

*Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA (2019). Pós-Doutorando em Direito Constitucional pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestre em Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC, área de concentração em Instituições Sociais, Direito e Democracia. Estagiário Docente de Direito Privado e Processual Civil do Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC (2018/2019). Representante Discente dos PPGs no Conselho de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão - CONSEPPE/FUMEC. MBA em Gestão Municipal pela Faculdade Unyleya (2018). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Dom Pedro Segundo (2018). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho (2013). Bacharel em Direito da PUC Minas (2010). Monitor de Direito Constitucional da PUC Minas Betim (2010). Licenciado em Letras e suas Literaturas PUC Minas Betim (2002). Especialista em Arte, Educação e Tecnologias Contemporâneas pela UNB (2006). Pesquisador no Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Editor Chefe das Revistas e Pesquisas do IMPD. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Associado do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Membership do CAED-Jus. Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais. Professor Orientador no Grupo Educacional IESLA/ESJUS. Professor da disciplina Metodologia de Pesquisa Jurídica na Pós-Graduação em Direito do IUNIB (2010/2013). Professor da disciplina Teoria Geral do Estado no IEC/PUC Minas, em parceria com EJEF/TJMG (2013). Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, desde 1995. E-mail: adrianoribeiro@yahoo.com

**Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC. Estagiário Docente de Direito Público da Universidade FUMEC. Pesquisador do ProPic Fumec 2019/2020. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (Rio de Janeiro). Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Cândido Mendes (Rio de Janeiro). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Itaúna

A SINGULARIDADE DO OBJETO COMO FUNDAMENTO PARA A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA

THE UNIQUE SINGULARITY OF THE OBJECT AS A FOUNDATION FOR THE BIDDING INEXIGIBILITY: DIRECT CONTRACTING OF LEGAL SERVICES

Adriano da Silva Ribeiro*
Giovanni Galvão Villaça Gregório**
Estevão Grill Pontone***

Como citar: RIBEIRO, Adriano da Silva; GREGÓRIO, Giovanni Galvão Villaça; PONTONE, Estevão Grill. A singularidade do objeto como fundamento para a inexigibilidade de licitação: contratação direta de serviços de advocacia. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 18, n. 2, p. 48-64, ago.2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n2p.48. ISSN: 1980-511X

Resumo: A contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de serviços técnicos de advocacia e consultoria jurídica é possível, desde que atendidos os requisitos dos arts. 25, II c/c 13, V, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993) e do art. 74, da Lei nº 14.133/21 (BRASIL, 2021). Contudo, o tema suscita discussões acadêmicas e também no Judiciário, na medida em que a utilização indiscriminada dessa excepcionalidade para o desempenho de atividades que não apresentam complexidades incomuns pode ensejar a imputação dos contratantes em ato de improbidade administrativa, porque a contratação não se reveste da singularidade exigida pela Lei de Licitações. Para o desenvolvimento do artigo, empregada metodologia centralizada na pesquisa bibliográfica e no procedimento analítico, desenvolvendo-se a partir da abordagem crítica das obras e documentos consultados, a fim de se obter uma análise fundamentada acerca do tema em estudo. Conclui-se que a contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por meio de inexigibilidade de licitação, em si, não constitui ato ímprobo.

Palavras-chave: inexigibilidade de licitação; serviços de advocacia; singularidade do objeto.

Abstract: Direct contracting, due to the lack of a bidding process,

of technical services for legal and legal advice is possible, provided that the requirements of arts. 25, II c / c 13, V, of Law n° 8.666 / 93 (BRASIL, 1993) and art, 74, of Law No. 14.133/21 (BRASIL, 2021). However, the issue raises academic discussions and also in the Judiciary, as the indiscriminate use of this exceptionality for the performance of activities that do not present unusual complexities can give rise to the imputation of contractors in an act of administrative improbity, because the contracting does not have the uniqueness required by the Bidding Law. For the development of the article, a methodology based on bibliographic research and the analytical procedure was used, developing from the critical approach of the consulted works and documents, in order to obtain a reasoned analysis on the subject under study. It is concluded that the direct hiring of a lawyer or law firm by a public entity, by means of unenforceable bidding, in itself, does not constitute an unlawful act.

Keywords: bidding unenforceability; advocacy services; uniqueness of the object.

(Minas Gerais). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2009). Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (desde 2013), com atuação em Câmara de Direito Público. E-mail: giovanni_vilaca@hotmail.com

Bacharel em Direito na Universidade José do Rosário Vellano. Estagiando no Escritório Vanessa Verdolim. Monitor de Direito do Trabalho I e II; Monitor de Ciência Polícia; Monitor de Falência/Recuperação de Empresas. E-mail: estevaonosco@gmail.com

INTRODUÇÃO

Neste artigo pretende-se apresentar estudo sobre a singularidade do objeto como fundamento para a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços de advocacia e consultoria jurídica.

A contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de serviços técnicos de advocacia e consultoria jurídica é possível, desde que atendidos os requisitos dos arts. 25, II c/c 13, V, da Lei nº 8.666/93 e do art, 74, da Lei nº 14.133/21 (BRASIL, 1993, 2021). Contudo, o tema suscita discussões acadêmicas e também no Judiciário, na medida em que a utilização indiscriminada dessa excepcionalidade para o desempenho de atividades que não apresentam complexidades incomuns, pode ensejar a imputação dos contratantes em ato de improbidade administrativa, porque a contratação não se reveste da singularidade exigida pela Lei de Licitações.

A importância do tema avulta, especialmente no momento em que se vive, no qual pequenos e médios municípios, com poucos recursos financeiros, contratam escritórios de advocacia para exercer o papel da procuradoria municipal, e seus gestores se veem responsabilizados, civil e criminalmente, por inexistir licitação para contratação deste tipo de serviço.

Para o desenvolvimento do artigo, será empregada metodologia centralizada na pesquisa bibliográfica e no procedimento analítico, desenvolvendo-se a partir da abordagem crítica das obras e documentos consultados, a fim de se obter uma análise fundamentada acerca do tema em estudo.

Por fim, este trabalho será estruturado partindo-se, inicialmente, do conceito de licitação e princípios da moralidade impessoalidade e, na sequência, a caracterização do serviço contratado. A seguir, examinar-se-á como ocorre a inexigibilidade de licitação quando se contratar profissionais de notória especialização. Em prosseguimento, o exame da inexigibilidade de licitação pela singularidade do objeto.

Com a elaboração desta pesquisa, espera-se contribuir para a discussão sobre a inexigibilidade de licitação para contratação de advogados especializados e para uma reflexão crítica a respeito da efetiva segurança jurídica para os gestores públicos ao se depararem com a hipótese de contratação de profissional notoriamente especializado.

1 A LICITAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE

A licitação é instrumento por meio do qual a Administração Pública direta e indireta adquire, aliena, loca ou contrata bens e/ou serviços com o fito de usá-los direta ou indiretamente na prestação de serviços públicos.

A Constituição da República, em seu art. 37, inciso XXI, estabelece que:

[...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de

pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

A licitação pode se dar por diversos critérios de escolha, como por exemplo: melhor preço, melhor técnica, maior lance ou oferta em caso de alienação de bens ou concessão de direito real de uso, ou melhor técnica e preço, todos descritos no art. 45, §1 da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993).

O objetivo deste meio de contratação é garantir que a Administração Pública aliene e contrate bens e/ou serviços, com o máximo de eficiência, moralidade, impessoalidade, publicidade, todos estes princípios coligados a *célula mater* do direito, a legalidade.

O princípio da moralidade está previsto, expressamente, no artigo 5º, LXXIII, da Constituição da República: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. O princípio em comento também está contido no art. 37, *caput*, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Maria Sylvia Di Pietro, quanto ao princípio da moralidade, afirma que “certamente com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipóteses de ilegalidade, sujeita, portanto, ao controle judicial”. E acrescenta, “ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa.” (DI PIETRO, 2018, p. 78).

A moralidade, portanto, é o princípio mais subjetivo desta análise, pois em determinados casos, a obrigatoriedade da licitação pode ser imoral, logo a Administração Pública pode dispensá-la quando não convier ao interesse público. Por exemplo, em época de calamidade pública e sanitária a Administração Pública pode dispensar a licitação para aquisições emergenciais, conforme estabelecido no art. 4º da Lei nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020), com a pandemia do COVID-19, e o que já dispunha art. 24, IV da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) em relação a contratações emergenciais ou de calamidade pública.

Em outros casos, a exigência de licitação pode colidir com o princípio da eficiência, e conseqüentemente da moralidade. Com efeito, se o objeto da licitação é singular, não permitindo uma concorrência real, o custo para elaborar da licitação e os prazos a serem seguidos, demonstrarão ao final, o óbvio, que não há concorrência para aquela licitação. Um verdadeiro desperdício de dinheiro público no processo, desrespeitando a eficiência exigida nas contratações públicas, e conseqüente a moralidade, dado que o processo, apesar de legal, demonstrou ser ineficiente, trazendo dano ao erário, e ferindo por causa deste a moralidade pública. Isto por que, nem tudo que é legal, é moral.

A impessoalidade é outro dos requisitos basilares da licitação pública, pois através deste exige-se que o gestor, ao contratar pelo poder público aja acima das paixões e vontades humanas,

como Thêmis, a divindade grega que representa a Justiça, um mito, que só poderia ser representado por uma figura inexistente. Neste viés, a impessoalidade é um objetivo, uma regra, que norteia a criação da licitação e sua aplicação na Administração Pública.

O princípio da impessoalidade, previsto no art. 37, “caput”, da Constituição da República, caracteriza-se também no sentido da finalidade, pelo que impõe ao administrador público que pratique o ato somente para o seu fim legal. Esse princípio deve ser entendido, também, para excluir a promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas (MEIRELLES, 2018, p. 96).

Registre-se que é em decorrência desse princípio que se estabeleceu a regra descrita no §1º, do art. 37, da CR/88, ao vedar expressamente o uso da publicidade dos atos de governo para fins de promoção pessoal do agente público. O princípio da impessoalidade, portanto, veda atos e decisões administrativas motivadas por represálias, favorecimentos, vínculos de amizade, nepotismo, dentre outros sentimentos de ordem pessoal desvinculados dos fins coletivos (BRASIL, 1988).

Contudo, a impessoalidade, em determinadas ocasiões não pode ser observada. Por exemplo, em serviços em que há uma relação de confiança entre as partes, ou que por sua natureza exige uma qualidade essencial e intrínseca do objeto, como exigir que a administração contrate com impessoalidade? Seria no mínimo contraditório. É o caso de escritórios de advocacia ou contabilidade com notória especialização e a contratação de serviços singulares, não encontrados na mesma quantidade e qualidade.

Por isto, os princípios da moralidade e impessoalidade são os mais voláteis às situações que o gestor possa encontrar na Administração Pública. Pois, para que se dispense ou inexistência o procedimento licitatório, o administrador há de observar as hipóteses legais (legalidade), a publicidade desta contratação e a eficiência que esta trará à administração pública. Estes três princípios são as bases que norteiam a dispensa e inexigibilidade de licitação. Se quaisquer destes princípios não forem observados, o administrador responderá civil, criminal e administrativamente por sua conduta impropria.

2 A CARACTERIZAÇÃO DO SERVIÇO CONTRATADO

A caracterização do serviço contratado é de suma importância para que se possa delimitar a (in)exigibilidade de licitação. A Lei nº 8.666/1993, excluiu certos serviços das hipóteses que permitem a inexigibilidade de licitação, veja:

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

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

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

§ 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.

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. [...] (BRASIL, 1993, grifo nosso).

Neste contexto, não é qualquer serviço especializado em que se poderá inexigir-se licitação, devendo o gestor observar os serviços permitidos do art. 13, conjugando com a especializada exigida do art. 25, §1, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), para só então motivar a prática do ato administrativo para inexigir a licitação para aquela contratação.

Importante anotar a definição de inexigibilidade de licitação perpassa pela noção de impossibilidade do confronto das propostas ou competição, em virtude da notoriedade do profissional que o poder público almeja contratar (GASPARINI, 2000, p. 429-430).

Nesse contexto, a indagação: qual seria a especialidade que a lei exigiria para esta modalidade de contratação?. Na melhor dicção legal, a lei adotou dois critérios, cumulativos, para a inexigir a licitação: a singularidade do objeto e a especialidade do serviço, que se resume na inviabilidade de competição. Sem quaisquer destes critérios, dever-se-ia realizar a licitação. É o caso de uma cidade grande, com muitos escritórios de advocacia de renome, notório que neste caso não há singularidade do objeto, permitindo (de forma indireta) a concorrência dos serviços advocatícios.

Em outra realidade é um pequeno município, em que há um único advogado que é especializado na matéria objeto da contratação, neste caso há singularidade e especialização de determinado indivíduo na circunscrição municipal, permitindo via exceção, a inexigibilidade de licitação.

Do ponto de vista mercantil, todo serviço é por sua natureza especial, até porque as pessoas são diferentes e realizam os serviços de formas distintas uns dos outros para ganharem mercado e obter lucro. A Lei de Licitação, no art. 13 (BRASIL, 1993), ciente desta natureza elencou àqueles, via exceção, que permitem aferir de forma pública e notória a singularidade e especialidade do serviço prestado, todos de natureza intelectual.

O serviço contratado diretamente pela Administração Pública sem processo licitatório

deve respeitar os seguintes requisitos: ser de natureza intelectual e estar no rol do art.13, ter sua singularidade e especialização comprovada de forma pública e notória, não ser serviço de publicidade e divulgação (art. 25, II, Lei nº 8.666/93), e com sua especialidade comprovada na forma do art. 25, §1, da Lei de Licitação (BRASIL, 1993; SALGADO; TEIXEIRA, 2014).

Sendo público e notório que o profissional ou pessoa jurídica possui os critérios acima expostos, o gestor público tem o dever de inexigir licitação. A exigência do caro e demorado procedimento licitação, neste caso, tem a capacidade de trazer dano ao erário e ferir os princípios da eficiência, legalidade e moralidade, exigidos em todos os processos da Administração Pública.

3 DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

A definição de notória especialização, nos termos da Lei nº 8.666, está prevista no §2º, do art. 25, a saber:

[...] 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 (BRASIL, 1993).

Para Carlos Pinto Coelho Motta (2011), a expressão indiscutivelmente, aliada a essencial, contribui para tornar a notoriedade avis rara, retirando-lhe o uso correntio que a caracterizava na vigência do Decreto-lei nº 2.300 (BRASIL, 1986).

Nesse contexto, afirma Tarcísio Vieira Carvalho Neto (2016, p. 255-256), que “o tema em debate sempre inspirou dúvidas e incompreensões. E permanece um dos mais complexos e desafiadores do Direito Administrativo contemporâneo.”

A respeito da matéria, Plínio Salgado e Ana Carolina Wanderley Teixeira destacam que a utilização da inexigibilidade para a contratação de profissionais do Direito suscita muitas controvérsias na esfera jurisdicional:

[...] Nesse campo, se, de um lado, alguns órgãos do Ministério Público se aproveitam dos amplos poderes que foram conferidos à Instituição pela Constituição da República e pela Lei no 8.429/1992 – na busca desenfreada de atos de Contratação direta de advogado particular pelo Poder Público por meio de inexigibilidade de licitação improbidade administrativa praticados por agentes públicos –, de outro lado, o Poder Judiciário hesita sobre a exegese mais adequada a ser adotada (SALGADO; TEIXEIRA, 2014, p. 467-468).

Carlos Pinto Coelho Motta explicitou que notória especialização é conceito diferente de notório saber. Para o autor, “essa designação, de uso corrente, está frequentemente relacionada

a processos de certificação acadêmica, privilegiando, de modo geral”, o chamado *atteinment* em detrimento do *achievement*. Isto significa que “*atteinment* (certificação definida pela obtenção de títulos e atingimento de graus institucionalizados de formação e especialização)” e “*achievement* (definido como o somatório de realizações, experiência vivida e desempenho palpável do indivíduo).” (MOTTA, 2011, p. 347).

Nesse ponto, registra Carlos Pinto Coelho Motta que, no que tange à inexigibilidade de licitação, o princípio da motivação do ato administrativo, “tem favorecido o critério *atteinment*, já que o saber institucionalizado e formal presta-se mais facilmente à averbação na via burocrática que o saber vivenciado e prático, embora este comporte sempre alguma forma específica de comprovação e reconhecimento.” (MOTTA, 2011, p. 347).

A Lei de Licitação, de forma muito técnica, estabeleceu que a especialização é relativa a pessoas naturais ou a características essenciais da pessoa jurídica. Utilizando-se a empresa de corpo técnico interno para demonstrar sua especialização, subordinará a manutenção e realização dos serviços por este quadro técnico, enquanto perdurar a contratação, neste sentido é a dicção legal:

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

[...]

§ 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** (BRASIL, 1993, grifo nosso).

É o caso, por exemplo, de um escritório de advocacia que tem em seu quadro societário, magistrados aposentados, e justifica através da presença destes, a sua notória especialização; após certo tempo, ainda no curso do contrato, estes magistrados vão a óbito, perdendo a essencialidade do objeto que justificou a inexigibilidade de licitação. Neste caso, o recomendável é findar-se o contrato, dado a perda do objeto, e realizar processo licitatório.

Há ainda outro requisito, a contratação do profissional ou da empresa especializada deve relacionar-se, por óbvio, ao serviço contratado, por exemplo, uma empresa que possui como objeto social a realização de obras de engenharia e é contratada sem licitação pela Administração Pública para somente realizar perícias e avaliações em geral (art.13, II, Lei nº 8.666/93), não poderia, neste caso, construir obras de engenharia no município sem processo licitatório, já que não fora contratada para esta finalidade.

A especialidade fica ainda mais evidente quando há uma relação de confiança entre as partes, como é necessário na atuação do advogado. Por exemplo, um prefeito requer um parecer do setor jurídico sobre determinada questão legal do município; decide seguir a orientação do parecer jurídico, que neste caso foi dado de forma atécnica e se vê responsabilizado civil e criminalmente pelos atos realizados, sob orientação do setor jurídico. A relação de confiança é ainda mais evidente

quando o gestor pode ser responsabilizado por parecer atécnico emitido pelo setor jurídico do município.

Sob outro enfoque, o Estatuto de Ética e Disciplina da OAB, no art. 5º, veda a mercantilização das atividades inerentes à advocacia. Neste viés qualquer procedimento licitatório que tenha o menor preço como critério de êxito, teria caráter de mercantilização e feriria o mencionado Estatuto de Ética e Disciplina da OAB (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2015).

A Lei nº 14.039/2020 estabeleceu de forma inequívoca no Estatuto da OAB (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2015) a singularidade dos serviços de advocacia, corroborando para esta narrativa. A propósito do tema, registraram Adriano da Silva Ribeiro e Estevão Grill Ponto, ainda quando a mencionada lei tramitava no Congresso Nacional como Projeto de Lei nº 4.489/2019, que a norma “veio trazer segurança jurídica para os gestores públicos, pois corriqueiramente são responsabilizados civil, administrativamente e penalmente pela contratação de escritórios de advocacia especializados.” (RIBEIRO; PONTONE, 2020, p. 2).

A contratação de serviços especializados, sobretudo no treinamento de pessoal, assessoria e consultoria técnica e pareceres (art.13, II, III e VI), dá à Administração Pública a eficiência e a qualidade que são necessárias para persecução de sua finalidade pública, permitindo a troca de experiências entre o contratado e o contratante.

Sob este viés, quando advogados especializados são contratados sem licitação para coordenar procuradorias de municípios contribuem com suas experiências externas para melhor gestão e aproveitamento de serviços internos, orientando e evitando que procuradorias cometam erros que culminariam em proliferações de ações contra o Poder Público. A troca de experiências traz para Administração Pública benefícios que se perpetuam pelo tempo, e isto serve para diversos serviços que possam ser contratados sem licitação.

Levar *a ferro e fogo* o processo licitatório pode, em alguns casos, ferir a moralidade pública, como já exposto e foi ressaltado pelo Ministro Carlos Velloso, no RHC nº 72830/RO:

Acrescente-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para a contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão a defesa da *res publica* (BRASIL, 1995).

Relevante, também, compreender julgado mais recente, datado de 13/12/2021, na Quinta Turma, no AgRg no HC n. 669.347/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, pois predominado o entendimento de que:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. AÇÃO PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. REQUISITO DE SINGULARIDADE DO SERVIÇO SUPRIMIDO PELA LEI N. 14.133/2021. CARÁTER INTELECTUAL DO TRABALHO ADVOCATÍCIO. PARECER JURÍDICO FAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DE EFETIVO PREJUÍZO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A consumação do crime descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, agora disposto no art. 337-E do CP (Lei n. 14.133/2021), exige a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário, bem como efetivo prejuízo aos cofres públicos.

2. O crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é norma penal em branco, cujo preceito primário depende da complementação e integração das normas que dispõem sobre hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitações, agora previstas na nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021).

3. Dado o princípio da tipicidade estrita, se o objeto a ser contratado estiver entre as hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, não há falar em crime, por atipicidade da conduta.

4. Conforme disposto no art. 74, III, da Lei n. 14.133/2021 e no art. 3º-A do Estatuto da Advocacia, o requisito da singularidade do serviço advocatício foi suprimido pelo legislador, devendo ser demonstrada a notória especialização do agente contratado e a natureza intelectual do trabalho a ser prestado.

5. A mera existência de corpo jurídico próprio, por si só, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para o ente público.

6. Ausentes o dolo específico e o efetivo prejuízo aos cofres públicos, impõe-se a absolvição do paciente da prática prevista no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 669.347/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 13/12/2021, DJe de 14/2/2022.) (BRASIL, 2022).

Logo, comprovado que o contratado (pessoa física ou jurídica) preenche os requisitos de notória especialização (e os demais expostos), resta ao gestor da Administração Pública seguir o comando legal e contratá-lo inexigindo licitação, sob pena de esvair-se o próprio sentido da norma.

Nesse contexto, importante registrar que no dia 1º de abril de 2021, foi publicada a Lei nº 14.133/2021, que alterou a Lei nº 8.666/93, sendo considerado novo marco regulatório das contratações públicas. Fixou-se, assim, quanto a contratação de serviços jurídicos as hipóteses elencadas no art. 74, inciso III, da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021).

4 DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DOS PROFISSIONAIS PELA SINGULARIDADE DO OBJETO

A propósito da singularidade do objeto (do serviço a ser prestado), entende Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (2016, p. 265), “especificamente em tema de contratação de advogados ou de escritórios de advocacia, é forçoso aceitar que não se exige apenas que o serviço a ser contratado

possa ser considerado técnico-profissional.”.

Para Plínio Salgado e Ana Carolina Wanderley Teixeira (2014, p. 474), “[...] a singularidade decorre da confiança do cliente no advogado notoriamente especializado, haja vista o prescrito na parte final do §1º, do art. 25”. Quanto ao mencionado dispositivo, “se deve inferir que ‘o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’”

Além da singularidade do objeto, essa modalidade de contratação deve atender aos critérios de essencialidade e indiscutibilidade, pois a singularidade do objeto pressupõe o esforço criativo e especial habilidade do profissional para o desenvolvimento do trabalho demandado, de modo que não se justificaria a sua contratação para realizar atividades rotineiras do ente federativo (NOHARA; CÂMARA, 2014, p. 128).

Importante anotar que a singularidade exige grau de complexidade muito superior que profissional especializado está acostumado a lidar, possuindo uma essencialidade quanto à experiência única que o sujeito possui em casos semelhantes e exclusivos, neste sentido corrobora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA POR MUNICÍPIO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIDADE E SINGULARIDADE DO SERVIÇO. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS.

[...]

III - A jurisprudência mais atual de ambas as Turmas que compõem a Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “a contratação de **serviços advocatícios pelos entes públicos submete-se, via de regra, ao processo licitatório, salvo comprovação das exceções legais, ou seja, quando for o caso de serviço de natureza singular a ser realizado por profissional com notória especialização**” (REsp 1.192.186/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 26/6/2019, DJe 1º/8/2019). IV - A natureza singular do serviço, nas palavras de Marçal Justen Filho, “Caracteriza-se como uma **situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por qualquer profissional ‘especializado’**. Envolve os casos que demandam mais do que a especialização, **pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado)**.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 3. ed. em e-book baseada na 18. ed. impressa). A notória especialização jurídica, por sua vez, é “aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável, que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio. A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade, envolvendo serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição (BRASIL, 2019, grifo nosso).

Adverta-se, por oportuno, que a singularidade do objeto pode ser verificada, então, “em

situações não usuais, ligadas à excessiva complexidade da matéria, ao eventual impedimento do corpo técnico, às fragilidades administrativas estruturais provisórias e outras tantas.” Sustenta Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (2016, p. 267) que, justamente “por desafiam o poder de imaginação do legislador, não são arroladas de antemão na lei, mas sim confiadas ao administrador, em termos de caracterização, mercê da (boa) discricionariedade administrativa.”

Anote-se, nesse contexto, que a singularidade do serviço pressupõe essencialmente que aquele profissional é especializado, pois não se encontra no mercado, ninguém que domine aquela determina área. Neste caso, haveria a inviabilidade de competição, dada a natureza do serviço prestado, é caso de uma empresa que restaura o quadro da Monalisa, de Leonardo da Vinci, e é contratada sem licitação para restaurar obras de arte de Aleijadinho. Muito mais que especializada, esta empresa apresenta uma singularidade sem precedentes.

O objeto da prestação do serviço é único, exclusivo, sem comparações e de qualidade inestimável, sendo impossível que haja concorrência para a prestação deste serviço. Isto é o que a Lei de Licitação (BRASIL, 1993) dispôs quando se trata de inexigibilidade de contratação de serviços. Este é o requisito mais difícil de ser preenchido nos procedimentos de inexigibilidade de licitação, demandando que o gestor, tenha ampla base probatória, por meio de experiências, trabalhos anteriores e até mesmo a avaliação de mercado, conforme se exige no art. 25, §1, da Lei n. 8.666/93 (BRASIL, 1993), para que o administrador possa contratá-la diretamente sem percalços jurídicos e consequências futuras.

É importante registrar que após aprovação do Projeto de Lei nº 4489/2019 pelo Congresso Nacional, houve o veto integral por parte do Presidente da República, o que restou afastado pelo Parlamento, sancionando e publicando a Lei nº 14.039/2020, estabelecendo de forma inequívoca que os serviços advocatícios e de contabilidade são de notória singularidade, quando comprovada a especialização do profissional.

Nesses termos, prevê o art. 3º-A da Lei nº 8.906/1994, com a redação da novel legislação em comento:

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

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (BRASIL, 2020).

Da leitura do supracitado dispositivo, constata-se ausência do conceito de especialização, pois deixa ao arbítrio do gestor público a análise da especialização do contratado, não impedindo que o Poder Judiciário (ou até o Legislativo, pela fiscalização) façam a análise do conceito subjetivo da norma (RIBEIRO; PONTONE, 2019, p.1-2).

Nesse sentido, ao gestor público, após a análise e comprovada a especialização do

profissional, cabe a faculdade de inexigir a licitação para sua contratação, conforme dispõe a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), alterada pela Lei nº 14.133/2021:

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 (BRASIL, 1993).

Nesse contexto, examinando as legislações constata-se haver alguma semelhança entre o §1º do art. 25 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) e o Projeto de Lei nº 4.489/2019, convertido na Lei nº 14.039/2020 (BRASIL, 2020). E essa semelhança está na reprodução da redação da Lei de Licitações no Estatuto da Advocacia, em que o legislador praticamente resolveu a questão, no sentido de prever que os profissionais notoriamente especializados não devem ser submetidos a procedimento licitatório.

A derrubada do veto integral do Projeto de Lei nº 4.489/2019, sustentam Adriano da Silva Ribeiro e Estevão Grill Pontone (2019 p. 2) que, “além de dar segurança jurídica para inexigir licitação para contratação de escritórios de advocacia especializados, tem outro efeito, pouco visto, que é trazer a norma penal mais benéfica que retroagirá.”

Isto porque, na seara penal, a Constituição da República Federativa do Brasil, expressamente, dispõe, em seu art. 5, XL, que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1988). Além disso, o ordenamento jurídico está diante de uma lei que poderá afetar processos penais que ainda estão em curso.

Portanto, o esforço conceitual de singularidade e efetiva aplicação pelo Poder Público, a partir do advento da Lei nº 14.039/2020 os gestores públicos terão efetiva segurança jurídica ao se depararem com a hipótese de contratação de profissional notoriamente especializado.

Soma-se a isso, a configuração definida no art. 74, inciso III, da Lei nº 14.133/2021:

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:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

[...]

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

[...]

§ 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 (BRASIL, 2021).

A nova lei, entendem Tatiana Camarão e Maria Fernanda Pires, “excluiu da hipótese de incidência da inexigibilidade de licitação, a necessidade de demonstração de que o serviço deva possuir natureza singular”, e, com isso, “atenuando as interpretações equivocadas com relação a aplicação dessa expressão, que passou a ser considerada como algo raro e exclusivo”. Em verdade, defendem, “um serviço singular é aquele que demanda do seu prestador conhecimento aprofundado e, por isso, trata-se de atividade diferenciada, mas jamais única ou exclusiva” (CAMARÃO; PIRES, 2021, p. 2).

Sustentam Tatiana Camarão e Maria Fernanda Pires (2021, p. 2-3) que:

A retirada da singularidade como elemento essencial para efeito de enquadramento na hipótese de inexigibilidade de licitação não pode ser desconsiderada pelos aplicadores do direito. Tem uma razão de ser. O legislador infralegal teve o firme propósito de deixar claro que o serviço não precisa ser único, tampouco complexo ou exclusivo, mas, sim, que ele demanda do seu executor conhecimento, habilidade e aptidão específica, adequada e, de plano, comprovável.

Portanto, a configuração elencada no art. 74, inciso III, da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021), veio a definir que a contratação de serviços de advocacia se enquadra como inexigibilidade de licitação.

CONCLUSÃO

Terminado o estudo, pode-se depreender que a singularidade do objeto, como fundamento para a inexigibilidade de licitação, para contratação de serviços de advocacia e consultoria jurídica ainda está em discussão.

Constatou-se que o tema é importante, pois envolvem os pequenos e médios municípios do Brasil, com poucos recursos financeiros, contratam escritórios de advocacia para exercer o papel da procuradoria municipal, e seus gestores se veem responsabilizados, civil e criminalmente, por inexigir licitação para contratação deste tipo de serviço. Portanto, a exigir reflexão crítica a respeito da efetiva segurança jurídica para os gestores públicos ao se depararem com a hipótese de contratação de profissional notoriamente especializado.

Importante anotar que a singularidade exige grau de complexidade muito superior que profissional especializado está acostumado a lidar, possuindo uma essencialidade quanto à experiência única que o sujeito possui em casos semelhantes e exclusivos.

A toda evidência, a contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por meio de inexigibilidade de licitação, em si, não constitui ato ímprobo, notadamente com o advento da Lei nº 14.039/2020 (BRASIL, 2020). Isso porque, o serviço contratado diretamente pela Administração Pública sem processo licitatório deve respeitar os requisitos do art. 74, inciso III, § 3º, da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021) que é a notória especialização do profissional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14039.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 1 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 1 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **AREsp 1507099/GO**. Direito administrativo e outras matérias de direito público, Atos Administrativos, Improbidade Administrativa. Relator: Min Francisco Falcão, 19 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/a/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201901424233&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **AgRg no HC n. 669.347/SP**. Agravo regimental em habeas corpus. penal. art. 89 da lei n. 8.666/1993 ação penal. prefeito municipal. contratação direta de escritório de advocacia. requisito de singularidade do serviço suprimido pela lei n. 14.133/2021. caráter intelectual do trabalho advocatício. parecer jurídico favorável. ausência de dolo específico e de efetivo prejuízo. atipicidade

da conduta. agravo regimental provido. Relator: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), 14 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=144932342&num_registro=202101604413&data=20220214&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 72830/RO**. Direito processual penal. Relator: Min. Carlos Velloso, 24 de outubro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1618766>. Acesso em: 21 mar. 2020.

CAMARÃO, Tatiana; PIRES, Maria Fernanda. A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços jurídicos à luz da nova lei de licitações. **ONLL - Observatório da Nova Lei de Licitações**, Belo Horizonte, 30 mar. 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/04/07/a-inexigibilidade-de-licitacao-para-a-contratacao-de-servicos-juridicos-a-luz-da-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Contratação direta de advogado particular pelo Poder Público por meio de inexigibilidade de licitação. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 18, n. 115, p. 249-276, jun./set. 2016.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Resolução n. 02/2015. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. **Diário Oficial da União**: Sessão 1, Brasília, DF: 4 nov. 2015, p. 77.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RIBEIRO, Adriano da Silva; PONTONE, Estevão Grill. Uma lei para estabelecer e “inocentar” o óbvio – Inexigibilidade de licitação para contratação de advogados especializados. **Migalhas de Peso**, [s. l.], 3 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321114/uma-lei-para-estabelecer-e-inocentar-o-obvio-inexigibilidade-de-licitacao-para-contratacao-de-advogados-especializados>. Acesso em 17 mar. 2020.

SALGADO, Plínio Salgado; TEIXEIRA, Ana Carolina Wanderley. Inexigibilidade de licitação para contratação de advogados na jurisprudência dos tribunais superiores. *In*: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio; SILVEIRA, Marilda de Paula; ZOCKUN, Maurício (coord.). **O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ**: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 467-468.

Recebido em: 22/03/2020

Aprovado em: 03/04/2023