

ACESSO À JUSTIÇA E A CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS TÉCNICOS ADVOCATÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE SOBRE A NATUREZA DO SERVIÇO QUE JUSTIFICA A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO DIANTE DA REDAÇÃO DO ARTIGO 74, INCISO III, DA LEI N. 14.133/2021

ACCESS TO JUSTICE AND THE DIRECT HIRING OF
LAW SERVICES BY THE PUBLIC ADMINISTRATION:
AN ANALYSIS ABOUT THE NATURE OF SERVICE WHICH
JUSTIFIES THE NON-EXIGIBILITY OF BIDDING TOWARDS
THE WORDING OF ARTICLE 74, III, OF LAW N. 14.133/2021

MAURÍCIO DA CUNHA SAVINO FILÓ¹
LAÍS BEZ BATTI BELTRAME²

RESUMO

O objetivo geral do presente estudo é pesquisar o procedimento licitatório e as peculiaridades da sua inexigibilidade para a contratação de serviços advocatícios. O problema de pesquisa está na seguinte pergunta: a singularidade do serviço deixou de ser requisito necessário à contratação direta de serviços técnicos advocatícios? A pesquisa se enquadra a partir da redação do artigo 74, inciso III, da “nova” Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021), que substituiu a locução “natureza singular” do serviço da “antiga” Lei de Licitações (Lei n.

1 Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (2018). Possui Mestrado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos - PPGD - UNIPAC (2010), possui Graduação (2004) e Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC, 2004). Lecionou na Universidade Presidente Antônio Carlos de 2009 até 2011/1. Leciona desde agosto de 2011, na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Atualmente é Membro do Núcleo Docente Estruturante, sendo que leciona Teoria Geral do Processo e Prática Processual Administrativa. Possui certificado de conhecimento da língua italiana, emitido pela Università per Stranieri Perugia (2006). Advogado. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-7436-1664>

2 Possui graduação em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense(2016) e especialização em Direito Público pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva(2021). Atualmente é Assistente de Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/1507064689262048>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9607-739X>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

FILÓ, Maurício da Cunha Savino; BELTRAME, Laís Bez Batti. Acesso à justiça e a contratação direta de serviços técnicos advocatícios pela administração pública: uma análise sobre a natureza do serviço que justifica a inexigibilidade de licitação diante da redação do artigo 74, inciso III, da Lei n. 14.133/2021. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 8-29, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.9648>.

8.666/93), por “natureza predominantemente intelectual”. Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico, e a técnica de pesquisa bibliográfica, com pesquisa em obras especializadas e em decisões jurisprudenciais. Em linhas gerais, frente a alteração legislativa, verifica-se que a locução trazida pelo novel dispositivo legal não tem o condão de autorizar a contratação direta de serviços técnicos ordinários. A contribuição do artigo vai ao encontro da necessidade de se desenvolver a 4ª onda renovatória do acesso à justiça, que trata da ética nas profissões jurídicas.

Palavras-chave: advocacia; ética; licitação; natureza singular; natureza predominantemente intelectual.

ABSTRACT

The general objective of this study is to investigate the bidding procedure and the peculiarities of its unenforceability for contracting legal services. The research problem lies in the following question: is the uniqueness of the service no longer a necessary requirement for the direct contracting of technical legal services? The research is based on the wording of article 74, item III, of the “new” Bidding Law (Law No. 14,133/2021), which replaced the phrase “singular nature” of the service in the “old” Bidding Law (Law No. 8,666/93) with “predominantly intellectual nature”. We used the deductive approach method, the monographic procedure method, and the bibliographic research technique, with research into specialized works and case law decisions. In general terms, in view of the legislative change, it can be seen that the new legal provision does not authorize the direct contracting of ordinary technical services. The article’s contribution is in line with the need to develop the 4th wave of renewed access to justice, which deals with ethics in the professional legal ethics.

Keywords: advocacy; ethics; tenders; singular nature; predominantly intellectual nature.

1. INTRODUÇÃO

Conforme afirma Wald (2022, p. 375), as normas que tratam sobre a conduta do advogado formam a “espinha dorsal da ética jurídica”. Sendo assim, “o principal objetivo da ética jurídica e, por conseguinte, das regras, é proteger os clientes, o sistema jurídico, o público e a justiça”. Logo, conforme defende o autor, as normas que tratam sobre a atuação do advogado devem ser sempre revisadas, para garantir que se possa desenvolver uma agenda que vise o acesso à justiça e a reforma constante das normas jurídicas.

Como se sabe, os particulares têm liberdade para contratar obras e serviços, realizar compras e alienações, locar e adquirir bens, sendo-lhes permitido fazer tudo o que não é proibido por lei. A Administração Pública, de outra parte, para fazê-lo, necessita realizar procedimento formal, prévio, rigorosamente determinado em lei e por atos administrativos, voltado à seleção da proposta que se revele mais vantajosa ao interesse público. Em razão disso, o objetivo geral do presente estudo é pesquisar o procedimento licitatório e as peculiaridades da sua inexigibilidade para a contratação de serviços advocatícios.

O problema de pesquisa vai ao encontro da 4ª onda de acesso à justiça, que aborda a ética nas profissões jurídicas, em especial a advocacia (Global Access to Justice Project, 2024) e concentra-se na seguinte pergunta: a singularidade do serviço deixou de ser requisito necessário à contratação direta de serviços técnicos advocatícios?

Para responder ao problema de pesquisa, o primeiro capítulo explicará os fundamentos normativos da licitação, seu conceito e suas finalidades, bem como as exceções legais do dever de licitar. Nesse contexto, diante das exceções legais ao dever de licitar, o segundo capí-

tulo verificará os meandros de cada espécie de contratação direta (dispensável, dispensada e inexigível), adentrando especialmente nos requisitos e nas particularidades da contratação de serviços técnicos advocatícios por meio de inexigibilidade de licitação, e cotejando a previsão dessa contratação direta entre as Leis n. 8.666/93 (“antiga” Lei de Licitações) e 14.133/2021 (“nova” Lei de Licitações). O terceiro capítulo, por fim, analisará posicionamento presentes na doutrina e na jurisprudência quanto à interpretação dessa mudança.

O método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo, o método de procedimento será o monográfico, e a técnica de pesquisa será a bibliográfica, com pesquisa em obras especializadas e em decisões jurisprudenciais.

2. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DIRETA

Diferente dos particulares, que dispõem de ampla liberdade para escolher e contratar obras, serviços, compras e alienações, sendo-lhes autorizado fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração Pública, em regra, está vinculada à realização de licitação, procedimento prévio à contratação e que objetiva a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público com garantia de igualdade de condições entre os concorrentes.

A licitação, para Araújo (2018, p. 575), é consectária do princípio de que todos são iguais perante a lei e, portanto, perante a Administração Pública, que está sujeita à legalidade estrita (só lhe é permitido fazer o que a lei autoriza):

Por isso, todos os que se coloquem dentro de certos pressupostos (estejam nas mesmas condições) têm o direito subjetivo público de receber, da Administração, tratamento idêntico, com as mesmas oportunidades, em determinada situação ou relação jurídica.

[...]

Como as atividades da Administração devem obrigatoriamente se nortear para a realização do interesse público (melhores condições, melhor preço, servidores mais capacitados etc.), surgiu naturalmente a ideia de utilizar-se alguma espécie de certame, para selecionar aqueles que, em situações como as indicadas, possam melhor atender ao interesse público (objetivos do Poder Público) na relação jurídica que com eles será mantida. (grifo nosso)

O fundamento mais relevante da licitação, pois, é o da igualdade de todos perante a Administração Pública (Aragão, 2013, p. 287), prevista no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil e reproduzida no princípio da impessoalidade, expresso no *caput* do artigo 37 do diploma constitucional. Dessarte, “A obrigatoriedade de licitação para as contratações da Administração Pública é decorrente, em especial, de dois princípios constitucionais: o da impessoalidade (art. 37, *caput*, da CF/88) e o da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/88)” (Couto, 2022, p. 195), os quais, para alguns autores, são tidos como faces de um mesmo princípio, conforme expõem Borges e Sá (2017, p. 109):

Numa primeira visão, para parte da doutrina, a impessoalidade como princípio significa que o administrador público só deve praticar atos voltados à consecução do interesse público. [...] Para esses doutrinadores, a atuação impessoal determina uma atuação finalística da Administração, ou seja, voltada ao

melhor atendimento do interesse público. Desse modo, o princípio da impessoalidade é sinônimo de finalidade pública. [...] Uma terceira face do princípio da impessoalidade pode ser encontrada no art. 37, inc. II, da CF, por exemplo. Ao se exigir concurso público para o acesso aos cargos públicos, o legislador prezou pelo mérito, sem criar discriminações benéficas ou detrimen-tosas, em observância ao princípio da isonomia ou igualdade.

O artigo 37 da Constituição da República, além de vincular a Administração Pública ao princípio da impessoalidade – do que, por si só, decorreria a obrigatoriedade de licitar –, prescreveu expressamente a licitação como regra geral: “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, [...]” (Brasil, 1988).

Da legislação infraconstitucional sobre o tema, insigne exemplo é a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República e instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, a qual, contudo, foi completamente revogada, em decorrência da publicação da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021 (Brasil, 2021a). Também merece destaque, especialmente para os fins desta pesquisa, a Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016 (Brasil, 2016), que veicula regras de licitação e contratos próprias para empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, regulamentando o artigo 173, § 1º, III, da Constituição da República (Brasil, 1988), levando em conta “a natureza de direito privado e a necessidade de adequação às dinâmicas do mercado” (Couto, 2022, p. 198).

Abordadas algumas fontes normativas da licitação, adentra-se no seu conceito. Para Pietro (2024, p. 363), licitação é:

[...] o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

O “procedimento administrativo” se trata de “encadeamento de atos lógicos e cronologicamente ordenados, num procedimento, como, por exemplo, atos da fase preparatória, edital, apresentação de propostas e lances (se for o caso), julgamento, homologação, que visam à adjudicação do objeto” (Nohara, 2024, p. 255), ou seja, a atribuição do objeto da licitação ao vencedor.

A expressão “ente público no exercício da função administrativa” significa que, ainda que possuam personalidade jurídica de direito privado, como empresas públicas e sociedades de economia mista, as entidades que estejam no exercício da função pública se submetem à licitação (Pietro, 2024, p. 363). Especificamente sobre as estatais, Nohara (2024, p. 267):

Marçal Justen Filho, um dos mais aprofundados especialistas no assunto, expõe que as estatais exploradoras de atividade econômica não estão obrigadas a realizar licitação para operações enquadráveis nas atividades-fim, pois a obrigatoriedade poderia inviabilizar o desempenho de certas atividades. Celso Antônio Bandeira de Mello reconhece, na mesma linha, inexigibilidade de licitações para casos em que as estatais pratiquem atos tipicamente comerciais ou negociais. [...] Não obstante, nas atividades-meio é plenamente exigível a licitação. (grifo nosso)

Quanto a “abertura a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório”, traz a ideia de que “o edital é a lei da licitação”. O instrumento convocatório fixa condições básicas para participar da licitação e normas a serem observadas no contrato que se pretende celebrar, as quais devem ser observadas pelo licitante, sob pena de ser inabilitado ou desclassificado. Outrossim, a Administração Pública deve observar rigorosamente o instrumento convocatório, não podendo alterar as condições inicialmente estabelecidas (Pietro, 2024, p. 363).

Importa destacar que as exigências dispostas no instrumento convocatório devem estar estritamente vinculadas ao objeto da licitação, sendo defesa “a discriminação entre os participantes do conclave, seja por meio de cláusulas, que favoreçam uns em detrimento de outros, seja mediante julgamento tendencioso, que desiguale os iguais e iguale os desiguais” (Pires, 2013, p. 38). A licitação decorre dos princípios da igualdade ou isonomia e da impessoalidade, e estes devem permear todo o procedimento respectivo, de modo a afastar preferências ou preterições do agente público.

Prosseguindo no esquadrinhamento do conceito de Pietro, tem-se, por fim, “a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato”. Essa expressão indica que os interessados “apresentarão suas propostas, que equivalerão a uma aceitação da oferta de condições por parte da Administração; a esta cabe escolher a que seja mais conveniente para resguardar o interesse público, dentro dos requisitos fixados no ato convocatório” (Pietro, 2024, p. 363). Além da seleção da proposta mais vantajosa, tanto a “antiga” quanto a “nova” Lei de Licitações trazem como objetivo da licitação a função regulatória:

Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Brasil, 1993) (grifo nosso)

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações. (Brasil, 2021a) (grifo nosso)

Para Oliveira (2024, p. 2), a função regulatória revela que a licitação não visa somente à contratação de bens e serviços a um menor custo (ou outra característica que represente maior vantagem ao interesse público), mas também serve como instrumento de atendimento a outras finalidades públicas, como a defesa do meio ambiente, a inclusão de portadores de deficiência no mercado de trabalho e outras finalidades extraeconômicas:

O procedimento administrativo licitatório tem por objetivo a seleção, dentro de um mercado no qual exista efetiva concorrência entre os licitantes, da proposta que tenha condições de gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, o que deve ser avaliado não apenas por critérios econômicos, mas também a partir de outros fatores que devem ser ponderados pela Administração Pública, tais como o desenvolvimento nacional sustentável (arts. 5.º e 11, IV, da Lei 14.133/2021), a promoção da defesa do meio ambiente (“licitações verdes” ou sustentáveis, como, por exemplo: arts. 18, § 1.º, XII; 34, § 1.º; 42, III; e 45, I e II, da Lei 14.1333/2021),² a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho (arts. 63, IV; 92, XVII; 116 e 137, IX, da Lei 14.1333/2021), o fomento à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte (LC 123/2006), o incentivo à contratação de mulher vítima de violência doméstica e de mão de obra oriunda ou egressa do sistema prisional (art. 25, § 9.º, da Lei 14.1333/2021), entre outras finalidades extraeconômicas. (grifo nosso).

Como se vê, a licitação prestigia princípios constitucionais norteadores da Administração Pública e de todo o ordenamento jurídico brasileiro e visa, invariavelmente, à consecução das finalidades públicas do Estado, motivo pelo qual foi preceituada pela Lei Maior como regra geral para a celebração de contratos administrativos.

De outra parte, a própria Constituição da República previu a possibilidade de contratação direta (ou seja, sem prévia licitação), nos casos especificados em legislação, a teor do inciso XXI do artigo 37. Isso porque “há certos casos em que certa liberdade não pode ser afastada mesmo para a Administração, em função do objeto, pessoas e circunstâncias do que se pretende contratar” (Araújo, 2018, p. 610).

Mas a contratação direta, “por representar exceção constitucional, deve ser interpretada de maneira restritiva, ou seja, as hipóteses legalmente estabelecidas não podem sofrer interpretação extensiva; também não pode ser utilizada analogia para criar novas hipóteses de contratação direta” (Couto, 2022, p. 207).

As ressalvas à licitação, na “antiga” Lei de Licitações (Brasil, 1993), encontram-se nos artigos 17 (licitação dispensada), 24 (licitação dispensável) e 25 (licitação inexigível). Já na “nova” Lei de Licitações (Brasil, 2021a), são verificadas nos artigos 76 (dispensada), 75 (dispensável) e 74 (inexigível).

A principal diferença entre a dispensa e a inexigibilidade reside na possibilidade de competição: na dispensa, há essa possibilidade, mas a lei faculta a realização da licitação, de modo que a decisão está no âmbito da discricionariedade administrativa (conveniência e oportunidade); já na inexigibilidade, não há possibilidade de competição, pois só um objeto ou uma pessoa satisfará às necessidades da Administração Pública, restando inviável a licitação. Há, contudo, casos de dispensa que fogem à discricionariedade administrativa, porque já determinados em lei – são os casos de licitação dispensada (Pietro, 2024, p. 389).

Ainda sobre as diferenças entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação, Justen Filho (2024, p. 280):

Inexigibilidade de licitação é conceito que, sob o ângulo teórico, antecede o de dispensa. É inexigível a licitação quando for inviável a disputa entre particulares pelo contrato. Havendo viabilidade de disputa, é obrigatória a licitação, excetuados os casos de “dispensa” autorizados por lei.

[...]

A inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa. Esse é o motivo pelo qual as hipóteses de inexigibilidade indicadas em lei são meramente exemplificativas, enquanto as de dispensa são exaustivas. As hipóteses de inexigibilidade dependem das circunstâncias, impondo-se sua adoção independentemente da vontade do legislador. (grifo nosso).

A contratação direta, no entanto, igualmente exige a instauração de procedimento prévio, porquanto deve ser formalmente fundamentada e seguir regras previstas em lei, além de ser permeada pelos princípios norteadores da Administração Pública, especialmente os da impessoalidade e moralidade. “A contratação direta, pela forma como é autorizada, sempre provocou numerosos atos de improbidade de agentes e de locupletamento ilícito por terceiros. Daí ser inarredável o rigor dessa modalidade” (Carvalho Filho, 2024, p. 217).

A Lei n. 8.666/93, em seu art. 26, já previa regras para a contratação direta, e a Lei n. 14.133/2021 as estendeu, por meio de seu art. 72, conforme se pode cotejar:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço. IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Brasil, 1993, grifo nosso)

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

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei; III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos; IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido; V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária; VI - razão da escolha do contratado; VII - justificativa de preço; VIII - autorização da autoridade com-

petente. 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. (Brasil, 2021a, *velvelgrifo* nosso)

Anota-se que a “antiga” Lei de Licitações previa como crime, em seu artigo 89: “Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade” (Brasil, 1993), e, embora esse artigo tenha sido revogado pela “nova” Lei de Licitações, houve continuidade normativa do tipo penal, conforme se infere do artigo 178 desta Lei, que acresceu o Capítulo II-B ao Título XI da Parte Especial do Código Penal, com o seguinte crime “Art. 337-E. 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.” (Brasil, 2021a).

3. DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E A CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS TÉCNICOS ADVOCATÍCIOS

Conforme aventado no capítulo anterior, a Constituição da República preceitua a licitação como regra, mas autoriza a contratação direta em determinados casos, especificados na legislação infraconstitucional, que foram distinguidos pelas Leis n. 8.666/93 e 14.133/2021 como dispensa (licitações dispensável e dispensada) e inexigibilidade.

Adentrando nos meandros de cada espécie de contratação direta, aborda-se, inicialmente, a licitação dispensável, a qual representa situações em que o procedimento licitatório poderia ser realizado, pois haveria possibilidade de competição entre possíveis interessados, contudo, o legislador decidiu inserir tais situações no âmbito da discricionariedade administrativa. Sobre essa espécie de contratação direta, Carvalho Filho (2024, p. 322) destaca importantes aspectos:

Um deles consiste na excepcionalidade, no sentido de que as situações que a ensejam são incomuns, excepcionais, vale dizer, refogem às situações normais. O outro é a taxatividade, indicativa de que a enumeração da lei tem caráter taxativo (*numerus clausus*) e nela não cabe extensão a qualquer outra situação além daquelas expressas na relação. (*grifo* nosso)

Oliveira (2021, p. 381) assevera que são duas as principais características da licitação dispensável: “a) rol taxativo: as hipóteses de dispensa são exceções à regra da licitação; e b) discricionariedade do administrador: a dispensa depende da avaliação da conveniência e da oportunidade no caso concreto, sendo admitida a realização da licitação”.

As hipóteses de licitação dispensável (artigos 24 da Lei n. 8.666/93 e 75 da Lei n. 14.133/2021) são geralmente classificadas pela doutrina em razão do valor, já que há casos em que a licitação pode ser mais onerosa do que o próprio contrato; em razão de situação excepcional, como calamidade pública ou “licitação deserta”; em razão do objeto, a exemplo de compras de gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes; e, por fim, em razão da pessoa, como a aquisição de insumos estratégicos produzidos por fundação que tenha por finalidade apoiar órgão da Administração

Pública em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação (Nohara, 2024, p. 288-289).

De outra parte, há casos de dispensa que não se inserem na discricionariedade do administrador de licitar ou não, pois são impostos pela legislação: são os casos de licitação dispensada para alienação de bens da Administração Pública, previstos nos artigos 17 da Lei n. 8.666/93 e 76 da Lei n. 14.133/2021. Acerca da licitação dispensada, Nohara (2024, p. 292):

A diferença entre a licitação dispensável e a dispensada reside, portanto, no fato de que esta última é compulsória, ou seja, não confere discricionariedade à Administração para avaliar se dispensará ou não a licitação nas situações contempladas na lei. [...]

A alienação de bens móveis do inciso II exige prévia avaliação e interesse público justificado. Exige-se, ainda, para os bens imóveis de órgãos da Administração Direta e entidades autárquicas e fundacionais, autorização legislativa. Esclarece Edmir Netto de Araújo que os bens imóveis são, em princípio, “inalienáveis porque indisponíveis quando afetados a finalidade pública, daí o requisito da autorização legislativa para desafetá-los e permitir a disposição do bem”. (grifo nosso)

Ademais, Oliveira (2021, p. 379) aponta três características da licitação dispensada conforme a doutrina tradicional “a) rol taxativo; b) o objeto do contrato é restrito: alienação de bens; e c) ausência de discricionariedade do administrador, pois o próprio legislador dispensou previamente a licitação”.

Conclui-se, pois, que os casos de dispensa se tratam de autorização legislativa, excepcional e de rol taxativo, para a não realização da licitação, distinguindo-se as licitações dispensável e dispensada, entre si, pelo fato de que a primeira se insere no âmbito da discricionariedade, enquanto a segunda se dá por ato vinculado.

Prosseguindo na análise das espécies de contratação direta, adentra-se, por fim, na inexigibilidade de licitação, prevista nos artigos 25 da Lei n. 8.666/93 e 74 da Lei n. 14.133/2021. Os *caputs* dos referidos artigos assim dispõem, respectivamente: “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...]” (Brasil, 1993) e “É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de: [...]” (Brasil, 2021a). Em outras palavras, “Há inviabilidade da licitação se o objeto licitável for único, sem equivalente, e também se há somente um fornecedor do produto. Estas hipóteses resultam nas situações denominadas: produtor ou fornecedor exclusivo” (Nohara, 2024, p. 286).

Para Oliveira (2024, p. 64), a inexigibilidade nem sequer dependeria de previsão legal, pois não se trata de uma exceção à regra constitucional de licitação, mas da não incidência da regra, por haver só uma pessoa capaz de atender à necessidade da Administração Pública, estando ausente o pressuposto fático da licitação, que é a competição entre interessados:

A inexigibilidade de licitação pressupõe a inviabilidade de competição, na forma do art. 74 da Lei 14.133/2021. Tecnicamente, é possível afirmar que a inexigibilidade não retrata propriamente uma exceção à regra da licitação, mas, sim, uma hipótese em que a regra sequer deve ser aplicada. Trata-se da não incidência da regra constitucional da licitação, em razão da ausência do seu pressuposto lógico: a competição. [...] (grifo nosso)

Conclui-se, assim, que a inexigibilidade de licitação se dá por ato vinculado, pois não se trata de decisão do administrador quanto à conveniência e oportunidade de abertura de proce-

dimento licitatório, mas da efetiva inviabilidade de realizá-lo, bem como que o rol trazido pela legislação é exemplificativo. Sobre este ponto, Carvalho Filho (2024, p. 218):

Há total impossibilidade de relacionar todos os casos de inviabilidade de competição. Por isso, o Estatuto, depois de aludir à licitação inviável, aditou a expressão “em especial nos casos de” e em seguida fez uma enumeração de várias hipóteses (art. 74). Por tal motivo, tem-se reconhecido que as hipóteses contempladas nos incisos do dispositivo estampam meros exemplos da aludida inviabilidade, caracterizando-se, então, o fato de que o legislador recorreu a uma relação exemplificativa. Infere-se daí, pois, que poderão surgir situações de inexigibilidade não constantes da referida relação. (grifo nosso)

Com efeito, a inviabilidade de competição não é um conceito simples, de modo que “é difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição” diante da “complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser delimitada por meio de regras legais” (Justen Filho, 2024, p. 281).

Dentre os casos de inexigibilidade de licitação, aborda-se, para os fins deste trabalho acadêmico, especificamente a hipótese de contratação direta de serviços técnicos advocatícios. Sobre a contratação de serviços técnicos mediante inexigibilidade de licitação, a “antiga” Lei de Licitações (Brasil, 1993) assim preceituava:

Art. 25. 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.

[...] (grifo nosso)

Dos serviços técnicos enumerados no artigo 13 da mesma lei, infere-se pareceres em geral (inciso II) e patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas (inciso V), portanto, serviços técnicos advocatícios. Ademais, seus parágrafos primeiro e terceiro assim prelecionavam:

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

[...]

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

Entendia-se como serviço de natureza singular aquele “que é portador de tal complexidade executória que o individualiza, tornando-o diferente dos da mesma espécie, e que exige, para a sua execução, um profissional ou empresa de especial qualificação” (Gasparini, 2012, p. 615). Também sobre a singularidade do serviço, Pietro (2023, p. 438) afirmava:

Quanto à menção, no dispositivo, à natureza singular do serviço, é evidente que a lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que não basta tratar-se de um dos serviços previstos no artigo 13; é necessário que a complexidade, a relevância, os interesses públicos em jogo tornem o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer que torna inexigível a licitação. (grifo nosso)

Nohara (2024, p. 288) esclarece que a inexigibilidade não se presta, por exemplo, à “contratação de conceituado jurista para a atividade de assessoria jurídica rotineira de ente federativo, pois os custos do contrato seriam apenas justificados em assuntos relacionados com matérias complexas, singulares e relevantes”, e ainda:

Neste particular, enfatiza Celso Antônio Bandeira de Mello que não há necessidade de se contratar profissional de notória especialização na área jurídica para “mover simples execuções fiscais” para a Administração Pública. Para o jurista, a singularidade é relevante quando há um componente criativo de seu autor, envolvendo estilo, traço, engenhosidade, especial habilidade ou argúcia de quem executa um serviço, que são requisitos para o satisfatório atendimento da necessidade administrativa.

Essa última exposição reflete orientação subjetivista do critério de contratação de profissional com notória especialização, mas, conforme visto, também há exigências de natureza objetiva, concernentes à essencialidade e indiscutibilidade da adequação do serviço, que deve apresentar natureza singular, sob pena de exigir a realização do procedimento licitatório. (grifo nosso)

Sem destoar, depreende-se de Oliveira (2024, p. 88-90) que não bastaria a tecnicidade do serviço, em razão da existência de diversos profissionais no mercado. Por sua vez, a notória especialização é a qualidade de quem, “além da habilitação técnica e profissional – exigida para os serviços técnicos profissionais em geral –, aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação” (Meirelles, 2013, p. 318). Como a própria legislação determina, a notória especialização é aferida a partir de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, aparelhamento, equipe técnica e outros requisitos relacionados com suas atividades.

Não é demais destacar que a “a notoriedade deve estar estritamente ligada ao objeto da contratação” (Gasparini, 2012, p. 617), de modo que não é válido contratar um renomado jurista na área empresarial, por exemplo, quando o objeto da contratação versa sobre Direito Ambiental.

Ressalta-se que, nos termos do § 3º do artigo 13 da “avelvelvelntiga” Lei de Licitações, cabe àquele que detém a “notória especialização” a execução pessoal e direta do serviço à Administração Pública.

Portanto, a contratação direta de serviços técnicos advocatícios por meio de inexigibilidade de licitação pressupõe a necessidade da Administração Pública de um serviço de natureza singular, incomum e excepcional, cuja realização satisfatória somente poderá ser promovida

por um determinado profissional, em razão de sua notória e comprovada especialização na área correlata, cujo trabalho é indiscutivelmente o mais adequado ao caso, restando demonstrada, à luz do *caput* do artigo 25 da Lei n. 8.666/93, a inviabilidade de competição.

No entanto, a definição de “natureza singular do serviço” gerou relevante controvérsia no campo fático, culminando em diversas ações de improbidade administrativa ajuizadas pelo Ministério Público em face de advogados contratados pelo Poder Público sem licitação e, de outra parte, em posicionamentos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no sentido de que a singularidade da atividade advocatícia justificaria a contratação direta.

Em setembro do ano de 2012, o Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sessão conduzida pelo presidente, Ophir Cavalcante, “aprovou a edição de súmula para afirmar que é inexigível procedimento licitatório para a contratação de serviços profissionais de natureza advocatícia pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade e a inviabilidade de competição” (OAB Nacional, 2012a).

Referida súmula (n. 04/2012/COP), que funciona como uma determinação de conduta à classe, foi editada em setembro do mesmo ano (OAB Nacional, 2012b), *in verbis*:

O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2012.003933-6/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 17 de setembro de 2012, editar a Súmula n. 04/2012/COP, com o seguinte enunciado: “ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal.” (grifo nosso)

De acordo com a súmula, a singularidade do serviço não deve ser aferida a partir de um determinado serviço técnico de que necessita a Administração Pública, mas deve repousar sobre todo e qualquer serviço técnico advocatício, que seria singular “por sua própria natureza”.

Já em 10.8.2016 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil protocolou junto ao Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC n. 45, requerendo a admissão da ação “em razão da existência de controvérsia judicial relevante, face ao reiterado afastamento da incidência dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993, o que caracteriza repetidas declarações incidentais de inconstitucionalidade, em analogia a Súmula Vinculante 10” e, ao final, a procedência do “pedido de declaração de constitucionalidade dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II, da Lei n. 8.666/1993” (Brasil, 2016b).

Nesse cenário, foi editada, no ano de 2021, a Lei n. 14.166/2021, que, em seu dispositivo atinente à inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos especializados, suprimiu a expressão “natureza singular”, substituindo-a por outra, mais genérica:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

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

[...]

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se 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.

§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do caput deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

[...]

Observa-se que não houve outras alterações substanciais em relação à redação do artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93: segue tratando de serviços técnicos relacionados na lei, a serem prestados por profissional ou empresa de notória especialização. Com efeito, a relevante alteração repousa na substituição da expressão que adjetiva o serviço técnico: “natureza singular” por “natureza predominantemente intelectual”, a qual, contudo, não foi capaz de dirimir a controvérsia acerca do tema, conforme será abordado no próximo capítulo.

4. ANÁLISE SOBRE A NATUREZA DOS SERVIÇOS TÉCNICOS ADVOCATÍCIOS QUE JUSTIFICA A INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO DIANTE DA REDAÇÃO DO ARTIGO 74, INCISO III, DA “NOVA” LEI DE LICITAÇÕES (LEI N. 14.133/2021)

Conforme adiantado no capítulo anterior, no ano de 2016 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou, junto ao Supremo Tribunal Federal, a Ação de Declaração de Constitucionalidade – ADC n. 45, visando à declaração da constitucionalidade dos artigos 25, inciso II, e 13, inciso V, ambos da Lei n. 8.666/93 (“antiga” Lei de Licitações), dispositivos que, segundo a peça inicial da ADC, reconhecem “a impossibilidade da realização de licitação para os casos de contratação de serviço advocatício” (Brasil, 2021b). A fim de elucidar os fundamentos da demanda ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, colaciona-se breves excertos da peça inicial (Brasil, 2021b):

Conota-se, assim, que tal subjetividade intrínseca aos critérios de notória especialização e singularidade, impedem sua determinação nos casos de competição entre advogados, o que impossibilita a instauração de procedimento licitatório. A contratação entre advogado e ente público é, conforme demonstrado, ato discricionário em essência, com fundamento na vedação da mercantilização da atividade advocatícia e na confiabilidade existente nessa relação profissional.

[...]

Das decisões acima, cumpre frisar que no REsp 1377703/GO de Relatoria da Ministra Eliana Calmon, há a análise da disciplina constitucional que envolve a contratação de advogado por inexigibilidade de licitação.

[...]

No certame, a e. Min. afastou – da mesma forma em que fizeram os Ministros dos dois julgados antecedentes – a incidência dos dispositivos citados e caracterizou a contratação realizada como ato de improbidade administrativa face a não demonstração da singularidade do serviço prestado. *Data venia*, esclarece-se que a ilustre Ministra desconsiderou o preceito da mercantilização da advocacia; a confiabilidade intrínseca da relação cliente/advogado e a condição de que esse ato administrativo é de cunho discricionário. (grifo nosso)

Ao tomar posse da peça exordial, o Relator da ADC, Ministro Luís Roberto Barroso, determinou fossem solicitadas informações à Presidência da República e ao Congresso Nacional e, após, os autos fossem encaminhados para manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

Da Presidência da República aportaram informações no sentido da efetiva constitucionalidade dos artigos ventilados, com a ressalva de que isso não implica no “reconhecimento de que o único meio para a contratação do serviço advocatício pela Administração Pública é a inexigibilidade de licitação; ou, em outros termos, de que todos os serviços advocatícios são, na essência, singulares” (Brasil, 2021b).

E da Presidência do Congresso Nacional, as informações foram no sentido da extinção da ação por inépcia da inicial e, outrossim, da constitucionalidade da lei, “mas de forma a assentar-se que contratação de advogado ou de escritório de advocacia quando ausente a singularidade do objeto contratado e a notória especialização do prestador configura patente ilegalidade” (Brasil, 2021b).

Sem destoar, a Advocacia-Geral da União manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação, e, no mérito, pela constitucionalidade dos artigos 13, inciso V, e 25, inciso II, da Lei n. 8.666/1993, “não sendo viável, contudo, atribuir-lhes a interpretação pretendida pelo autor” (Brasil, 2021b). Veja-se a ementa da manifestação:

Administrativo. Artigos 13, inciso V: e 25, inciso II. da Lei nº 8.666/93. Contratação direta de serviços advocatícios por entes públicos. inexigibilidade de licitação. Preliminar. Ausência de comprovação de controvérsia judicial relevante. Mérito. A contratação direta de serviço de advocacia pode, excepcionalmente. ser admitida. desde que restem atendidos os requisitos de existência de procedimento administrativo formal: notória especialização profissional: natureza singular do serviço: demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público: e cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. A contratação de advogado particular por ente público dotado de quadro próprio de procuradores consiste em hipótese excepcionalíssima, tendo em vista a exclusividade do exercício das atribuições das funções da advocacia pública por membros efetivos de suas respectivas carreiras. Artigos 131 e 132 da Lei Maior. Precedentes. Manifestação pelo não conhecimento da ação declaratória e, no mérito, pela constitucionalidade dos dispositivos questionados. (grifo nosso)

Por fim, na mesma senda, a Procuradoria-Geral da República opinou “por não conhecimento da ação declaratória e, no mérito, por constitucionalidade dos dispositivos questionados, sem lhes atribuir a interpretação pretendida pelo requerente” (Brasil, 2021b).

Determinada a inclusão dos autos na pauta de julgamento do dia 16.10.2020, o Autor (Conselho Federal da OAB) requereu a respectiva retirada, haja vista a aprovação da Lei n. 14.039, de 17 de agosto de 2020, que teria direta repercussão sobre a matéria em debate, merecendo análise prévia ao julgamento. O autor assim esclareceu a relevância da lei para a ação em comento (Brasil, 2021b):

Trata-se da Lei 14.039/2020 que alterou o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994) e o Decreto-Lei nº 9.295/1946, o qual dispõe acerca do Conselho Federal de Contabilidade e temas correlatos, para, em síntese, estabelecer que os serviços profissionais de advogado e de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Referida lei explicita entendimento sobre a natureza dos serviços advocatícios, que se definem essencialmente pelo caráter técnico e singular, quando comprovada sua especialização. Nesses termos, o diploma normativo se amolda ao regime das contratações públicas atualmente vigente, que dispensa a realização de licitação quando não é possível a concorrência em razão da especialidade dos serviços prestados, entre os quais se incluem os serviços advocatícios. (grifo nosso)

O pedido de retirada de pauta foi indeferido pelo Ministro Relator, e novamente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresentou petição, desta vez em razão da publicação da “nova” Lei de Licitações (Brasil, 2021a), argumentando que esta não mais exigiria o requisito da natureza singular para a contratação direta de serviço técnico, mas que, apesar disso, não haveria a perda do objeto da ação, já que a “antiga” lei seguirá vigente por 2 (dois) anos após a publicação da “nova” (Brasil, 2021b):

De forma diversa da legislação anterior (Lei 8.666/93), a nova regra simplifica a contratação direta de advogados, pois não exige o requisito da singularidade do serviço para a contratação, requer apenas a comprovação de que o trabalho técnico especializado tem natureza predominantemente intelectual e que os profissionais ou empresas tenham notória especialização.

[...]

Por disciplinar a mesma matéria, a Lei nº 14.133/21 revogará a Lei nº 8.666/93. No entanto, nas disposições finais e transitórias, a Lei nº 14.133/21 prevê que a revogação da legislação anterior ocorrerá após dois anos da publicação da nova lei de licitações e contratos administrativos, [...].

Durante esse período, a Administração Pública poderá optar pela utilização do regime da Lei nº 14.133/21 ou da Lei nº 8.666/93, nos termos em que dispõe o art. 191 da Lei nº 14.133/21: [...].

Desse modo, a presente ação não perdeu o seu objeto, em decorrência da publicação da nova lei de licitações e contratos administrativos, na medida em que a Lei nº 8.666/93 apenas será revogada após dois anos da publicação da Lei nº 14.133/21, de forma que permanecerá produzindo os seus efeitos jurídicos até decorrido o lapso temporal previsto. (grifo nosso)

Com efeito, o julgamento teve início em 16.10.2020, mas houve pedido de destaque, pelo Ministro Gilmar Mendes, em 23.10.2020. O julgamento ainda não foi retomado e, em 06.05.2024, foi determinada intimação da parte requerente para que se manifestasse acerca

da vigência dos atos impugnados, bem como sobre eventual necessidade de aditamento à inicial. Da proposta de voto do Relator, extrai-se a seguinte tese³ (Brasil, 2021b):

Parcial procedência do pedido, conferindo-se interpretação conforme a Constituição aos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993. Fixação da seguinte tese: “São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado”. (grifo nosso)

Como se vê, apesar dos argumentos ventilados pelo Conselho Federal da OAB na ADC n. 45, no sentido de que os serviços advocatícios, por si só, são dotados de singularidade, o Supremo Tribunal Federal tende a confirmar que a contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação demanda a singularidade do serviço objeto do contrato, é dizer, que o serviço a ser contratado seja incomum, complexo e excepcional.

Não obstante a Ação Declaratória de Constitucionalidade não leve em conta, até então, a redação do novo dispositivo acerca da inexigibilidade de licitação (artigo 74, inciso III, da Lei n. 14.133/2021), que passa a adjetivar o serviço técnico como “de natureza predominantemente intelectual”, a análise do voto do relator traz à baila a preocupação com a generalização da contratação direta de serviços técnicos: “[...] exige-se, igualmente, que a atividade envolva complexidades que tornem necessária a peculiar expertise. É essa nota de diferenciação que torna inviável a competição, mesmo entre prestadores qualificados” (Brasil, 2021b) (grifo nosso).

Essa interpretação leva a crer que a locução adotada pela “nova” Lei de Licitações não tem o condão de desconsiderar a natureza singular do serviço como requisito para a contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação, já que o inciso III deve ser interpretado e aplicado à luz de seu *caput* (artigo 74), o qual é enfático ao preceituar que é inexigível a licitação quando inviável a competição. Nesse sentido, Oliveira (2021, p. 217) assevera que a compreensão do novo dispositivo acerca da inexigibilidade de licitação tende a seguir exigindo a singularidade do serviço:

A terceira hipótese de inexigibilidade, citada no art. 74, III, da nova Lei de Licitações, relaciona-se à contratação de determinados serviços técnicos especializados, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação. O referido dispositivo legal, que enumera determinados serviços técnicos, apresenta texto semelhante ao encontrado nos arts. 13 e 25, II, da Lei 8.666/1993.

Ainda em relação ao art. 74, III, da nova Lei de Licitações, verifica-se a manutenção dos requisitos cumulativos para declaração de inexigibilidade anteriormente indicados no art. 25, II, da Lei 8.666/1993, a saber: a) serviço técnico; b) serviço singular; e c) notória especialização do contratado.

[...]

3 A tese segue precedente estabelecido no Inquérito n. 3074, julgado em 26.08.2014, também de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

No tocante à natureza singular, a sua compreensão deve seguir a linha apresentada pela doutrina e pela jurisprudência sobre a singularidade também exigida pela Lei 8.666/1993.

Assim, é preciso destacar que a singularidade (art. 74, III) não se confunde com a exclusividade (74, I). A singularidade decorre, na hipótese, da impossibilidade de fixação de critérios objetivos de julgamento.

Na lição de Marçal Justen Filho, o serviço singular exige a conjugação de dois elementos: a) excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita; e b) impossibilidade de sua execução por parte de um “profissional especializado padrão”. (grifo nosso)

Na mesma toada, Pietro (2023, p. 438), acerca da Lei n. 14.039/2020, que incluiu dispositivos no Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94) e no Decreto-lei que regulamenta a atividade de Contador (n. 9.295/46) para determinar que os serviços profissionais de advocacia e de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, ventilou as seguintes críticas:

Os dois dispositivos são, a toda evidência, absurdos e contrariam os princípios da razoabilidade e da moralidade: não há como adotar um conceito legal mais abrangente do que a realidade dos fatos, com a agravante de empregar a expressão “por sua natureza”. [...]

O conteúdo dos dispositivos é chocante e flagrantemente imoral, na medida em que se desvirtua inteiramente do princípio da licitação contido no artigo 37, XXI, da Constituição, no qual a dispensa é prevista como exceção e não como regra geral e sem que haja uma justificativa aceitável para a norma, que parece ter destino certo e pouco louvável.

Os dispositivos têm que ser interpretados de forma que apresentem alguma coerência diante do ordenamento jurídico brasileiro. A exigência de notória especialização, contida nos dois dispositivos, exclui, por natureza, os serviços rotineiros que podem ser prestados por qualquer profissional, ainda que não notoriamente especializado. A intenção do legislador, se era a de beneficiar todos os profissionais que prestam serviços de advocacia ou de contabilidade, frustrando os objetivos da licitação e desviando-se dos fins que inspiraram a autorização para dispensa de licitação, contida no artigo 37 da Constituição, acabou frustrada pela exigência de notória especialização. Seria inteiramente contrário ao princípio da razoabilidade (que exige adequação entre meios e fins) contratar profissional notoriamente especializado, com custo certamente mais elevado, para prestar serviço que não apresenta maior complexidade e é acessível a todos os profissionais. (grifo nosso)

Portanto, pelo viés analisado por Pietro, o requisito da notória especialização do profissional que prestará o serviço afastaria, por si só, os serviços técnicos comuns (não singulares), já que vai de encontro à regra geral de licitar e aos princípios norteadores da Administração Pública a contratação direta e o dispêndio de recursos que superam a ordinariedade para a realização de serviços ordinários, os quais devem ser prestados pela advocacia pública ou, caso o ente federativo não disponha de procuradoria, licitados. Ou seja, a natureza singular do serviço é intrínseca à notória especialização ainda expressamente exigida na “nova” Lei de Licitações. Nessa senda, Ghignone e Tourinho (2022, p. 16):

De fato: extrair-se do texto legal (seja da alteração promovida no Estatuto da OAB, seja da nova Lei de Licitações) a interpretação de que a singularidade do objeto é automaticamente inferida da notória especialização do profissional, e que essa notória especialização permite, de per si, a contratação por inexistência

gibilidade, conduz aos seguintes disparates. Em primeiro lugar, conforme já apontado, atrela-se um elemento de natureza objetiva (o objeto contratual), a outro de natureza subjetiva e variável (a capacitação do profissional). Em segundo lugar, e por consequência lógica, se a contratação for feita com um profissional de notória especialização, o objeto poderia ser considerado singular. Por outro lado, se idêntico objeto for contratado com um profissional sem notória especialização, ele não pode ser considerado singular. Ou seja: só se saberá se o objeto é singular ou não *a posteriori*, depois de se definir qual o profissional a ser contratado. Em terceiro lugar, tanto o requisito da notória especialização quanto o da singularidade do objeto são elementos que se destinam a comprovar a inviabilidade de competição. Por essa razão, sempre será necessário averiguar se a competição é possível e, para isso, não há como se fugir à identificação do objeto contratual, de forma que a avaliação da singularidade do objeto é condição incontornável para a averiguação da possibilidade de competição, encontre-se ou não aquela expressamente prevista como requisito legal para a inexigibilidade. (grifo nosso)

Ademais, não se pode deixar de comparar a redação do artigo 74, inciso III, da Lei n. 14.133/2021 com o semelhante dispositivo do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias (Brasil, 2016), o qual, igualmente, não exige expressamente a natureza singular dos serviços técnicos especializados (Brasil, 2016):

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

[...]

II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: [...]

Embora a legislação específica das estatais não disponha expressamente que a natureza singular do serviço é requisito para a contratação direta, o Tribunal de Contas da União, em 14.10.2020, na Representação formulada pelo Ministério Público em face de possíveis irregularidades na contratação direta de escritório de advocacia criminalista pela Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), para a prestação de serviço técnico jurídico de defesa dos interesses da Petrobras em até 30 ações penais e seus incidentes, decorrentes da Operação Lava Jato, na 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, entendeu que ela deve estar demonstrada, conforme se depreende do voto proferido no Acórdão n. 2.761/2020 (Brasil, 2020):

4. Preliminarmente, impende ressaltar que a jurisprudência deste Tribunal está há muito consolidada no sentido de que o serviço de advocacia só pode ser contratado sem licitação se o for junto a um profissional (ou escritório) de notória especialização e desde que se trate de serviço de natureza singular (Decisão 906/97-TCU-Plenário). Tal contratação direta só será admitida em “ocasiões e condições excepcionalíssimas, quando o serviço a ser contratado detenha inequívocas características de inédito e incomum, jamais rotineiro e duradouro” (Decisão 314/1994-TCU-1ª Câmara).

5. No abalizado magistério de Marçal Justen Filho (in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 12ª edição), “A natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional ‘especializado’. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado).”

[...]

4. A jurisprudência desta Corte, no que refere à contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação, é pacífica no sentido de que sua realização por inexigibilidade de licitação não é, por si só, tida como vedada, podendo ser realizada desde que presentes os requisitos necessários, essencialmente concernentes à singularidade do objeto e à notória especialização do contratado, conforme alude o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, bem como o art. 30, inciso II, da Lei 13.303/2016 (Acórdão 2993/2018-TCU-Plenário, relator: Min. Bruno Dantas; 3413/2013-TCU-Plenário, relator: Min. R. Carreiro; 669/2012-TCU-Plenário, relator: Min.-Subst. M. Bemquerer; 416/2008-TCU-Plenário, relator: Min. U. Aguiar; 2012/2007-TCU-Plenário, relator: Min.-Subst. A. Sherman; 5526/2010-TCU-1ª Câmara, relator: Min. J. Jorge; 2124/2008-TCU-1ª Câmara, relator: Min.-Subst. M. Bemquerer; 3795/2013-TCU-2ª Câmara, relator: Min. A. Cedraz; 4050/2011-TCU-2ª Câmara, relator: Min. A. Cedraz ; e 3095/2008-TCU-2ª Câmara, relator: Min. B. Zymler).

[...] (grifo nosso)

Destarte, não restam dúvidas de que a jurisprudência e a doutrina reconhecem a possibilidade de contratação, pela Administração Pública, de advogados ou escritórios de advocacia por meio de inexigibilidade de licitação. A controvérsia atinente ao tema recai, eminentemente, sobre os requisitos para que a contratação direta seja considerada lícita, em especial, sobre a “natureza singular” do serviço técnico contratado, mormente após a substituição dessa locução, no dispositivo atinente à inexigibilidade de licitação da “nova” Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021), por “natureza predominantemente intelectual”.

No entanto, da análise das manifestações doutrinárias e jurisprudenciais acima expostas, entende-se que a interpretação e aplicação do inciso III do artigo 74 da “nova” Lei de Licitações devem ser realizadas à luz do seu *caput*, que preceitua ser inexigível a licitação quando inviável a competição, e a inviabilidade decorre da singularidade do serviço a ser contratado diretamente, ou seja, de seu caráter extraordinário.

Mais que isso, essa interpretação prestigia a regra constitucional da licitação e o princípio constitucional da impessoalidade, já que, caso houvesse a interpretação literal do supracitado inciso, aplicando-se a inexigibilidade de licitação para a contratação de todo e qualquer serviço técnico de natureza predominantemente intelectual (como o ajuizamento de execuções fiscais, clássico exemplo para o assunto, que se trata de serviço técnico advocatício de natureza intelectual, mas rotineiro nas entidades públicas), a contratação direta deixaria de ser exceção, podendo o administrador escolher o prestador “mais adequado” à prestação do serviço conforme sua subjetividade, pois não haveria como avaliar a notória especialização de um profissional ou de uma empresa em determinada matéria sem que houvesse um serviço singular, incomum, tomado como diretriz. Nesse ponto, Carvalho (2005, p. 127):

A variedade de situações que forjam ou mesmo forçam a caracterização das hipóteses de contratação direta, tais como a apontada acima, é bastante considerável, além de ser o aspecto jurídico que mais fragiliza a aplicação do princípio da impessoalidade nas licitações, já que, afastada a exigência de abertura de processo seletivo, o administrador se vê livre para escolher o contratado e, normalmente, não faz uso desta faculdade para atender o interesse coletivo, mas para favorecer determinado particular e a si próprio. (grifo nosso)

Portanto, a (i)legalidade da contratação direta de serviços técnicos advocatícios é verificada a partir da análise do caso concreto, não cabendo soluções generalizadas, concluindo-se pela tendência de que a doutrina e a jurisprudência sigam exigindo, para a licitude da contratação, os mesmos requisitos que já eram preceituados pelo artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93, dentre eles a natureza singular do serviço, apesar da redação do artigo 73, inciso III, da Lei n. 14.133/2021.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo objetivou elucidar se, diante da edição da Lei n. 14.133/2021, notadamente em razão da redação de seu artigo 74, inciso III, que substituiu a locução “natureza singular” (prevista no artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93) por “natureza predominantemente intelectual”, a singularidade do serviço deixou de ser requisito necessário à contratação direta de serviços técnicos advocatícios.

O roteiro traçado para a pesquisa foi realizado, sendo que foram explicados os fundamentos normativos da licitação, com suas finalidades e as exceções legais do dever de licitar, quais sejam, as hipóteses de licitação dispensável, dispensada e inexigível, adentrando especialmente nos requisitos e nas particularidades da contratação de serviços técnicos advocatícios por meio de inexigibilidade de licitação.

Foi possível analisar a tendência da doutrina e da jurisprudência na interpretação do novel dispositivo acerca da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos advocatícios, tendo como resultados práticos a conclusão de que a supressão da locução “natureza singular” não tem o condão de autorizar a contratação direta de todo e qualquer serviço técnico de natureza intelectual, pois esta autorização iria de encontro à regra geral constitucional de licitação e ao princípio expresso constitucional da impessoalidade, que deve permear todos os atos da Administração Pública.

Dentre as dificuldades para a elaboração do presente estudo, verificou-se a divergência acerca da interpretação dos requisitos da contratação direta, especialmente quanto à natureza do serviço que justifica a inexigibilidade de licitação, e a existência de poucos materiais acerca do assunto, notadamente porque as legislações que agravaram a controvérsia são deveras recentes, como a Lei n. 14.039/2020 e a Lei n. 14.133/2021.

Ainda assim, a doutrina e a jurisprudência tendem a consolidar o entendimento de que a natureza singular do serviço é requisito essencial para a licitude da contratação direta de advogados ou escritórios de advocacia.

Esse entendimento vai ao encontro da preocupação constante da ética nas profissões jurídicas como forma de se concretizar o acesso à justiça, uma vez que serviços ordinários e rotineiros devem ser prestados pela advocacia pública (provimento por concurso público) ou submeterem-se à regra geral de licitação, por haver viabilidade de competição entre profissionais técnicos habilitados, sem necessidade de que sejam notoriamente especializados em alguma área específica, alcançando-se, portanto, o objetivo do presente estudo.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013. *E-book*. ISBN 978-85-309-4882-5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4882-5/>. Acesso em: 3 ago. 2024.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. *E-book*. ISBN 9788553601578. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601578/>. Acesso em: 3 ago. 2024.
- BORGES, Cyonil; SÁ, Adriel. *Manual de Direito Administrativo Facilitado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- BRASIL. *Constituição Federal do Brasil (1988)*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2024.
- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.
- OAB NACIONAL. OAB: licitação para serviço advocatício ao poder público é inexigível. *OAB Nacional*, Brasília, 17 set. 2012a. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/24502>. Acesso em: 1 ago. 2024.
- OAB NACIONAL. *Súmula n. 04/2012/COP*. Brasília, 17 set. 2012b. Disponível em: <http://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula-04-2012-COP.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016*. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 1 ago. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 1 ago. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC/45*. 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5030897>. Acesso em: 1 ago. 2024.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2761/2020 – Plenário*. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 14 de outubro de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2761%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 1 ago. 2024.
- CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Princípio da impessoalidade nas licitações*. Maceió: EDUFAL, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos C. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559776078. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559776078/>. Acesso em: 3 ago. 2024.
- COUTO, Reinaldo; CAPAGIO, Álvaro do C. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786553620452. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620452/>. Acesso em: 3 ago. 2024.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GHIGNONE, Luciano Taques; TOURINHO, Rita. Inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços advocatícios – limites e possibilidades. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 83, p. 87-105, mar. 2022. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2587294/Book_RMP-83.pdf. Acesso em: 2 ago. 2024.
- Global Access to Justice Project. *A New Global Survey*. 2024. Disponível em: <https://globalaccesstojustice.com/thematic-overview/?lang=pt-br>. Acesso em: 3 ago. 2024.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559649822. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649822/>. Acesso em: 3 ago. 2024.
- LEITE JUNIOR, Edgar Hermelino et al. *Licitações e contratos administrativos: uma visão atual a luz dos tribunais de contas*. Curitiba: Jaruá, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia D. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559775934. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775934/>. Acesso em: 3 ago. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. ISBN 9788530991333. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991333/>. Acesso em: 3 ago. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: comparada e comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. ISBN 9786559640218. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640218/>. Acesso em: 3 ago. 2024.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/>. Acesso em: 3 ago. 2024.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559649440. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649440/>. Acesso em: 3 ago. 2024.

PIRES, Antonio Cecilio M. *Direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013. *E-book*. ISBN 9788522483839. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522483839/>. Acesso em: 3 ago. 2024.

WALD, Eli. The Access and Justice Imperatives of the Rules of Professional Conduct. *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, v. 35, n. 375, p. 375-427, 2022.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 13/06/2023
- Controle preliminar e verificação de plágio: 13/06/2023
- Avaliação 1: 08/07/2024
- Avaliação 2: 30/07/2024
- Decisão editorial preliminar: 30/07/2024
- Retorno rodada de correções: 05/08/2024
- Decisão editorial/aprovado: 15/08/2024

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2