

Contratação direta de advogados ou escritórios de advocacia por inexigibilidade de licitação: Análise acerca da dispensabilidade de se provar a natureza singular do serviço como requisito essencial na contratação direta

Direct hiring of lawyers or law firms for non-requirement of bidding: Analysis of the dispensability of proving the unique nature of the service as an essential requirement in direct contracting

Contratación directa de abogados o bufetes de abogados por inexigibilidade de licitación: Análisis acerca de la dispensabilidad de probarse la naturaleza singular del servicio como requisito esencial en la contratación directa

Recebido: 25/10/2022 | Revisado: 09/11/2022 | Aceitado: 12/11/2022 | Publicado: 19/11/2022

Arthur Jazo Germano de Medeiros

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9302-2377>

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

E-mail: arthurjazo@gmail.com

Augusto de França Maia

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2727-2685>

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

E-mail: advaugustomaia@gmail.com

Resumo

A licitação é o meio pelo qual a administração pública, seja ela direta ou indireta, adquire bens e serviços para sustentar a máquina pública. Porém, existem situações em que não é vantajoso essa forma de aquisição, razão pela qual a própria lei, para esses casos, tornou a licitação inexigível, como é o caso da contratação direta de advogados e escritórios de advocacia que prestam um serviço técnico e de notória especialização. Assim, o objetivo do presente artigo é a análise da discussão sobre ser necessário ou não se provar a singularidade como requisito essencial para esse tipo de contrato, haja vista a introdução no ordenamento jurídico da Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 14.133/2021), que suprimiu o termo "natureza singular", quando comparada com a lei antiga (Lei n. 8.666/1992), e a mudança no estatuto da OAB que introduziu a singularidade e o serviço técnico como inerentes à atividade do advogado. Para a conclusão desta obra utilizou-se a revisão bibliográfica, o estudo baseado na doutrina, artigos científicos e a legislação brasileira. Portanto, conclui-se que o processo licitatório é o meio mais isonômico de contratação pelo Estado, porém, a contratação de advogados presume sua singularidade e serviço técnico, necessitando, apenas, provar sua notória especialização, para se conseguir, com isso, contratar um serviço de excelência que possa satisfazer a situação específica.

Palavras-chave: Licitação; Inexigibilidade; Administração pública; Singularidade.

Abstract

Bidding is the means by which the public administration, whether direct or indirect, acquires goods and services to sustain the public machine. However, there are situations in which this form of acquisition is not advantageous, which is why the law itself, for these cases, made bidding unenforceable, as is the case with the direct hiring of lawyers and law firms that provide a technical service and notorious specialization. Thus, the purpose of this article is the analysis of the discussion about whether or not singularity is proven as an essential requirement for this type of contract, given the introduction into the legal system of the New Law of Bids and Contracts (Law no. 14.133/2021), which suppressed the term "singular nature", when compared with the old law (Law no. 8.666/1992), and the change in the statute of the OAB that introduced the singularity and technical service as inherent to the activity of the lawyer. For the conclusion of this work, we used the bibliographic review, the study based on doctrine, scientific articles and brazilian legislation. Therefore, it is concluded that the bidding process is the most isonomic means of contracting by the State, however, the hiring of lawyers presumes its uniqueness and technical service, requiring only to prove its notorious specialization, in order to be able to hire a service of excellence that can satisfy the specific situation.

Keywords: Bidding; Unenforceability; Public administration; Singularity.

Resumen

La licitación es el medio por el cual la administración pública, ya sea directa o indirecta, adquiere bienes y servicios para sostener la máquina pública. Sin embargo, hay situaciones en las que no es ventajoso esta forma de adquisición, razón por la cual la propia ley, para esos casos, hizo la licitación inexigible, como es el caso de la contratación directa de abogados y bufetes de abogados que prestan un servicio técnico y de notoria especialización. Así, el objetivo de este artículo es analizar la discusión sobre ser necesario o no probarse la singularidad como requisito esencial para ese tipo de contrato, haya vista la introducción en el ordenamiento jurídico de la Nueva Ley de Licitaciones y Contratos (Ley n. 14.133/2021), que suprimió el término “naturaleza singular”, en comparación con la ley antigua (Ley n. 8.666/1992), y el cambio en el estatuto de la OAB que introdujo la singularidad y el servicio técnico como inherentes a la actividad del abogado. Para la conclusión de esta obra se utilizó la revisión bibliográfica, el estudio basado en la doctrina, artículos científicos y la legislación brasileña. Por lo tanto, se concluye que el proceso licitatorio es el medio más isonómico de contratación por el Estado, sin embargo, la contratación de abogados presume su singularidad y servicio técnico, necesitando, solo, probar su notoria especialización, para lograrse, con eso, contratar un servicio de excelencia que pueda satisfacer la situación específica.

Palabras clave: Licitación; Inexigibilidad; Administración pública; Singularidad.

1. Introdução

A licitação é uma ferramenta que busca de forma mais isonômica possível adquirir bens e serviços com o intuito de prestar o serviço público contínuo e de excelência, a fim de combater as práticas de corrupção, nepotismo e favorecimentos pessoais. Motta (2011) anota que a licitação constitui, portanto, o instrumento de que dispõe o Poder Público para coligir, analisar e avaliar comparativamente as ofertas, com a finalidade de julgá-las e decidir qual será a mais favorável.

Porém, há situações em que não é interessante para o setor público a disputa para escolher quem tem a melhor proposta, visto que não necessariamente a melhor proposta será aquela resultante do procedimento licitatório, mormente os casos em que se tratam de serviços de cunho qualitativo e de natureza subjetiva, ou seja, específicos para a situação que se exige. Vale salientar, nesse sentido, a lição de Niebuhr (2021):

A obrigatoriedade de licitação pública encontra limites, porque há casos em que ela não poderia se desenvolver regularmente. Eis as hipóteses de inexigibilidade de licitação pública, ou seja, hipóteses em que não se poderia exigir que se procedesse à licitação pública, uma vez que, mesmo se a Administração Pública quisesse realizá-la, tal empreendimento estaria fadado ao insucesso por força da inviabilidade de competição.

Situações específicas nas quais precisa-se de serviços técnicos especializados, os quais só determinados profissionais com notória especialização podem prestá-los, urgem a necessidade de a lei prever que é inexigível licitar, pois a concorrência não trará benefício algum. Neste artigo, portanto, será analisado a questão da contratação de advogados e escritórios de advocacia nesta situação. Além disso, será abordada a necessidade ou não desses profissionais provarem que o seu serviço é de natureza singular e se essa singularidade é realmente preponderante para se caracterizar inexigível a licitação.

2. Metodologia

O estudo tem natureza exclusivamente bibliográfico, isto é, procurou buscar conhecimentos e angariar novos fatos através da revisão literária. Esse aprofundamento se deu na busca de estudos sobre a importância da licitação e da contratação direta no âmbito da administração pública, ressaltando principalmente a discussão acerca do fato da singularidade como fator primordial ou não na contratação direta de advogados ou escritórios de advocacia.

Esse apanhado foi realizado através de livros, revistas especializadas, artigos científicos, leis, Constituição Federal, dentre outros, visando sempre a análise e posterior desenvolvimento do tema em questão, buscando expor de forma mais clara e concisa a temática em intento. Outrossim, a pesquisa se funda em textos teóricos já publicados, sendo necessária a leitura, estudo e interpretação, a fim de se atingir o conhecimento indispensável para a formulação do presente artigo. Nesse sentido:

A pesquisa bibliográfica, para Fonseca (2002), é realizada a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos e páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem, porém, pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta.

Portanto, cabe-nos ressaltar que se utilizou de uma revisão narrativa, no qual, buscou-se analisar trabalhos e estudos já realizados sobre o tema, utilizando a fundamentação teórica para enriquecer a discussão, estudando as obras e posteriormente apresentando os resultados dos estudos. Nesse contexto, para chegar às conclusões necessárias no presente artigo, procedeu com a investigação em artigos, livros, doutrinas e normas que abrangem a temática abordada, sendo utilizados os seguintes descritores: “Licitação”, “Contratação direta por Inexigibilidade”, “Singularidade nas contratações diretas”.

Nessa ótica, de acordo com Rother (2007) os artigos de revisão, assim como outras categorias de artigos científicos, são uma forma de pesquisa que utilizam de fontes de informações bibliográficas ou eletrônicas para obtenção de resultados de pesquisas de outros autores, com o objetivo de fundamentar teoricamente um determinado objetivo. Nesse contexto, como critério de elegibilidade foram usadas obras, artigos, resumos e a legislação vigente para ampliar a visão e facilitar o estudo da contratação direta de advogados, bem como, a dispensabilidade de se provar a natureza singular do serviço desses profissionais. Assim, nas tabelas a seguir estão elencadas as obras e a legislação que foram fundamentais para esta produção acadêmica:

Tabela 1 - Trabalhos selecionados para fundamentar a pesquisa.

Autor(es) do Trabalho	Título e subtítulo	Ano de Publicação
Barros, W. P.	<i>Licitações e Contratos Administrativos</i>	2009
Braz, P	<i>Processo de licitação, contrato administrativo e sanções penais</i>	2007
Carvalho, F. J. S.	<i>Manual de Direito Administrativo.</i>	2008
Carvalho, F. J. S.	<i>Manual de Direito Administrativo.</i>	2011
Di Pietro, M. S. Z	<i>Direito Administrativo</i>	2017
Guimarães, E. & Santos, J. A. A	<i>Lei das Estatais.</i>	2017
Ferraz, L.	<i>Por que a singularidade é o Wolverine da nova Lei de Licitações?.</i>	2021
Ferraz, L	<i>The walking dead na Administração' – temporada final (nova lei de licitações).</i>	2021
Fonseca, J. J. S	<i>Metodologia da pesquisa científica</i>	2002
Freitas, L. V. de	<i>Direito dos Contratos Públicos e Administrativos</i>	2014
Filho, J. M.	<i>Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.</i>	2019
Filho, J. M	<i>Comentários à lei de licitações e contratos administrativos</i>	2022
Fernandes, J. U. J.	<i>Contratação Direta sem Licitação.</i>	2011
Mattos, M. R. G.	<i>Contratação Direta dos Serviços Advocatícios, in O contrato Administrativo</i>	2002
Mello, C.A .B. de.	<i>Curso de Direito Administrativo.</i>	2014
Motta, C. P. C.	<i>Eficácia nas Licitações e Contratos.</i>	2008
Motta, C. P. C.	<i>Eficácia nas Licitações e Contratos.</i>	2011
Niebuhr, J. M.	<i>Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.</i>	2021
Oliveira, R. C. R.	<i>Licitações e contratos administrativos: teoria e prática.</i>	2015
Torres, R. C. L. de & Barcelos, D.	<i>Licitações e Contratos nas Empresas Estatais</i>	2018

Fonte: Elaborada pelos autores.

Tabela 2 - Legislação para fundamentar e embasar a pesquisa.

Legislação	Ano
<i>Constituição da República Federativa do Brasil 1988</i>	1988
Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. <i>Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências</i>	1993
<i>Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos</i>	2021
<i>Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)</i>	1994
Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), e o Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, <i>para dispor sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade</i>	2020

Fonte: Elaborada pelos autores.

Deste modo, a pesquisa foi baseada em uma revisão doutrinária com uma análise de conteúdo por meio de obras, artigos e legislação atual, mediante uma abordagem crítica e qualitativa, com o intuito de embasar a investigação contribuindo para que o tema seja bem elucidado. Conforme podemos nos orientar pelas lições de Bardin (2016) que destaca a importância de realizar leituras flutuantes, construir o *corpus* e logo após formular hipóteses de conteúdo.

Então, percebe-se que foi utilizado para o enriquecimento da pesquisa uma gama de autores renomados, para que seja entendido os diversos aspectos e discussões que cercam o universo das licitações e contratos administrativos, principalmente ao que concerne à necessidade ou não de se provar a natureza singular do serviço prestado na inexigibilidade. Diante deles, utilizou-se a orientação de Pereira A. S. et. al. (2018), no qual dispõe: “os métodos qualitativos são aqueles nos quais é importante a interpretação por parte do pesquisador com suas opiniões sobre o fenômeno em estudo.”

3. Resultados e Discussão

3.1 Considerações Gerais Sobre Licitações e o Dever de Licitar

A administração pública é dotada de princípios que regem a sua atuação, dentre os quais se pode destacar o princípio da supremacia do interesse público, que permite muitos atos administrativos que vão além da capacidade do particular. Porém, em contraponto a esse princípio, pode-se destacar também o princípio da indisponibilidade do interesse público, que funciona em um sistema de contrapeso e “freia” a supremacia. Deste modo, a administração pública, por ter prerrogativas inerentes ao seu exercício, também tem deveres que lhe proporcionam sempre atuar com isonomia perante os administrados.

Dentre esses deveres, destaca-se a obrigação de licitar para adquirir bens e serviços que são necessários para o seu funcionamento. Carvalho Filho (2011) explica que a licitação foi introduzida no direito público brasileiro há mais de cento e quarenta anos, porém, somente a partir de 1988 recebeu status de princípio constitucional, de observância obrigatória pela administração pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Na esfera privada quando há a necessidade de adquirir um bem ou um serviço, procuram-se pessoas que vendem os produtos com maior qualidade e os menores preços, que forneçam as mercadorias com a procedência necessária para que o uso seja prolongado e durável. No âmbito administrativo, todavia, isso não é possível, visto que não se pode escolher de maneira aleatória, como se particular fosse. Quando há a necessidade de aquisição de algum bem ou serviço, o que deve ser realizado é uma licitação.

Segundo Charles (2018), a licitação é um procedimento prévio de seleção, por meio do qual a Administração, através de critérios previamente estabelecidos e isonômicos, seleciona a melhor alternativa para a celebração de um contrato para a administração. Ainda nesse sentido o professor Mello (2009) aduz:

Procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

A licitação nada mais é que a maneira com a qual a lei permite que a administração pública adquira bens e serviços essenciais para manter a sociedade e determinado ente público, que necessita da aquisição de objetos e na realização de trabalhos de maneira a servir bem aos administrados. Desta forma, existe para a administração o dever de licitar, o dever de se adequar à lei para conseguir adquirir o que lhe é necessário para dar continuidade ao serviço público.

Esse dever de contratar bens ou serviços mediante licitação é inerente aos entes que fazem parte da administração pública direta e indireta, são eles: os entes federados e seus órgãos, como também autarquias e fundações. Lembrando que as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), sejam exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviço público, possuem regime próprio licitatório previsto na Lei n. 13.303/16 – Lei das Estatais.

Portanto, a lei pretende com o advento da licitação buscar a proposta mais vantajosa para a administração pública, haja vista que, nos processos licitatórios há uma disputa. Assim, o licitante que apresentar a melhor proposta será de fato o que irá fornecer o objeto ou serviço pleiteado pelo ente público. É imprescindível comentar, ainda, que a licitação objetiva sempre a isonomia e, por conseguinte, a moralidade e transparência. Está-se referindo a dinheiro público, então deve-se sempre ter em mente que o certame tem que ser regido por princípios que possam garantir o melhor custo benefício para a coletividade. Desta maneira, a isonomia é fator preponderante, ou seja, em hipótese alguma poderá haver favorecimento ou informações privilegiadas para os concorrentes.

Da mesma forma, é princípio norteador das licitações o desenvolvimento nacional sustentável; o grande objetivo da administração pública está em gerir o patrimônio licitamente e com o vislumbre de fortalecer cada vez mais o ambiente em que vivemos, prosperar e fazer com o que as pessoas vivam melhor.

Assim, Justen (2022) parte do pressuposto de que a busca do desenvolvimento nacional sustentável não é uma finalidade da licitação em si, mas de toda a contratação pública. Para o autor, “a licitação é um procedimento seletivo de propostas — esse procedimento não é hábil a promover ou deixar de promover o desenvolvimento nacional sustentável”. Mesmo assim, a “licitação passa a ser orientada a selecionar a proposta mais vantajosa, inclusive sob o prisma do desenvolvimento nacional sustentável”.

3.2 Inexigibilidade de Licitação

Como vimos, licitar é a regra na administração pública, todavia, na seara das compras públicas há exceções. A contratação direta, sem o processo licitatório, pode ocorrer nas formas de dispensa e inexigibilidade de licitação. Di Pietro (2017) explica:

A diferença básica entre as duas hipóteses reside no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.

A dispensa ocorre quando há alguma hipótese específica prevista na lei que permite que haja esse tipo de contratação, portanto, um rol taxativo. Vale salientar que na situação da dispensa poderia ocorrer a concorrência, mas por fato superveniente previsto na legislação é autorizado dispensar-se. E existe também, que é o objeto do nosso estudo, a inexigibilidade de licitação, que acontece quando a competição é desnecessária, pois não atende aos interesses administrativos. Deste modo, podemos inserir o pensamento de Justen (2019) que aduz:

É inexigível a licitação quando a disputa for inviável. Havendo viabilidade de disputa é obrigatória a licitação, excetuados os casos de dispensa imposta por lei. Sob esse ângulo, a inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto que 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.

Ainda sobre essa questão dispõe Filho (2019):

O legislador, depois de afirmar o sentido da inexigibilidade, acrescenta a locução “em especial”. A interpretação que nos parece correta é a de que, firmada a regra pela qual na inexigibilidade é inviável a competição, a lei tenha enumerado situações especiais nos incisos I a III de caráter meramente exemplificativo, não sendo de se excluir, portanto, outras situações que se enquadrem no conceito básico.

A lei que rege as Licitações e os contratos Administrativos é a Lei n. 8.666/1993, a qual disciplina no seu artigo 25 e incisos, as três hipóteses de licitação inexigível. Porém, esta lei está sendo substituída pela Lei n. 14.133/2021, que disporá sobre a mesma questão.

Apesar da nova lei de licitações e contratos administrativos ter sua vigência a partir da data de sua publicação que foi 01 de abril de 2021, o legislador deu um prazo para que a antiga lei seja revogada, ou seja, as leis que dispunham sobre essa matéria serão revogadas 02 (dois) anos após a publicação da Lei n. 14.133/2021. Portanto, até o presente momento, as duas leis estão vigorando e produzindo efeitos concomitantemente. Deste modo, em seu artigo 74, a Lei n. 14.133/2021 dispõe:

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

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

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: (grifos acrescentados)

Portanto, como pode-se analisar, a lei enumera esse rol exemplificativo de situações em que não é necessário a aquisição de bens e serviços por meio da licitação. Desse modo, a administração pública poderá adquirir de forma direta. É como anota Oliveira (2015):

A inviabilidade de competição pode decorrer de duas situações: i) impossibilidade fática da competição, tendo em vista que o produto ou serviço somente é disponibilizado por um único fornecedor; e ii) impossibilidade jurídica de competição, pois ausentes critérios objetivos para definir a melhor proposta, de modo que a licitação não teria o condão de estabelecer julgamento objetivo.

A hipótese do inciso terceiro é a contratação serviços técnicos especializados, de natureza intelectual com profissionais e empresas de notória especialização. Aqui entra, portanto, a contratação direta de advogado ou escritório de advocacia que tenha, comprovadamente, relevante saber na matéria que a administração carece. Mello (2014) comenta:

São licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial, entre ofertantes. Segue-se que há inviabilidade lógica deste certame, por falta de seus "pressupostos lógicos", em duas hipóteses: a) quando o objeto pretendido é singular, sem equivalente perfeito. Neste caso, por ausência de outros objetos que atendam à pretensão administrativa, resultará unidade de ofertantes, pois, como é óbvio, só quem dispõe dele poderá oferecê-lo; b) quando só há um ofertante, embora existam vários objetos de perfeita equivalência, todos, entretanto, disponíveis por um único sujeito. [...] Em rigor, nos dois casos cogitados não haveria como falar em "dispensa" de licitação, pois só se pode dispensar alguém de um dever possível. Ora, em ambas as situações descritas a licitação seria inconcebível. Por isso, a legislação optou por denominá-las como casos de "inexigibilidade de licitação".

3.3 A Contratação Direta de Advogados por Inexigibilidade e as Modificações Trazidas Pela Nova Lei Nº 14.133/2021

Como supracitado, vê-se que a Lei n. 8.666/93 será substituída pela Lei n. 14.133/21, modificação essa que trará algumas mudanças importantíssimas. Uma dessas mudanças é o fato de que a lei antiga dispunha que para haver a contratação de serviços técnicos especializados, situação do inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/21, e do inciso II do artigo 25 da Lei n. 8.666/93, necessitava se provar a natureza singular do serviço prestado especificamente pelo advogado ou escritório de advocacia. O inciso dispunha o seguinte:

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; (grifos acrescidos)

E com o advento da nova lei, passa a vigorar com a seguinte redação:

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;

Portanto, percebe-se que na Lei n 8.666/93 a natureza singular era imprescindível e era literalmente cobrada essa singularidade no objeto da inexigibilidade. Por sua vez, o inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/21, também literalmente, exige apenas que o serviço seja considerado técnico especializado de natureza predominantemente intelectual e não menciona a expressão singular nem algo do gênero, e que o profissional tenha notória especialização.

O cerne da discussão reside, então, no fato de que se o profissional a ser contratado apenas tem que provar que seu serviço é técnico e é notória sua especialização, suprimindo o fato de ser singular ou não, ainda haverá, neste caso, a inviabilidade de competição? Isso porque pode haver outros profissionais ou empresas que tenham as especificações objetivas solicitadas e possam desempenhar o mesmo serviço.

3.4 Definição de Singularidade

Nesse contexto, questiona-se o conceito da expressão "singularidade". O que vem a ser um serviço de natureza singular? Motta (2008) explica que a singularidade implica em característica própria de trabalho, que o distingue dos demais. Braz (2007), a seu turno, conclui que a expressão traz sentido especial, com peculiaridades que permitem distinguir a coisa, não podendo a expressão ser entendida literalmente. Na singularidade cobrada na contratação por inexigibilidade, segundo o Acórdão 1397/2022 Plenário TCU, Relator Ministro Benjamin Zymler, é disposto o seguinte:

Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento.

Veja-se ainda a definição de Fernandes (2011), que aponta que singular é a característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador. Observa-se, então, que a questão da inexigibilidade está atrelada ao fato de que na contratação de profissionais deve-se demonstrar que o objeto se inclui entre os serviços técnicos especializados e que o contratado tenha notória especialização. Já a natureza singular é associada a critérios subjetivos, os quais são insuscetíveis de serem aplicados ao processo licitatório que tem por fundamento a análise e observância de métodos objetivos. Portanto, esses métodos objetivos são características comuns que cotidianamente pode-se encontrar. Guimarães e Santos (2017) ainda introduzem:

Ademais, precisamos deixar claro que não é qualquer serviço técnico profissional que pode ser contratado diretamente com empresas ou profissionais notoriamente especializados. Em que pese à lei não fazer menção expressa, é forçoso concluir que o serviço, além de técnico profissional especializado, deve ser de natureza singular, ou seja, deve ser excepcional, incomum ao cotidiano administrativo, diferenciando-se de outros similares a ponto de ser considerado peculiar.

3.5 A Controvérsia Acerca da Singularidade Como Requisito Essencial Na Contratação de Advogados e Escritórios de Advocacia

Não obstante isso, ressalta-se a importante divergência que ainda rodeia o tema. Fato é que ainda há dúvidas sobre a necessidade ou não do fator singularidade para a contratação dos profissionais da advocacia. Destaca Mattos (2002):

A singularidade dessa prestação de serviços está fincada nos conhecimentos individuais de cada profissional da Advocacia, impendido, portanto, que a aferição da competição seja plena, pois não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas. [...] vamos mais além por entender que a singularidade do advogado está obviamente interligada a sua capacitação profissional, o que de certa forma inviabiliza o certame licitatório pelo fato de não ser aferido o serviço pelo preço ofertado.

Destaca-se o fato da literalidade da lei; antes ela apresentava explicitamente a natureza singular como pressuposto para ocorrer a inexigibilidade, porém, a nova lei não apresenta mais esse fator no seu texto, ponto que pressupõe que o legislador não tenha mais interesse que se tenha que provar essa natureza singular do serviço do advogado.

Soma-se a isso o fato de que o conceito de singularidade é indeterminado, ou seja, não é um conceito objetivo e é difícil sua aplicação, abrindo margem para diversas interpretações, inclusive excessos dos órgãos de controle, que muitas vezes inviabilizam as contratações diretas por inexigibilidade legítimas, previstas por lei, por interpretar mal esse caráter singular do serviço, causando, portanto, insegurança jurídica em sua aplicação, pois não se consegue delimitar até onde vai a singularidade no serviço prestado.

Em contraponto a essas afirmações, pode-se destacar que a natureza singular do serviço é o que torna a impossibilidade de haver uma concorrência, ou seja, se o serviço não for singular, mas apenas de notória especialização, pode-se entender que é um serviço comum, viabilizando, então, a concorrência. Percebe-se que os serviços ordinários e comuns, pelo princípio da isonomia, são objetos de concorrência, pois qualquer profissional ou empresa que consegue ofertá-los pode concorrer. Vislumbra-se, portanto, a questão que os serviços que podem ser avaliados por critérios objetivos devem ser objetos de disputa, restando para a inexigibilidade aqueles serviços que são apreciados mediante critérios subjetivos.

Outro fator que se soma aos argumentos de quem defende a singularidade é que não só a natureza singular é um critério subjetivo, mas diversos outros termos jurídicos também o são, e isso não inviabiliza o seu uso mediante a seara jurídica. Então, não provar a natureza singular do serviço do advogado, por ser um termo amplo e com várias interpretações, ensinaria o perecimento de vários outros termos jurídicos que também são objeto de discussões e posicionamentos distintos.

Contudo, apesar da nova lei de licitações ter suprimido a expressão “natureza singular”, muitos ainda atribuem ela como intrínseca à contratação direta dispensada na hipótese do artigo 74, III, da Lei n. 14.133/2021. Deste modo, como leciona Ferraz (2021), que se percebe é que a singularidade (não reproduzida na Lei 14.133/21) foi transformada, por muitos, em dogma jurídico. De nada adianta que o legislador deliberadamente a tenha excluído da Lei 14.133/21 (e da Lei 13.303/16), porque sua força normativa seria ontologicamente pressuposta ao tipo específico de contratação de notórios especializados, seja qual for o seu objeto.

3.6 A Natureza Singular Inerente à Atividade da Advocacia

Portanto, como se pode perceber, há uma divergência doutrinária bem acentuada envolvendo essa questão, vez que há doutrinadores que defendem a continuação do fator singularidade para a contratação direta por inexigibilidade de advogados e escritórios de advocacia e outros que acreditam que não há a preponderância necessária em se provar esse quesito para se ter uma inexigibilidade legítima e legal.

Com toda essa discussão e essa problemática revestindo o tema, foi aprovada uma lei que altera o estatuto da OAB e influencia diretamente no entendimento dessa questão. A Lei n. 14.039/2020 altera a Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB) e acrescenta à sua redação o artigo 3º-A que dispõe:

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

Assim, a lei aduz que o serviço do advogado, por si só, já se caracteriza como sendo técnico e singular, só bastando para sua contratação a comprovação de sua notória especialização. A lei também traz o conceito de notória especialização, no parágrafo único do artigo 3º-A:

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Então, esse importante dispositivo jurídico não resolveu a questão da imprescindibilidade do serviço de natureza singular para a contratação direta, porém, inseriu a singularidade como inerente ao serviço do profissional jurídico, o que proporciona ao advogado a disponibilidade de apenas ter que provar sua notória especialização na temática em que a administração pública está necessitando da sua contratação.

Cabe ressaltar, ainda, que a administração pública deve se ater ao fato de que a notória especialização deve estar presente na contratação direta, sendo imprescindível que o contratado prove que é um profissional que já tem um conhecimento que é necessário para satisfazer a necessidade do contratante. O que se inseriu foi a tecnicidade e especificidade ao profissional jurídico.

Analisando de maneira mais aprofundada, a lei introduziu que o advogado, no exercício da sua função, automaticamente detém critérios técnicos e singulares, o que faz com que esses profissionais, de plano, já preencham dois dos

três quesitos necessários para a contratação direta por inexigibilidade que se refere o artigo 74, inciso III, da Lei n. 14.133/2021, restando, então, apenas demonstrar que é perito em determinada área que a administração pública carece.

4. Considerações Finais

Conclui-se, portanto, que a administração pública deve, em primeira análise, buscar, sempre que for possível, o certame licitatório para adquirir os bens e serviços necessários para a sua manutenção e desenvolvimento. A isonomia deve sempre prevalecer nas compras públicas, haja vista estar-se lidando com patrimônio público e interesse coletivo.

Porém, há serviços, como os serviços dos advogados e escritórios de advocacia, que são imprescindíveis e subjetivos, ou seja, aquela especificidade é inerente a eles, o que torna a concorrência nesses casos um fator prejudicial para a administração. Então, a melhor maneira que a lei encontrou para essa questão foi não exigir a licitação para esses casos específicos. Esse pensamento é corroborado com as lições de Ferraz (2021):

É que a identificação da necessidade pública e a definição quanto ao meio mais eficiente para o seu provimento são, no exame das situações de inexigibilidade, um processo avaliativo de matriz qualitativa e não quantitativa. A razão de ser é singela: nesse tipo de contratação predomina o aspecto subjetivo, a ver a balança pesar em favor da garantia de qualidade e eficiência do serviço, que decorrem essencialmente do diferencial técnico do executor.

Para haver essa inexigibilidade, há uma grande divergência no que concerne à necessidade ou não de provar que esse serviço é singular. Assim, o advogado, além de provar sua notória especialização no assunto, também deveria mostrar que o serviço possui natureza singular.

A natureza singular em sede da Lei n. 8.666/93 era cobrada diretamente em seu texto, já na nova Lei n. 14.133/21 esse termo foi retirado. Então a discussão aumentou, sendo necessária a edição de lei que inseriu essa singularidade como inerente à atividade do advogado, ou seja, todo e qualquer serviço advocatício é, por si só, singular, encerrando, neste caso, a necessidade de o profissional provar esse fato, tendo apenas que demonstrar sua notória especialização no tema, para que seja justificada a sua contratação direta e que, acima de tudo, quem se beneficie com seus serviços seja a administração pública, assim como, a população em geral que clama por serviços públicos de excelência e qualidade.

Por fim, é importante ressaltar a atualidade do tema, haja vista a nova lei ter entrado em vigor recentemente. Propõe-se, então, para futuros temas de projeto de pesquisa, a análise aprofundada que se com a dispensabilidade de se provar a natureza singular do serviço prestado pelo advogado há o risco de se contratar por afinidade, escolhendo o contratado com base em critérios objetivos. Pois, é nítido que ficou menos burocrático contratar, então deve-se haver um maior aprofundamento no tema para que sirva de objeto de estudo e ajude a elucidar ainda mais a pesquisa.

Referências

- Bardin, L. (2016). *Análise de Conteúdo*. (70a ed.): Almedina Brasil.
- Barros, W. P. (2009). *Licitações e Contratos Administrativos*: Atlas.
- Brasil. (1988). *Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da república federativa do Brasil de 1988*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- Brasil. (2021). Lei Nº 14.133, de 1º de abril de 2021. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm
- Brasil. (1993). Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm
- Brasil. (1994). Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994. *Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm

- Brasil. (2020). Lei nº 14.039 de 17 de agosto de 2020. Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), e o Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, para dispor sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14039.htm
- Braz, P. (2007). *Processo de licitação, contrato administrativo e sanções penais*. (pp. 182) (2ª ed.) Leme: Mizuno.
- Carvalho, F. J. S. (2008). *Manual de Direito Administrativo*. (19ª ed.): Lumen Júris.
- Carvalho, F. J. S. (2011). *Manual de Direito Administrativo*. (7ª ed.), Lúmen Júris.
- Di Pietro, M. S. Z. (2017). *Direito Administrativo*. (30ª. ed.) Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense.
- Guimarães, E., & Santos, J. A. A. (2017). *Lei das Estatais*. (p. 83). Belo Horizonte: Fórum.
- Ferraz, L. (2021). *Por que a singularidade é o Wolverine da nova Lei de Licitações?*. https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/224183/ConJur%20%20Por%20que%20a%20singularidade%20%C3%A9%20o%20Wolverine%20da%20nova%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es_.pdf?sequence=1.
- Ferraz, L. (2021). *'The walking dead na Administração' – temporada final (nova lei de licitações)*. <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222440/5Bartigos%5D%20the%20walking%20dead%20na%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20-%20temporada%20final%20-%20conjur.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Fonseca, J. J. S. (2002). *Metodologia da pesquisa científica*. Fortaleza: UEC.
- Freitas, L. V. de. (2014). *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*. AAFDL - Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- Filho, J. M. (2019). *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. (pp. 233) (18ª ed.) RT.
- Filho, J. M. (2022). *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. (pp. 144). Revista dos Tribunais.
- Fernandes, J. U. J. (2011). *Contratação Direta sem Licitação*. (pp. 604) (9ª ed.) Fórum.
- Mattos, M. R. G. (2002). *Contratação Direta dos Serviços Advocatórios, in O contrato Administrativo*. (2ª ed.): América Jurídica.
- Mello, C. A. B. de. (2014). *Curso de Direito Administrativo*. (pp. 557) (32ª ed.) Malheiros.
- Motta, C. P. C. (2008). *Eficácia nas Licitações e Contratos*. (pp. 305) (11ª ed.) Del Rey.
- Motta, C. P. C. (2011). *Eficácia nas Licitações e Contratos*. (12ª ed.): Editora Del Rey.
- Niebuhr, J. M. (2021). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. (pp. 283) (2ª ed.): Zênite.
- Oliveira, R. C. R. (2015). *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática: Método*.
- Pereira, A. S., et. Al. (2018). *Metodologia da Pesquisa Científica*. UFSM
- Rother, E. T. (2007). *Revisão sistemática da literatura X revisão narrativa*. Acta Paul Enferm., 20 (2), v-vi. <https://doi.org/10.1590/S0103-21002007000200001>
- Torres, R. C. L., & Barcelos, D. (2018). *Licitações e Contratos nas Empresas Estatais*. Juspodivim.