

A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA LEI Nº 14.133/2021 E A SINGULARIDADE COMO REQUISITO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS

Mariana Cosendey da Silva¹

Sumário: 1 INTRODUÇÃO; 2 O DEVER GERAL DE LICITAR E SUAS EXCEÇÕES; 3 MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO DIRETA; 4 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO; 5 A CONTRATAÇÃO DIRETA DE PROFISSIONAIS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS E A SINGULARIDADE DO OBJETO NO ÂMBITO DA LEI Nº 14.133/2021; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

RESUMO

Este artigo tem por finalidade o estudo sobre a controvérsia instaurada em torno da aplicação do art. 74, III, da Lei nº 14.133/2021, novo marco regulatório das contratações públicas, ante a ausência da expressão “singularidade” como requisito para a contratação direta de serviços técnicos especializados. Para análise da questão, realizou-se pesquisa bibliográfica em conjunto com o exame da legislação vigente e a análise das decisões do Tribunal de Contas da União. As reflexões sobre o tema levaram à conclusão de que a mera literalidade da redação não é suficiente para a solução da questão, sendo necessária uma interpretação finalística da norma.

PALAVRAS-CHAVE: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO; SERVIÇO TÉCNICO PROFISSIONAL ESPECIALIZADO; SINGULARIDADE DO OBJETO.

1 INTRODUÇÃO

A licitação é um instituto consolidado no Direito Administrativo brasileiro, tratando-se de mecanismo constitucional, previsto no artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna, que assegura, em regra, a maior vantagem possível à Administração Pública nas suas contratações.

Ao contrário do setor privado, que dispõe de ampla liberdade quando pretende adquirir, alienar, locar bens e contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público necessita adotar procedimento preliminar rigoroso que tem por

¹ Pós-graduanda em Licitações e Contratos Administrativos pela Faculdade Baiana de Direito. Graduada em Direito pela pelo Centro Universitário Vila Velha - ES. Especialista em Direito Público e Processual Público pela Faculdade Cândido Mendes de Vitória. Servidora Pública Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, atualmente lotada na Secretaria de Assessoramento Jurídico, na área de Licitações e Contratos Administrativos.

finalidade primordial a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Todavia, a própria Constituição Federal reconhece que nem sempre a licitação será o meio mais eficaz para as contratações públicas, tendo franqueado ao legislador ordinário a possibilidade de estabelecer hipóteses em que o processo licitatório será dispensado ou inexigível, possibilitando, assim, a contratação direta pela Administração Pública.

Dentre as hipóteses de inexigibilidade, encontra-se a contratação de profissionais ou empresas de notória especialização para a execução de serviços técnicos especializados.

No âmbito da Lei nº 8.666/93, o art. 25, II exige, de forma expressa, que, nas referidas contratações, o objeto seja singular, conceito este que traz grande polêmica no âmbito da doutrina e da jurisprudência pátria.

Todavia, com o advento da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que estabelece o novo regime de licitações e contratações públicas, a expressão “singularidade” foi suprimida do texto legal, levando a doutrina a entendimentos diversos sobre a matéria.

A mesma situação ocorreu com o inciso II do art. 30, da Lei nº 13.303/2016, que também trata de hipótese equivalente de inexigibilidade de licitação para as empresas estatais, não prescrevendo, de forma expressa, a singularidade do serviço como requisito essencial para a contratação de serviço técnico profissional especializado.

Baseado no exposto, este trabalho se justifica pela relevância do tema e por trazer à tona as atuais discussões acerca das alterações trazidas pela Lei nº 14.133/2021, especificamente quanto à contratação de serviços técnicos profissionais especializados que, muitas vezes, é realizada de forma irregular.

2 O DEVER GERAL DE LICITAR E SUAS EXCEÇÕES

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, preceitua que a realização de contratos pela Administração Pública exige, em regra, abertura de prévio processo licitatório, com o objetivo de garantir a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público e assegurar a igualdade de condições a todos os interessados.

A obrigatoriedade de licitar decorre dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público sobre o privado, pilares do regime jurídico administrativo, impondo restrições à liberdade do administrador na escolha do contratado.

Deste modo, não sendo titular do interesse público, o administrador não goza da livre disposição dos bens que administra razão pela qual presumiu o legislador que a licitação, como regra, é o procedimento adequado para garantir a aplicação eficiente dos recursos públicos, assegurando a maior vantagem possível à Administração Pública.

Sobre a matéria, o professor Ronny Charles Torres (2017) traz interessante reflexão:

Importante frisar que o princípio da obrigatoriedade (de licitar) se manifesta sobre duas perspectivas, a burocrática e a democrática. Pela perspectiva burocrática, o princípio da obrigatoriedade estabelece ao Poder público o compromisso de realizar licitações para contratar obras, serviços, compras e alienações, ressalvadas as hipóteses admitidas pela legislação (contratação direta). Pela perspectiva democrática, o princípio da obrigatoriedade impõe que seja protegido o direito dos particulares de, consagrada a isonomia, ter resguardada a possibilidade de participação na seleção necessária ao atendimento daquela pretensão contratual da Administração Pública, de acordo com as condições e exceções previstas pela legislação.

Acerca do conceito de licitação, Joel Menezes de Niebuhr (2015, p. 33) proclama que “licitação pública é uma espécie de limitação à atuação da Administração Pública, impondo-lhe rigores mais estreitos do que aqueles a que se sujeitam os particulares”.

Na lição de José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 244), a licitação é definida como procedimento administrativo vinculado, através do qual o administrador seleciona a proposta que lhe é mais vantajosa, com o fim de celebrar contrato ou obter o melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Portanto, a licitação, como procedimento administrativo, tem por objetivo precípuo a obtenção de um contrato mais vantajoso e que atenda às necessidades e conveniências da Administração Pública, proporcionando igualdade de condições a todos os interessados.

Todavia, o próprio constituinte admite ressalva ao princípio da obrigatoriedade, prevendo a possibilidade de lei ordinária disciplinar as hipóteses excepcionais de celebração de contratos administrativos sem a realização de licitação.

Nos ensinamentos do professor Marçal Justen Filho (2021, p. 938), em que pese a licitação se revele pressuposto do desempenho satisfatório das funções administrativas atribuídas ao Poder Público, há situações em que “o procedimento licitatório conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa”.

Entretanto, o mesmo autor ressalta que a contratação direta não implica em afastar os princípios básicos que orientam a função administrativa tampouco autoriza escolhas arbitrárias pelo gestor público. Nesse sentido, assevera que “o administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar (também nesses casos) a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 938).

Deste modo, embora o constituinte originário tenha ressalvado a possibilidade de contratação direta sem necessidade de licitação, o administrador permanece vinculado aos princípios gerais da administração pública, dentre eles legalidade, impessoalidade, indisponibilidade do interesse público, razoabilidade e proporcionalidade, publicidade, moralidade, isonomia, economicidade e eficiência, entre outros.

3 MODALIDADES DE CONTRATAÇÃO DIRETA

A doutrina classifica as hipóteses de contratação direta em dispensável, dispensada e inexigível.

A diferença substancial entre a dispensa e a inexigibilidade está na possibilidade ou impossibilidade de competição entre os interessados. Enquanto a inexigibilidade diz respeito às hipóteses em que a competição é inviável, a dispensa se dá quando “há possibilidade de competição, mas a lei dispensa ou permite que seja dispensada a licitação” (ALEXANDRINO; PAULO, 2018, p. 766).

Quanto à distinção ora em apreço, o professor Marçal Justen Filho (2021, p. 959) faz importantes considerações, conforme se verifica:

As diferenças entre inexigibilidade e dispensa de licitação são evidentes. Não se trata de questão irrelevante ou meramente retórica,

mas de alternativas distintas em sua própria natureza, com regime jurídico diverso,

A inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao da dispensa. Naquela, a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição (...) Na dispensa, a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é porque, diante das circunstâncias, a lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares.

Embora não haja unanimidade sobre o assunto, há quem estabeleça diferença entre licitação dispensada e licitação dispensável. A primeira indica as hipóteses em que, embora juridicamente viável, a licitação não será realizada por imposição legal; já na licitação dispensável, o procedimento licitatório poderá ou não ocorrer, a critério do administrador, mediante ponderação dos critérios de oportunidade e conveniência.

Nos ensinamentos de Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo (2018, p. 766), a licitação será dispensada quando a lei, diretamente, dispensar o processo licitatório e será dispensável quando o legislador deixar a cargo do administrador decidir ou não pela realização da licitação.

Segundo Diógenes Gasparini (2005, p. 487), na licitação dispensável, o certame é possível, contudo não se realiza por conveniência administrativa; na licitação dispensada, a Administração não pode promover a licitação por determinação legal; e na inexigibilidade, o processo licitatório não se realiza por impedimento de ordem fática relativo à pessoa com quem se quer contratar

Assim, pode-se dizer que a licitação dispensável é caracterizada pela hipótese na qual o legislador autorizou o gestor público a não realizar o processo licitatório. Trata-se de faculdade concedida ao administrador de afastar a licitação quando for conveniente ao interesse público. Por sua vez, na licitação dispensada, o administrador não tem a opção de licitar, pois há imposição legal de não realização do certame.

Em contraponto, Marçal Justen Filho (2021, p. 940) defende que não se afigura procedente a distinção entre licitação dispensada e licitação dispensável, pois, em ambos os casos, o legislador autoriza a contratação direta. Nas lições do autor, trata-se de autorização legislativa não vinculante para o administrador, isto é, cabe ao administrador a decisão discricionária entre realizar a licitação ou não.

Não sendo objetivo deste trabalho, não adentraremos as hipóteses específicas de dispensa de licitação, passando-se ao estudo da inexigibilidade de licitação.

4 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Diferentemente da dispensa, a inexigibilidade de licitação decorre da impossibilidade de se estabelecer uma competição entre os ofertantes, o que afasta o dever geral de licitar insculpido no art. 37, XXI da Constituição Federal.

Ana Luiza Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Murilo Jacoby Fernandes (2021, p. 109) lecionam que a inviabilidade de competição pode decorrer de motivos de fato e de direito:

Motivos de fato, quando só um fornecedor ou prestador de serviços possui a aptidão para atender ao interesse público, seja porque é o único que atende às peculiaridades no objeto contratual pretendido pela Administração, seja porque, de fato, não existem outros prestadores do serviço ou fornecedores. Motivos de direito, porque a lei pode determinar que somente um fornecedor/prestador de serviço pode ter o direito de prestar o serviço ou fornecer o produto, como ocorre com os serviços em regime de monopólio.

Tecendo comentários à Lei de Licitações, Marçal Justen Filho (2021, p. 961) aduz que a inviabilidade de competição é uma consequência que pode ser produzida por diferentes causas que venham a ensejar a ausência de pressupostos necessários à realização da licitação: i) ausência de pluralidade de alternativas; ii) inexistência de mercado concorrencial; iii) ausência de objetividade na seleção do objeto; e iv) ausência de definição objetiva da prestação a ser executada.

Na mesma linha de raciocínio, Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo (2018, p. 767) asseveram que a inexigibilidade se verifica sempre que houver impossibilidade jurídica de competição, pois “se a licitação é uma disputa, para que ela seja possível forçosamente deve existir mais de uma pessoa (física ou jurídica) capaz de satisfazer seu objeto”.

Quanto ao conceito de inviabilidade de competição, ensina Ronny Charles Torres (2021, p. 389) que competição inviável não se limita à impossibilidade de disputa entre os interessados, abrangendo, também, as hipóteses em que o certame ofereça obstáculos ao interesse público, de modo que sua realização se torna inútil ou prejudicial. Nos dizeres do eminente professor, “a inviabilidade tem como

referência não apenas a competição, enquanto procedimento formal, mas enquanto instrumento de atendimento do interesse público” (2021, p. 390).

Em sentido contrário, Joel Menezes Niebuhr (2015, p. 105) defende que a inexigibilidade está sempre relacionada à inviabilidade de competição de modo que, sendo viável a disputa, não seria correta a dispensa de licitação por inexigibilidade, ainda que a realização do certame seja prejudicial ao interesse público.

Em suma, pode-se concluir que, nos casos de inexigibilidade, o procedimento licitatório se torna impossível na medida em que não será eficaz ao atendimento do interesse da coletividade.

Cumprе salientar que, tanto no âmbito da Lei nº 8.666/93 quanto na Lei nº 14.133/2021, as hipóteses trazidas pelo legislador para os casos de inexigibilidade de licitação não são exaustivas, de modo que poderá ocorrer situação na qual seja inviável a competição, mas o caso descrito não se enquadra nas alternativas estabelecidas pelo legislador. Em situações tais, o fundamento legal para o enquadramento na inexigibilidade de licitação será o caput do art. 74 da Lei nº 14.133/2021 (JACOBY FERNANDES, A. L.; JACOBY FERNANDES, J. U.; JACOBY FERNANDES, M., 2021, p. 110).

Considerando o escopo deste trabalho, não adentraremos na análise específica de cada uma das hipóteses de contratação direta por inexigibilidade, passando ao estudo da contratação direta de profissionais técnicos especializados e da singularidade do serviço no âmbito da nova Lei de Licitações.

5 A CONTRATAÇÃO DIRETA DE PROFISSIONAIS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS E A SINGULARIDADE DO OBJETO NO ÂMBITO DA LEI 14.133/2021

Dentre as hipóteses de inexigibilidade de licitação, enumeradas pela lei de forma exemplificativa, encontra-se a contratação de profissionais ou empresas de notória especialização para a execução de serviços técnicos especializados. Sobre a matéria, assim prevê a 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;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

[...]

§ 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.

A grande discussão atual que gira em torno deste tema diz respeito à omissão da Lei nº 14.133/2021 acerca da exigência expressa quanto à natureza singular do objeto a ser contratado.

Ao contrário da nova Lei de Licitações, a Lei nº 8.666/93 coloca, expressamente, como um dos requisitos caracterizados da inviabilidade de competição, a necessidade de que os serviços técnicos especializados sejam singulares.

Eis a transcrição do dispositivo:

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;

Certo é que o conceito de singularidade para fins de caracterização da inviolabilidade de competição não foi explicitado pela Lei nº 8.666/93 e sempre foi objeto de grandes controvérsias na doutrina, com diversas propostas de conceituação desse instituto.

Para Ronny Charles Torres (2021, p. 398), o conceito de singularidade para fins de aplicação do art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 não está vinculado à ideia de unicidade, mas de complexidade e especificidade do objeto. Trata-se, para o eminente professor, de requisito objetivo, relacionado ao serviço.

Adotando a mesma linha de raciocínio, o Tribunal de Contas da União já se manifestou no sentido de que “singular é o objeto que impede que a Administração

escolha o prestador do serviço a partir de critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação”.²

Nas lições de Luiz Cláudio de Azevedo Chaves (2018), “não se pode confundir singularidade com exclusividade, ineditismo, complexidade ou mesmo raridade”. Para o autor,

A raridade, de per si, não elide a competição, pois o fato de o objeto ser prestado por poucos profissionais ou empresas não impede que estes disputem o objeto. [...] Também a complexidade do objeto não acarreta a inviabilidade de competição. Há inúmeros objetos, altamente complexos nas áreas de telecomunicações, tecnologia da informação, petróleo e gás, que são normalmente licitados.

Por outro lado, há quem defenda que a singularidade é requisito subjetivo, relacionada ao fornecedor, apontando, portanto, para a relevância da qualificação do sujeito. Este é o entendimento de Adilson Abreu Dallari, que assevera que “o trabalho pode ser considerado singular quando depender das características pessoais do executante” (DALLARI apud JUSTEN FILHO, 2003).

Em contrapartida, Marçal Justen Filho (2003), em artigo publicado no Fórum de Contratação e Gestão Pública, enfatiza que “a prioridade do exame não se dirige nem ao sujeito a ser contratado nem à atividade que desempenhará, mas às necessidades e peculiaridades da própria Administração”. Assim, para o reconhecido jurista, o interesse público será singular quando a necessidade administrativa apresentar tamanha complexidade e heterodoxia que não possa ser satisfeita com os recursos materiais e humanos disponíveis na própria Administração.

Independentemente do conceito adotado para a expressão “singularidade”, a celeuma atual é que a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), em idêntico raciocínio adotado pelo Estatuto das Empresas Estatais³ não fez referência à necessidade de que os serviços técnicos prestados por profissionais ou empresas de notória especialização sejam caracterizados como singulares.

Para entender os reflexos desta omissão pelo legislador ordinário, importante verificarmos como a doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União se debruçaram sobre o art. 30, II da Lei nº 13.303/16.

² **Acórdão 2832/2014** - Plenário, TC 021.606/2010-2, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 22/10/2014.

³ BRASIL. **Lei 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

“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”.

Há quem entenda que, no caso das Empresas Estatais, a inexigibilidade prevista no inciso II do art. 30 da Lei nº 13.303/16 se caracteriza pela mera contratação de serviço técnico especializado por meio de profissionais ou empresas de notória especialização, não necessitando que o serviço seja qualificado como singular. Este é o entendimento de Ivan Barbosa Rigolin (2017):

Uma importantíssima novidade desta L. 13.303/16 nesta questão é a de que a lei não mais se refere à natureza singular do objeto como requisito para a contratação direta. Eliminou-se um pesadelo da legislação, nunca compreendido nem por iminentes juristas, juízes e estudiosos, nem por quem quer que seja (...) Ao não prestigiar essa praga asquerosa que a lei de licitações denomina natureza singular do objeto e que ninguém jamais soube o que significa nem com mínima nitidez - porque é um conceito abstrato, indeterminado, necessariamente impreciso e inteiramente subjetivo (...) - exalçou-se o legislador, nesse passo, a uma grandeza inesperada. (...) na lei das estatais não existe a figura da natureza singular do serviço, como requisito à sua contratação direta. Assim, por exemplo, qualquer treinamento e aperfeiçoamento de pessoal pode ser contratado diretamente, desde apenas que o contratado seja notoriamente especializado nesse assunto.

No mesmo sentido, pontua Murilo Queiroz Melo Jacoby, citado por Joel de Menezes Niebuhr (2021, p. 45):

Na inexigibilidade, destaca-se a supressão da singularidade como condição para contratação do notório especialista. Na Lei nº 8.666/1993, para a contratação de especialista, exigia-se tanto a notoriedade desde quanto a singularidade do objeto. Para as estatais, a partir de agora, basta que o serviço se enquadre entre algum daqueles trazidos no inciso II do artigo 74.

Aldem Johnston Barbosa Araújo (2021) acrescenta:

Seguir exigindo que o serviço técnico seja singular para promover a contratação direta por inexigibilidade de licitação de profissionais ou empresas de notória especialização é dar azo a uma interpretação retrospectiva¹ que, por medo de ruptura, finda por impedir inovações e deixe, de forma equivocada², o texto novo tão parecido quanto possível com o antigo numa espécie de tentativa de preservação do status quo ante.

Luciano Ferraz (2021, p.3-4) defende que o objeto do contrato não precisa ser singular, pois é a necessidade administrativa a ser satisfeita com a contratação que justifica a busca de um profissional diferenciado.

Logo, qualquer cogitação sobre se a Administração deveria ou não ter contratado um profissional notório especializado para a execução de dado objeto (serviço) – juízo sobre a conveniência da contratação – não é uma discussão que reside no conteúdo em si do objeto do

contrato, senão no âmbito da necessidade administrativa a ser satisfeita por seu intermédio. Com a previsão da hipótese de contratação por inexigibilidade baseada fundamentalmente em notória especialização do prestador, o legislador democrático objetivou afastar o teste, a experimentação, o risco, optando pela qualificação certa e comprovada de profissionais experts que se podem colocar a serviço da Administração Pública. O diferencial subjetivo é que prepondera nesse caso, mercê da vinculação da atividade administrativa ao princípio da eficiência (artigo 37, caput, da Constituição).

[...]

O que se quer significar, com o exemplo, é que discussões sobre a necessidade da contratação vis-à-vis aos meios que se colocam à disposição da Administração para cumprir finalidade pública subjacente, com o mesmo grau de certeza, segurança e qualidade (eficiência), não dizem respeito à singularidade do objeto (que no novo dispositivo legal encontra-se implicitamente pressuposta à hipótese de contratação direta do artigo 74, III), reclamando embates de outra ordem (sobre a necessidade administrativa e a proporcionalidade da solução dada).

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.

No mesmo sentido, Ronny Charles Torres (2021, p.399) ensina que diante do novo texto normativo trazido pela Lei nº 14.133/2021, “a singularidade do serviço não é um requisito necessário na aplicação desta hipótese de inexigibilidade para contratação de serviços técnicos especializados”. Todavia, nas lições do respeitável professor, para que a contratação de serviço técnico especializado se dê por inexigibilidade de licitação, será necessária não apenas a notória especialização do profissional e a natureza predominantemente intelectual, mas, também, a demonstração da inviabilidade de competição. Isso porque para Ronny, competição inviável, para fins de aplicação da inexigibilidade de licitação, não se dá apenas nas hipóteses nas quais é impossível haver disputa, mas também naquelas em que a competição é inútil ou prejudicial ao atendimento da pretensão contratual.

Contudo, no terreno das discussões em torno da aplicação do inciso II do art. 30 da Lei nº 13.303/2016, há quem defenda que, mesmo diante da falta de previsão expressa para a contratação por inexigibilidade de licitação, é necessário que o serviço técnico especializado seja prestado por profissionais ou empresas de notória especialização e que seja, também, qualificado como singular.

Seguindo esta linha de raciocínio, o Tribunal de Contas da União⁴ se posicionou no sentido de ser necessária para a configuração da inexigibilidade a caracterização do serviço como singular, em que pese a omissão legislativa:

Relativamente à legalidade da contratação direta por inexigibilidade de licitação (alínea 'a'), o tema, conforme destacou o ministro Bruno Dantas no voto condutor do Acórdão 2.993/2018 - Plenário (TC 031.814/2016-6, a respeito de denúncias sob-re possíveis irregularidades em contratações diretas de consultorias técnicas especializadas na ECT), continua a ser objeto de "contundentes debates doutrinários e jurisprudenciais", ainda que já tenha sido objeto da edição das Súmulas 39 e 252 deste Tribunal. O enunciado da última súmula apregoa que 'a inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado'. O confronto das disposições da Lei 8.666/1993 com as seguintes da Lei 13.303/2016 indica que a interpretação constante da referida súmula também é aplicável neste caso.

Em outra decisão, a Corte de Contas⁵ reafirmou o posicionamento de que a inexigibilidade prevista no inciso II do art. 30 da Lei nº 14.133/2021 não exclui a exigência de que o serviço seja singular.

Tem-se, pois, que, no âmbito da Lei nº 13.303/2016, a omissão legislativa quanto à expressão "singularidade" não induz à conclusão de que na contratação direta de serviços técnicos especializados a singularidade do serviço seja dispensada.

E quanto ao art. 74, III, da Lei nº 14.133/2021?

Considerando a similitude com a redação constante do texto da Lei nº 13.303/2016, Joel de Menezes Niebuhr (2021) acredita que a Corte de Contas manterá a mesma linha de entendimento aplicada na interpretação do art. 74, III, da Lei nº 14.133/2021.

Nas lições do renomado Professor, apesar da omissão legislativa, a singularidade do objeto é essencial para a caracterização da inexigibilidade de licitação, pois esta tem como premissa lógica a inviabilidade de competição que, por sua vez, não existe para os serviços ordinários e comuns, ainda que se pretenda contratar profissional ou empresa de notória especialização. Assim, ressalta o eminente jurista (NIEBUHR, 2021, p. 45):

se o serviço é ordinário ou comum e quaisquer profissionais ou empresas podem prestá-lo, não se visualiza a inviabilidade de

⁴ TCU. **Acórdão 2436/2019** - Plenário. Rel. Ana Arraes

⁵ TCU. **Acórdão nº 2761/2020** - Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro.

competição, que é a premissa lógica de qualquer hipótese de inexigibilidade de licitação. Dessa forma, ainda que isto não esteja escrito de forma direta, a hipótese de inexigibilidade do inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 é sim condicionada e depende de serviços singulares, e não encontra lugar para a contratação de serviços ordinários e comuns.

Ao comentar os dispositivos na nova Lei de licitações⁶, Marçal Justen Filho leciona que a exclusão da expressão “singularidade” não pode ser interpretada como sendo viável a contratação por inexigibilidade de licitação de qualquer serviço referido no elenco do inciso II, do art. 74 da Lei nº 14.133/2021. Para o eminente autor (JUSTEN FILHO, 2021, p.984),

É incabível interpretar a questão dissociando a qualificação geral e ampla do caput do art. 74 e reputando que todo e qualquer serviço referido no inc. II poderia ser contratado por inexigibilidade de licitação, sem se cogitar da previsão da inviabilidade de competição.

Ao enfrentar o tema, Gabriela Pércio (2021) leciona que a singularidade do serviço a ser contratado com fundamento no inciso III do art. 74 da Lei nº 14.133/2021 se mantém como requisito, agora implícito, nas contratações por inexigibilidade de licitação dos profissionais ou empresas com notória especialização:

Com efeito, parece óbvio que a contratação direta de um profissional ou empresa notoriamente especializada para execução de serviço ordinário ou que não exija, por suas peculiaridades, a expertise própria de um especialista, nos termos do §3º do art. 74, não se justifica.[6] Aparentemente, não há razões para entendimento diverso no caso da Lei nº 14.133/2021.

O mesmo entendimento é externado pela ilustre professora Edite Hupsel (2021), em artigo publicado na revista Zenite:

Do fato de não constar no texto da Lei nº 14.133/2021 a expressão “de natureza singular” – como consta da Lei 8.666 de 1993 quando autoriza a não realização de processo licitatório como antecedente à contratação – nenhum efeito se há de extrair porque para prestação de serviços não singulares, corriqueiros, não especiais inexistente justificativa para a contratação direta de profissional ou empresa de notória especialização.

[...]

Todos os serviços técnicos especializados elencados no artigo 74, inciso III e suas alíneas – no total 8 tipos básicos de serviços, com todos os seus desdobramentos – se não puderem ser adjetivados como especiais, raros, ímpares, devem ser contratados mediante licitação prévia ou, então, através do credenciamento, instituto agora positivado no inciso IV do mesmo artigo ora comentado.

⁶ Lei 14.133/2021.

Continua a eminente autora que a contratação direta de serviços comuns, independentemente de sua singularidade, importaria em uma interpretação da nova lei de licitações contrária à Constituição Federal e aos princípios nela insculpidos (impessoalidade, moralidade, interesse público, probidade administrativa e da razoabilidade), além de implicar em “favorecimentos injustificados aos profissionais ou empresas ‘amigas do Rei’, que passariam a ser escolhidos pela proximidade com o Poder Público contratante” (HUPSEL, 2021).

Nas lições de Tatiana Camarão (2021), ao excluir a necessidade de demonstração da singularidade do serviço nas contratações por inexigibilidade de licitação, o legislador teve por fim atenuar “as interpretações equivocadas com relação a aplicação da referida expressão, que passou a ser considerada como algo raro e exclusivo”. Acrescenta a eminente Professora (CAMARÃO, 2021):

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.

Verifica-se, pois, que a inovação trazida pela Lei nº 14.133/2021, ao excluir do texto legal a exigência da singularidade como requisito para as contratações por inexigibilidade de serviços técnicos especializados, trouxe enormes discussões na doutrina.

Contudo, diante da similaridade da redação do art. 74, III da nova Lei de Licitações com a previsão contida no inciso II, do artigo 30, da Lei nº 13.303/2016, é possível que o Tribunal de Contas da União mantenha o entendimento já consolidado, no sentido de reconhecer que o serviço a ser contratado por inexigibilidade, com fundamento no artigo 74, III da Lei nº 14.133/2021, deve ser singular.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme mencionado ao longo do estudo, a obrigatoriedade de licitar é princípio constitucional estampado no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que estabeleceu o processo licitatório como regra geral a ser seguida pela Administração Pública em todas as suas contratações. Para o legislador, a licitação, além de

constituir-se em procedimento capaz de selecionar a proposta mais vantajosa para o Poder Público, restringe a discricionariedade do administrador público, colaborando para a inserção da moralidade nas contratações.

Todavia, a própria Carta Constitucional reconhece que nem sempre o processo licitatório implicará em vantagem para a Administração, razão pela qual outorgou ao legislador ordinário a competência para dispor sobre as hipóteses de contratação direta, nas quais o Poder Público poderá firmar contratos administrativos sem a realização de licitação pública. São os casos de dispensa e inexigibilidade.

A dispensa de licitação ocorrerá nos casos em que a licitação é factível, na medida em que há possibilidade de concorrência entre dois ou mais interessados. Já a inexigibilidade acontecerá quando houver inviabilidade de competição, condição imprescindível para a abertura de um procedimento licitatório.

Dentre as hipóteses de inexigibilidade, tanto a Lei nº 8.666/93, como a nova lei de licitações (Lei nº 14.133/2021) preveem a possibilidade de contratação direta de serviços técnicos especializados, aqueles assim considerados como incompatíveis de comparação objetiva entre as várias possíveis propostas.

No âmbito da Lei nº 8.666/93, o art. 25, II exige, literalmente, que o serviço objeto da contratação por inexigibilidade seja qualificado como singular. Em outras palavras, os serviços técnicos especializados (e não o fornecedor) precisam ser singulares, para justificar a contratação por inexigibilidade.

Sucedo que o inciso II, do art.74, da Lei nº 14.133/2021 suprimiu do texto legal a referida exigência, não mencionando a expressão singular.

Deste modo, há evidente ponto de dissonância entre a hipótese de inexigibilidade prevista pelo inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 e aquele do inciso III do art. 74 da nova Lei de Licitações.

A novidade trazida pelo novo marco regulatório tem causado controvérsias doutrinárias. Há quem defenda que a partir do advento da Lei nº 14.133/2021 a singularidade não é mais considerada requisito essencial para a contratação direta de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização.

Por outro lado, outra parte renomada da doutrina entende que a interpretação do inciso III do art. 74 da Lei nº 14.133/2021 deve ser feita em coerência com aquele estabelecida para o inciso II do art. 30 da Lei nº 14.133/2021, no sentido

de que o caráter singular do serviço é essencial para caracterização da inexigibilidade de licitação, apesar da omissão legislativa.

A controvérsia que ora se apresenta está longe de ser pacificada pela doutrina, e talvez não o seja. Todavia, na prática, o que prevalecerá será o teor dos enunciados normativos e, no particular, o Tribunal de Contas da União, ao se manifestar sobre o inciso II do art. 30 da Lei nº 14.133/2021, já firmou entendimento de que para a configuração da inexigibilidade de licitação é essencial a caracterização do serviço como singular, posição que deve prevalecer na interpretação do inciso III, do art. 74, da Lei nº 14.133/2021.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. **Futura Nova Lei de Licitações**: a inexigibilidade de licitação para a contratação de profissionais ou empresas de notória especialização e o fim da singularidade do serviço técnico. Migalhas, 23 mar. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342237/futura-nova-lei-de-licitacoes-a-inexigibilidade-de-licitacao-para-a>. Acesso em: jan. 2021

Blog Zenite. **Nova Lei de Licitações: inexigibilidade e a ausência da expressão “singularidade”**. Zênite. 19 fev. 2021. Disponível em: <https://zenite.blog.br/nova-lei-de-licitacoes-inexigibilidade-e-a-ausencia-da-expressao-singularidade/>. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: dez. 2021.

_____. **Lei nº 13.303**, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: dez. 2021.

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, 7 abr. 2021. 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: dez. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. **Um estudo completo sobre a hipótese de inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos especializados**. Coluna Jurídica JML. Disponível em: https://www.jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=187. Acesso em: jan. 2022.

FERRAZ, Luciano. **“The walking dead na Administração” – Temporada final (nova lei de licitações)**. Consultor Jurídico, 22 abr. 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222440/%5Bartigos%5D%20the%20walking%20dead%20na%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica%20-%20temporada%20final%20-%20conjur.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: jan. 2022.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

HUPSEL, Edite Mesquita. **Inexigibilidade de licitação para contratação de serviços de patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas? Ou credenciamento?** Blog Zênite, 02 de junho de 2021. Disponível em: https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/06/Inexigibilidade-advogados_Edite-Hupsel.pdf. Acesso em: dez.2020.

JACOBY FERNANDES, Ana Luiza; JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; JACOBY FERNANDES, Murilo. **Contratação Direta sem Licitação na Nova Lei de Licitações. Lei nº 14.133/2021**. 11. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Ainda a inviabilidade de competição para contratação de serviços técnicos profissionais especializados**. Artigo publicado no Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte: Fórum, v.2, n.17, maio-2003, p.2057-2073. Disponível em: <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf61.pdf>. Acesso em: jan. 2022.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contratos Administrativos**. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. **Dispensa e inexigibilidade de Licitação Pública**. In NIEBUHR, Joel de Menezes et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. p. 33-79. Disponível em: https://www.zenite.com.br/books/nova-lei-de-licitacoes/nova_lei_de_licitacoes_e_contratos_administrativos.pdf. Acesso em: jan. 2022.

_____. **A polêmica da singularidade como condição para a inexigibilidade de licitação que visa à contratação de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual.** Blog Zênite, 10 maio 2021. Disponível em: <https://zenite.blog.br/a-polemica-da-singularidade-como-condicao-para-a-inexigibilidade-de-licitacao-que-visa-a-contratacao-de-servico-tecnico-especializado-de-natureza-predominantemente-intelectual/>. Acesso em: jan. 2022.

PÉRCIO, Gabriela. **A inviabilidade de competição relativa na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021): principais mudanças e propostas de interpretação para maximizar a eficiência da contratação direta.** GVP Parcerias governamentais. Disponível em: <https://www.parceriasgovernamentais.com.br/a-inviabilidade-de-competicao-relativa-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos-lei-no-14-133-2021-principais-mudancas-e-proposta-de-interpretacao-para-maximizar-a-eficiencia-da-contr/>. Acesso em: dez. 2020.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **As licitações nas empresas estatais pela Lei nº 13.743, de 74 de junho de 2016.** mar. 2017. Disponível em: <http://rigolinadvocacia.com.br/artigos/detalhes/15>. Acesso em: jan. 2022.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de Licitações Públicas Comentadas.** 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

_____. **O Princípio da Obrigatoriedade de Licitar em suas perspectivas burocrática e democrática.** Revista Jus Navegandi, Teresina, ano 22, n.4976, 14 fev.2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39860/o-principio-da-obrigatoriedade-de-licitar-em-suas-perspectivas-burocratica-e-democratica>. Acesso em: 17 dez. 2021.