



Foto: Divulgação

**IRENE PATRÍCIA NOHARA**

*Livre-docente e doutora em Direito do Estado pela USP. Professora-pesquisadora da Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada parecerista. Autora de obras na área do Direito Administrativo.*

# Inexigibilidade na nova Lei de Licitações e Contratos.

---

## SUMÁRIO

1. Introdução
  2. Transformações nas hipóteses de inexigibilidade conforme nova disciplina legal
  3. Conclusão
- Bibliografia

## 1. Introdução

Em abril de 2021 houve a criação, muito aguardada, da nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133), que foi engendrada para compilar diplomas normativos esparsos e também modernizar as licitações e contratos. Ela foi o resultado de um ímpeto de modernização e compilação das Leis nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), nº 10.520/2004 (Lei do Pregão) e Lei nº 12.462/2011 (Lei do RDC), que serão revogadas em dois anos da vigência do novo diploma, período de tempo no qual é possível ao gestor optar por licitar dentro da nova sistemática ou seguir o anterior regime.

**Há inviabilidade da licitação se o objeto licitável for único ou se houver somente um produtor ou fornecedor do produto.**

Houve muitas mudanças no planejamento das licitações e algumas alterações no regime da contratação direta. Assim, um atrativo, do prisma da gestão, a gerar o interesse pelo uso imediato do novo diploma em vigor é o aumento dos valores de contratação direta, que agora passam a abranger 50 mil reais para serviços e compras e 100 mil reais para obras e serviços de engenharia ou manutenção de veículos automotores, tendo tais valores sido atualizados para 2022, com base no IPCA em 8,04% por meio do Decreto nº 10.922.

O objetivo do presente escrito é enfocar as mudanças ocorridas na contratação direta por inexigibilidade no comparativo com a anterior legislação, que apenas vigorará até o início de 2023. As mudanças mais significativas neste campo foram a ampliação das hipóteses, numa melhor categorização a abarcar duas circunstâncias adicionais, quais sejam: credenciamento e imóvel com características de localização e para instalação, sendo

também destacada a alteração significativa no tocante às exigências de documentação e justificativa para a realização da contratação direta pela nova lei.

Também haverá menção às questões envolvendo a contratação por inexigibilidade em serviços de advocacia, sendo que a nova disciplina, em conjunto com a alteração de improbidade administrativa, pode diminuir abusos e excessos por parte dos órgãos de controle. Espera-se poder esclarecer e contribuir para a compreensão das alterações processadas na inexigibilidade e seus impactos e repercussões práticas, já agradecendo ao honroso convite que me foi feito pela admirável Vera Monteiro para integrar esse festejado 153º volume da *Revista do Advogado*, dedicado ao tema das inovações no regime jurídico das licitações e contratos.

## 2. Transformações nas hipóteses de inexigibilidade conforme nova disciplina legal

Licitação é a regra, sendo que a Constituição determina ser excepcional a contratação direta, desde que sejam ressalvados casos previstos na legislação (art. 37, inciso XXI). A Lei nº 14.133/2021 previu as hipóteses de contratação direta, sendo mantida a divisão delas em dispensa e inexigibilidade.

A licitação pressupõe disputa entre concorrentes ou na seleção de produtos. Há inviabilidade da licitação se o objeto licitável for único, sem equivalente, ou também se houver somente um produtor ou fornecedor do produto. Tais hipóteses não podem ser denominadas de dispensa, pois, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 561), só se pode dispensar alguém de um dever possível. O legislador optou, portanto, por chamá-las de inexigibilidade.

A nova Lei de Licitações reorganizou a inexigibilidade, inserindo algumas hipóteses que antes eram malclassificadas, a exemplo da aquisição ou da locação de imóveis cujas características de

instalações e de localização tornem necessária a escolha, que agora é devidamente tratada como inexigibilidade, assim como do credenciamento, o qual, a bem da verdade, é um procedimento auxiliar ensejador de contratação direta por inexigibilidade, que agora integra de forma mais específica o tratamento oficial da Lei de Licitações.

Houve, ainda, na nova lei, o acréscimo ao serviço técnico especializado referente aos 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.

Por conseguinte, o artigo que, na nova lei, dobra as hipóteses de inexigibilidade da licitação é o 74. Ele incorpora a ideia de inviabilidade de competição, contemplando, em especial, as seguintes hipóteses de inexigibilidade:

1. Aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

2. Contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

3. 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 e projetos básicos ou executivos; (b) pareceres, perícias e avaliações em geral; (c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; (e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; (f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; (g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico; e (h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento

de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

4. Objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento; e

5. Aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

Na hipótese de fornecimento por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, dispõe o § 1º do art. 74 da nova lei que a Administração deverá demonstrar a inviabilidade da competição, mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

No que concerne à contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por empresário exclusivo, foi mantida a previsão anterior com a exigência, inspirada em jurisprudência do Tribunal de Contas (TC, AC. nº 96/2008, Plenário), de requisitos específicos para se averiguar a exclusividade do empresário para efeitos de contratação direta. Considera-se, por determinação expressa do § 2º do art. 74 da lei, empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no país ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, sendo afastada por lei a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico (NOHARA, 2021, p. 312).

Trata-se de exclusividade perene e duradoura, não sendo considerada, portanto, como exclusividade, a mera autorização para dados eventos fornecida para curtos períodos de tempo, pois, se o artista firmasse várias autorizações com diversos empresários, haveria viabilidade de competição, o

que afastaria a hipótese de contratação direta por inexigibilidade (NOHARA; CÂMARA, 2019, p. 127).

O § 3º do art. 74 da nova lei praticamente repete redação anterior no serviço técnico especializado de profissional ou empresa de notória especialização:

“o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e *reconhecidamente* adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

Percebe-se, contudo, que, com o uso da expressão “reconhecidamente”, em vez da anterior “indiscutivelmente” mais adequada à plena satisfação, houve sutil, mas significativa, alteração, pois a expressão “indiscutível” era exagerada, nada chega a ser indiscutível nos dias atuais, sendo, portanto, muito mais equilibrado e, portanto, razoável que a expressão utilizada seja “reconhecidamente”. Neste ponto observa-se um avanço da nova lei.

Em contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, veda-se, de acordo com o § 4º do art. 74 da lei, a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

Para fins de interesse da advocacia, isto é, no tocante à contratação de serviços em advocacia seja para consultoria, seja, principalmente, no “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas”, tendo em vista serviços técnicos com profissional de notória especialização, há a manutenção da previsão da hipótese de contratação direta por inexigibilidade.

Entretanto, a nova lei é apta a resolver alguns equívocos ou exageros na seara do controle das contratações de advogados, ao ressaltar que, em vez do enfoque na “singularidade” da contratação,

houve o reforço de que o serviço deve ter natureza “predominantemente intelectual”, como se costuma, de fato, caracterizar o serviço de advocacia prestado por profissionais ou escritórios com notória especialização em dadas questões.

**Para fins de interesse da advocacia, há a manutenção da previsão da hipótese de contratação direta por inexigibilidade.**

Assim, essa redação, que foca a natureza intelectual, tem potencial de reforçar a tese da inviabilidade objetiva de licitação de serviço de advocacia, conforme sempre defendeu a OAB, sendo, no entanto, orientação diversa, por vezes, da abraçada pelo Tribunal de Contas. De acordo com a Súmula nº 4/2012/COP (Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil), com base na lei anterior, determina-se que, atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993,

“é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição”.

Continua a ser aplicado o desdobramento de análise quanto à essencialidade, mas se entende que o profissional deve ser *reconhecidamente* adequado à plena satisfação do objeto do contrato, não sendo mais exigível, conforme visto, que seja *indiscutivelmente* adequado. Neste ponto, importante frisar que se entende, com o devido respeito a opiniões no sentido contrário, que a só presença de procuradores nos quadros da Administração não inviabiliza a contratação direta do serviço, principalmente se a complexidade da causa demandar a contratação de um advogado com qualificação específica e que *reconhecidamente* seja apto a auxiliar melhor na causa com seu conhecimento e *expertise* mais aprofundados na questão.

Como se trata de contratação direta por inexigibilidade, em que a licitação seria inviável, pois não geraria uma contratação essencialmente adequada, tampouco faria sentido a exigência (que, por vezes, os órgãos de controle determinam) da “consulta” para delimitação de faixa de preços de contratação por notória especialização, até porque ante o reconhecimento da qualificação incomum daquele profissional, em atividade predominantemente intelectual, não faz sentido exigir preços comparativos com a contratação de profissional padrão, exceto se as comparações forem aplicadas com as contratações dele próprio, sendo, neste último caso, de se ressaltar a necessidade de ponderação de preço em face da complexidade da causa, pois os profissionais também analisam essa questão como condição para delimitação de valores.

Não se trata aqui de defender contratação para causas e consultorias com valores nababescos e injustificados, mas também, ao gerar a consulta, há o risco de grande inadequação em face da própria conformação da inexigibilidade, a qual se relaciona essencialmente com a ideia de inviabilidade de competição, pois o fornecedor do serviço é o que reconhecidamente melhor atende à demanda.

Ademais, havia, até recentemente, inúmeras ações civis públicas voltadas também a apontar improbidade em face de advogados contratados pela Administração Pública por inexigibilidade, sendo de se exaltar o fato de que a Lei nº 14.230/2021 separou, como regra geral, o rito de ação civil pública, orientada ao controle de medidas administrativas, do rito da ação de improbidade, cujas sanções serão aplicadas para condutas dolosas praticadas com fim ilícito, sendo o dolo agora descrito expressamente como vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado na lei, não bastando a voluntariedade do agente.

A nova redação legal afasta, com base na alteração processada pela Lei nº 14.230/2021, antigas “presunções” de dolo, sendo que o advogado, detentor de uma notória especialização, ao ser

contratado por inexigibilidade para serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual, como regra geral, não tem mesmo um dolo específico de praticar ato de improbidade com o fim de se enriquecer ilicitamente, lesar o erário ou os princípios da Administração, até porque a lei prevê exatamente a hipótese de contratação direta nessa circunstância.

Espera-se, portanto, que a aplicação da nova redação da Lei nº 14.133/2021, em conjunto com a Lei nº 14.230/2021, que alterou a Lei nº 8.429/1992, traga esclarecimentos e limites às disfunções do controle no tocante à contratação direta de consultores e advogados de notória especialização pela Administração Pública.

Essa disfunção do controle, anterior às mudanças legislativas, gerava o apagão das canetas, afastando do espectro de apoio da Administração profissionais e consultores muito qualificados e com notória especialização em Direito Público, que, por medo de responderem em ações injustas e excessivas, afastavam-se de prestar serviços à Administração Pública, mesmo que nas hipóteses legais admitidas, dado o receio de serem alvo de ação de improbidade administrativa (SANTOS, 2020, p. 163).

Note-se que o tratamento legal do credenciamento na nova lei pode ser um dos aspectos mais inovadores da contratação direta. Trata-se de procedimento auxiliar à licitação mediante o qual a Administração credencia, por edital de chamamento de interessados, de forma não excludente, por prestadores diversos, para contratações simultâneas, sendo também utilizado para situações em que a seleção se dá pelo beneficiário direto da prestação ou mesmo em mercados fluidos, em que o valor da prestação e das condições de contratação varia muito diante da volatilidade, o que tornaria também inviável a contratação feita por licitação.

Depois do procedimento de credenciamento, é inviável a licitação, daí por que a natureza jurídica do credenciamento, segundo análise acurada

de Ronny Charles, é de procedimento auxiliar utilizado para permitir a contratação direta, por inexigibilidade (TORRES, 2021, p. 452). Significa que o credenciamento não pode ser confundido com a contratação direta feita com base nele, pois ele é produzido para justificar contratações futuras.

No caso, ainda, do credenciamento de mercados fluidos ou flutuantes, a Administração, a depender de como será feita a sua regulamentação, pode se abrir à realidade das contratações feitas por *e-marketplace digital*, sendo a chance de se substituir procedimentos disfuncionais e com muitos custos de transação por transações realizadas em poucos cliques, por computador ou *smartphone*, com pesquisa imediata de preços e *ranking* de fornecedores, de acordo com a possibilidade de verificação de um histórico de compras positivo ou negativo (NÓBREGA; CHARLES, 2021, p. 115).

### O processo de contratação direta sofreu muitas mudanças a partir da nova Lei de Licitações.

Já nas contratações de imóveis por inexigibilidade, determina o § 5º do art. 74 da lei que devem ser observados os seguintes requisitos: a avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos e adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos; a certificação da existência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto e justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

O processo de contratação direta sofreu muitas mudanças a partir da nova Lei de Licitações. Há a exigência de mais documentos e justificativas adicionais para motivar o procedimento. De acordo com o art. 72 da Lei nº 14.133/2021, o processo

de contratação interna é instruído com os seguintes documentos: documento de formalização da demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; estimativa de despesa; parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso (exceto nas hipóteses do art. 53, § 5º), demonstração de compatibilidade orçamentária, comprovação de que o contratado preenche requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária, razão de escolha do contratado, justificativa do preço e autorização da autoridade competente.

A contratação direta vai exigir, portanto, uma extensa e aprofundada motivação, conforme inclusive o conteúdo estabelecido pela Lindb, com alteração da Lei nº 13.655/2018.

No tocante ao item legal de justificativa que motiva a razão de escolha do contratado, não será admitida razão de escolha, isto é, motivo, que não seja correspondente ao interesse público, sob pena de desvio de poder. Ainda, de acordo com o art. 73 da lei, em havendo dano causado ao erário por contratação direta, desde que ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, pode haver a configuração da responsabilidade solidária entre contratado e agente público responsável, sendo que no caso de improbidade exige-se, após a Lei nº 14.230/2021, dolo específico, conforme dito.

### 3. Conclusão

Houve poucas alterações feitas pela nova lei no âmbito da inexigibilidade, quais sejam: o acréscimo das hipóteses de credenciamento e de imóvel com característica de localização e instalação, somadas à repetição das três hipóteses que existiam na lei anterior, o que totaliza cinco circunstâncias especialmente mencionadas no art. 74 da Lei nº 14.133/2021. Também, no rol de serviços listados, houve a inclusão de uma hipótese na alínea *h* no serviço técnico especializado do inciso III do art. 74, englobando controles de qualidade e tecnológico,

análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso.

Algumas sutis modificações de redação no tratamento da inexigibilidade podem ter reflexos relevantes no reconhecimento de sua ocorrência, sobretudo no âmbito da contratação de serviço de advocacia. Assim, importante ressaltar a retirada da expressão “singular” na natureza do serviço técnico, sendo que a nova lei se utiliza, no lugar da expressão, de natureza “predominantemente intelectual”, e o § 3º do art. 74 da nova lei substitui, para a descrição do que seja uma notória especialização, a problemática expressão “indiscutivelmente” por “reconhecidamente”.

São mudanças que têm potencial de afastar excessos por parte do controle, no sentido de exigências infundadas para contratação direta de serviços prestados por advogados nas

Administrações Públicas, tendo sido ressaltado que a Lei nº 14.230/2021, em conjunto com as alterações mencionadas, pode mitigar o fenômeno do medo que consultores e advogados de notória especialização na área sofrem de firmar contratações diretas por inexigibilidade com as gestões públicas por receio de serem incursos, em conjunto com os gestores, em responsabilizações arbitrárias, inclusive aquelas fundadas em improbidade administrativa (que agora, felizmente, tendo em vista a alteração da Lei nº 14.230/2021, demanda dolo específico para configuração).

Note-se que, apesar dessas aberturas mais razoáveis, ainda assim a contratação direta passou a exigir, conforme visto, documentos e justificativas adicionais para motivar o procedimento, sendo de se ressaltar a exigência mais burocrática por parte da gestão para viabilização da contratação direta. Estas foram, em apertada síntese, as principais e significativas alterações no trato do assunto contratação direta por inexigibilidade na nova Lei de Licitações. ●

## BIBLIOGRAFIA

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BELÉM, Bruno; CARVALHO, Matheus; CHARLES, Torres. *Temas controversos da nova lei de licitações e contratos*. São Paulo: Juspodivm, 2021.
- NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. Lei nº 14.133/2021, credenciamento e *e-marketplace*: o *turning point* da inovação nas compras públicas. In: BELÉM, Bruno; CARVALHO, Matheus; CHARLES, Ronny. *Temas Controversos da Nova Lei de Licitações e Contratos*. São Paulo: Juspodivm, 2021. p. 95-120.
- NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. Licitação e Contratos Administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo*: volume 6. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Nova Lei de Licitações e Contratos Comparada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Lei de Licitações Públicas Comentadas*. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.