sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade e seus efeitos.

Referências bibliográficas

- Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 332.
- Barcellos, Bruno Maldonado. Licitações e Contratos / Bruno Maldonado Barcellos, João Guterres de Mattos. – Porto Alegre: SAGAH, 2017.
- Carvalho Filho, José dos Santos - Manual de Direito Administrativo, 33ª edição – São Paulo: atlas, 2019.
- Couto, Reinaldo - Curso de Direito Administrativo — 4ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020
- França, Maria Adelaide de C. - Comentários à Lei de Licitações e contratos da administração pública — 7ª ed. ver. e atual - São Paulo: Saraiva, 2013
- Justen Filho, Marçal – Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993, 18ª edição – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- [A Dispensa de Licitação e a Contratação de Advogados pelo Poder Público \(Marçal Justen\) - YouTube](#)
- [ConJur - Rodrigo Lara: A advocacia pública e a Nova Lei de Licitações](#)
- [ConJur - Inexigibilidade de licitação para contratação de advogado](#)
- [ConJur - A lei de contratação de advogados por inexigibilidade de licitação](#)
- [ConJur - Advocacia e inexigibilidade de licitação: nem tudo mudou](#)
- [ConJur - Natureza técnica e singular de advogado e contador é alvo de ação](#)
- [ConJur - Nova presunção de singularidade na contratação de advogados](#)

- ConJur - Presunção de singularidade tem efeito retroativo

- <https://www.conjur.com.br/2021-abr-08/aldem-johnston-muda-lei-licitacoes>

- Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm

- Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm

- Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm

- Lei nº 11.079, de dezembro de 2004:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm

- Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112232.htm

- Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm

- Lei nº 14.039, de 17 de agosto de 2020: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14039.htm

- Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm

- Todos os sites de internet acima citados foram acessados repetidas vezes ao longo da elaboração do trabalho, tendo o primeiro acesso antes mesmo da escolha definitiva do tema.



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Barbara de Oliveira Cartaxo

discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 41611136, período 10º turma B, tendo realizado o TCC com o título: A contratação de serviços advocatícios pela administração pública sob a orientação do(a) Professor(a) Reinaldo Moreira Bruno declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 19 de maio de 2021.

Barbara de Oliveira Cartaxo

Assinatura do discente



**TERMO DE AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO DO TRABALHO DE
CONCLUSÃO DE CURSO**

Material Bibliográfico: Artigo Científico Monografia

Graduação em Direito

Título do Trabalho: A contratação de serviços advocatícios pela administração pública

Nome do Autor(a): Barbara de Oliveira Cartaxo

E-mail: barbaracartaxo@uol.com.br

Este e-mail pode ser divulgado SIM NÃO

Orientador(a): Reinaldo Moreira Bruno

Na qualidade de titular dos direitos autorais da publicação supracitada, de acordo com a Lei nº 9.610/98, AUTORIZO NÃO AUTORIZO a Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o documento, em meio eletrônico, no *site* da base de dados Adelpha, para fins de leitura pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada pela Universidade, a partir desta data. Igualmente, declaro que a versão do Trabalho de Conclusão de Curso entregue em meio eletrônico corresponde fielmente e na íntegra à versão similar depositada de forma impressa em papel para a defesa ou apresentação.

Motivos no Caso de Não Autorização

Exigência de periódico de não divulgação até a publicação (exige justificativa, informe e nome do periódico)

Outros (justificar):

São Paulo, 19 de maio de 2021.

Barbara de Oliveira Cartaxo

Assinatura do(a) Autor(a)