

A inexigibilidade de licitação para contratação de advogados

A polêmica sobre a contratação de advogados ou serviços jurídicos especializados por inexigibilidade de licitação sempre ocupou amplas discussões no cenário nacional, em decorrência dos mais variados motivos. Primeiramente, há de se considerar que a licitação é regra, e não exceção. Logo, a contratação



Guilherme Carvalho
professor e advogado

No âmbito da Lei nº 8.666/1993, a polêmica girava em torno do artigo

25, II, c/c artigo 13. Segundo o artigo 25, II, *"é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação"*. Por seu turno, o artigo 13, V (especialmente), acentua: *"Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas"*.

Antes mesmo da promulgação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), foi acrescido, pela Lei nº 14.039/2020, o artigo 3º-A, cuja literalidade merece ser reproduzida:

"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".

Referido dispositivo reconhece uma presunção legal de que os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei, o que, em tese, possibilita a contratação de escritórios de advocacia e advogados, elidindo a necessidade do concurso público.

Foi nesse contexto que a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou, sob a relatoria do desembargador Jesuíno Rissato (convocado), o AgRg no Habeas Corpus nº 669.347/SP (2021/0160441-3), fixando o entendimento de que, com o disposto no *"artigo 74, III, da Lei n. 14.133/2021 e no artigo 3º-A do Estatuto da Advocacia, o requisito da singularidade do serviço advocatício foi suprimido pelo legislador, devendo ser demonstrada a notória especialização do agente contratado e a natureza intelectual do trabalho a ser prestado"*.

Aparentemente, houve uma solução legislativa para toda a problemática envolta à contratação de advogados, sobretudo nas municipalidades, contratação essa que, a partir da novel redação do artigo 3º-A, passa a ser possível pela forma direta, é dizer, inexigível.

Ocorre que amplíssima margem de variação interpretativa é, caricatamente, conferida pelo próprio dispositivo legal. Logo, nada obstante a redação do *caput* iniciar pelo reconhecimento de que os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, o mesmo preceito normativo (artigo 3º-A) apresenta, ainda no *caput*, um problema rapidamente irrespondível, na medida em que condiciona a tecnicidade e singularidade à comprovação da notória especialização do advogado e do escritório que venham a ser, por inexigibilidade de licitação, contratados. Assim sendo, carece de integração interpretativa todo o dispositivo legal, pelo que se pode concluir que o legislador foi assaz apressado.

O recado legislativo trazido pela Lei nº 14.039/2020 somente encontra eco se houver a distinta separação entre serviços advocatícios comuns dos serviços advocatícios singulares, porque permanece o reconhecimento de que a singularidade e a técnica devem ser reconhecidas por notória especialização, nos termos da lei (parágrafo único do artigo 3º-A).

Isto é, essa composição sistemática não constitui qualquer novidade ou simplificação normativa, uma vez que se trata do mesmo preceito já albergado nos artigos 13, V e 25, II, ambos da Lei Geral de Licitações, fielmente reproduzidos pelo artigo 74, III, "e", da Lei nº 14.133/2021.

Em todo caso, a pretensão de interpretar que todos os serviços de advogados são, por sua natureza, técnicos e singulares, é equivocada (artigo 3º-A, da Lei nº 8.906/94), já que não separa os serviços jurídicos comuns (plenamente lícitáveis) daqueles serviços advocatícios específicos que, por notória especialização, carecem dispensar o burocrático processo de contratação objetiva, exigindo, por impossibilidade prática de realização de certame, a contratação por inexigibilidade.

Por outro lado, insta consignar outra consequência mais clara dessa mudança legislativa no âmbito do Direito sancionador. No que tange à responsabilização de agentes públicos que contratam diretamente advogados, sem referência à natureza singular do serviço, a alteração da lei denota uma intenção de reduzir, indiretamente, o campo de punição desses agentes públicos.

Isso porque, com a extinção de parte do duplo requisito de contratação direta — natureza singular e notória especialização —, há uma redução sistêmica do espectro de punibilidade tanto da Lei de Improbidade nº 8.429/1992, quanto dos tipos penais específicos da própria legislação sancionadora no entorno das licitações, v. g., Lei 8.666/1993 e Lei 14.133/2021.

Muito embora o antigo artigo 89 da Lei 8.666/1993 tenha sido revogado pela Lei 14.133/2021, essa mesma lei acrescentou ao Código Penal o artigo 337-E, com idêntica tipificação fática ao dispositivo revogado: *"Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: Pena — reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa"*.

Sistematicamente, os requisitos para a contratação direta sempre integraram o tipo penal do revogado artigo 89 da Lei 8.666/1993, ao mesmo tempo em que continuam a integrar o tipo penal do novel artigo 337-E do Código Penal. Nesse sentido, com a supressão do requisito de comprovação da singularidade para a inexigibilidade de contratação, não há mais de se falar em sancionamento (penal ou administrativo) de agentes que não teriam observado a pretendida singularidade dos serviços advocatícios.

Ratificando tal consequência interpretativa, no já mencionado julgamento do AgRg no Habeas Corpus nº 669.347/SP, o STJ passou a reconhecer que não há de se falar em existência de dolo específico em caso de contratação direta de escritório de advocacia quando inexistir comprovação de singularidade do serviço.

Todavia, ultrapassada a polêmica quanto à possibilidade de contratação por inexigibilidade, eis que a novidade normativa se encontra na previsão de uma presunção legal, segundo a qual são de natureza singular os serviços advocatícios que demandem a contratação de profissionais com notória especialização, um grande impasse não é definido pelo legislador, tampouco pela jurisprudência: o preço de mercado.

O que significa preço de mercado considerando as mais diversas peculiaridades existentes no panorama da Administração Pública brasileira, que conta, por exemplo, com precisos 5.570 municípios? Como compatibilizar se o preço cobrado por um profissional ou banca de advocacia segue o preço de mercado?

Essa tratativa sobre o preço de mercado já foi por nós abordada nessa coluna, quando cotejamos o conceito de preço de mercado com vantajosidade no processo de contratação pública [1].

Eis, portanto, algumas polêmicas sobre a inexigibilidade de licitação para a contratação de advogados. Definitivamente, a singularidade é apenas mais um dos problemas a ser enfrentado.

[1] <https://www.conjur.com.br/2021-out-15/licitacoes-contratos-dilema-entre-preco-mercado-vantajosidade-lei-141332021>.

Date Created

18/03/2022