

CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE NATUREZA PREDOMINANTEMENTE INTELLECTUAL: LICITAÇÃO OU CONTRATAÇÃO DIRETA?

CONTRACTING OF SPECIALIZED TECHNICAL SERVICES THAT ARE PREDOMINANTLY INTELLECTUAL: BIDDING OR DIRECT CONTRACTING?



Gabriela Verona Pércio

Advogada e Consultora em Licitações e Contratos. Mestre em Gestão de Políticas Públicas. Membro fundadora do Instituto Nacional da Contratação Pública (INCP). Membro associada do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN). Membro da Comissão de Estudos em Licitações e Contratos do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Professora convidada das pós-graduações em licitações e contratos do Instituto Goiano de Direito (IGD), da Escola Mineira de Direito (EMD) e da Faculdade Polis Civitas – Curitiba/PR. Autora, coautora e coordenadora de obras sobre contratações públicas.

Sumário: 1. Introdução; 2. Ponto de partida: as regras legais aplicáveis; 3. Em busca de argumentos; 3.1. O que é, afinal, um “serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual”?; 3.2. Serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual é, sempre, um serviço intrinsecamente complexo?; 3.3. Serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual pode ser julgado pelo menor preço ou enquadrado no conceito legal de serviço comum?; 4. Como decidir entre a licitação e a contratação direta por inexigibilidade?; 4.1. Como identificar, concretamente, as situações que impõem a realização de licitação?; 4.2. Como identificar, concretamente, as situações que autorizam a contratação direta por inexigibilidade de licitação?; 5. É possível fundamentar a inexigibilidade de licitação na inviabilidade da competição genérica ou é obrigatória a contratação de profissional ou empresa de notória especialização?; 6. O que é, de fato, a notória especialização e como ela deve ser evidenciada no processo de contratação?; 7. Conclusões; Referências.

Resumo: A contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual continua sendo um assunto desafiador, mesmo com a superveniência da Lei nº 14.133/2021. Se antes o ambiente de insegurança jurídica se devia a incertezas acerca do conceito da singularidade do serviço para a contratação de profissional ou empresa notoriamente especializada, a ausência desse requisito culminou na extinção do único critério legal distintivo entre as situações concretas que obrigam à licitação e aquelas que autorizam a contratação direta. Portanto, o problema persiste. Com o objetivo de avançar e evitar o resgate iminente da extinta singularidade, o presente artigo trilha outro caminho, seguindo uma linha de argumentação lógica que culmina em um substrato jurídico apto a auxiliar no embasamento de decisões administrativas relacionadas ao tema.

Abstract: The contracting of specialized technical services that are predominantly intellectual has been a challenging issue, even after Law 14,133/2021. If previously the environment of legal uncertainty was due to doubts about the singular nature of the service to hire a notoriously specialized professional or company, the absence of this requirement resulted in the extinction of the only legal criterion distinguishing between situations that require bidding and those that authorize direct contracting. Therefore, the problem persists. In order to move forward and avoid maintaining the extinct singularity, this article takes another path, following a line of logical argumentation that culminates in a legal basis capable of assisting in the support of administrative decisions related to the subject.

Palavras-chave: serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual; inexigibilidade de licitação; notória especialização de profissionais ou empresas; licitação; critério de julgamento.

Keywords: specialized technical services of a predominantly intellectual nature; non-competitive bidding; notable specialization of professionals or companies; bidding; judgment criteria.

1 INTRODUÇÃO

A contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual continua sendo um assunto desafiador no novo regime jurídico das contratações públicas. As inovações da Lei nº 14.133/2021 não foram suficientes para superar dilemas e dificuldades existentes na vigência da Lei nº 8.666/1993, apenas alterando-se o enfoque das discussões a serem enfrentadas pelos operadores em busca de uma aplicação segura.

Para fins de tratamento normativo, a Lei nº 8.666/1993 distinguia “serviços técnicos profissionais especializados” e “serviços de natureza predominantemente intelectual”. Para aqueles, determinava que deveriam ser licitados, preferencialmente via concurso, podendo ser contratados por inexigibilidade de licitação quando apresentassem natureza singular (art. 13, §1º e art. 25, inc. II). Para estes, determinava que fossem utilizados, nas licitações, os critérios de julgamento melhor técnica ou técnica e preço (art. 46).

A exigência de singularidade do serviço funcionava como uma barreira à vulgarização da contratação direta, porém, a falta de clareza em torno do conceito desse requisito impossibilitava o alcance dos objetivos legais. Não era raro que, diante da dúvida, os gestores sucumbissem ao medo do controle e realizassem licitação para a contratação de serviços que, evidentemente, não deveriam ser licitados.¹

Com o escopo de aperfeiçoar essas regras e superar dificuldades delas decorrentes, a Lei nº 14.133/2021 trouxe uma categoria única, que denominou “serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual”, estabelecendo que devem ser licitados preferencialmente com critério de julgamento técnica e preço (art. 36, §1º, inc. I) ou contratados diretamente, por inexigibilidade de licitação, junto a profissionais ou empresas notoriamente especializadas (art. 74, inc. III). Deixou de fazer referência à singularidade do serviço como requisito para a inexigibilidade.

Tais alterações, contudo, imprimiram prolixidade ao texto legal e não solucionaram o principal problema anterior. Ao eliminar, sem substituir, o único critério explícito distintivo entre as situações concretas que obrigavam à licitação e aquelas que autorizavam a contratação direta, a lei manteve o cenário de insegurança jurídica: quando licitar e quando contratar diretamente? Se a lei traz dois caminhos diferentes, como saber qual deles tomar?²

Não há dúvida de que regras legais distintas foram criadas para serem aplicadas em situações concretas também distintas. Porém, a ausência de critérios que possam nortear a decisão do gestor mantém o ambiente de penumbra e cria oportunidade para o resgate da extinta singularidade, com consequente retrocesso ao *status quo ante*.³

1 As dificuldades fomentadas pelo texto legal levaram à alteração do Estatuto da OAB, Lei 8.906/1994, e do Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, que define as atribuições do contador, os quais passaram a prever que tais serviços “são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei”.

2 Simplificando a problemática, Egon Bockmann Moreira e Renato Geraldo Mendes defendem que, apesar da letra da lei, nenhum serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual pode ser licitado, diante da impossibilidade de comparação objetiva entre os serviços, devendo ser contratados com base no *caput* ou no inciso III do art. 74, conforme o caso. Cf. MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. Inexigibilidade de licitação: Repensando a contratação pública e o dever de licitar – De acordo com a Lei 14.133/2021 e a Lei nº 13.303/2016. 2. ed. atual., rev. e ampl. Curitiba: Zênite, 2023. pp. 143 a 152.

3 Como bem alertado por Cristiana Fortini em análise à decisão do STF nos RE nº 656.558/SP e 610.523/SP, referente à contratação de advogado com fundamento no art. 25, inc. II da Lei 8.666/1993, vigente à época, há um aceno de voto do Min. André Mendonça favorável à manutenção da ideia de singularidade mesmo no contexto da Lei 14.133/2021. Cf. FORTINI, Cristiana. Contratação direta de serviços advocatícios, singularidade e configuração de improbidade. *Conjur*, 31 out. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-out-31/contratacao-direta-de-servicos-advocaticios-a-singularidade-e-a-configuracao-de-improbidade/>. Acesso em: 30 nov. 2024. Anote-se, contudo, que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a decisão do Habeas Corpus nº 714.064/SP foi no sentido de que, em relação à interpretação art. 74, III, “[A]lterada a redação da norma em parte essencial, não se pode tolerar a pretensão de avocar precedentes aplicáveis à norma anterior, restituindo palavras ou expressões inexistentes no atual texto legal, como ocorre com a exigência de singularidade para a contratação”.

Afastando-se da discussão acerca da eventual sobrevivência, ou não, do requisito da singularidade do serviço,⁴ o objetivo deste artigo foi identificar, com base nas normas legais aplicáveis, uma linha de interpretação que pudesse avançar em relação às construções existentes. As conclusões decorrem de uma argumentação lógica e oferecem substrato jurídico capaz de auxiliar no embasamento das decisões administrativas relacionadas ao tema.

2 PONTO DE PARTIDA: AS REGRAS LEGAIS APLICÁVEIS

A Lei nº 14.133/2021 traz regras expressas que objetivam disciplinar a contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, que devem ser consideradas ponto de partida. São elas:

- a. São serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual os serviços realizados em trabalhos relativos às atividades definidas nas alíneas do inc. XVIII do art. 6º;
- b. Serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual não podem ser licitados por pregão, ressalvados aqueles que forem considerados serviços comuns de engenharia (art. 29);
- c. As licitações para contratar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual devem se dar, preferencialmente, adotando o critério de julgamento técnica e preço, cabendo ao estudo técnico preliminar demonstrar sua eventual inviabilidade ou inadequação (art. 36, §1º, I);
- d. A contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual junto a profissionais ou empresas notoriamente especializadas pressupõe inviabilidade de competição e deve ocorrer por inexigibilidade de licitação (art. 75, inc. III).

3 EM BUSCA DE ARGUMENTOS

O principal dilema a ser solucionado versa, sem dúvida, sobre quais serviços técnicos de natureza predominantemente intelectual podem ser licitados e quais podem ser contratados diretamente. Contudo, é necessário, preliminarmente, enfrentar outros dilemas e firmar algumas conclusões que auxiliarão no deslinde dessa questão.

3.1 O que é, afinal, um “serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual”?

O inc. XVIII do art. 6º arrola em uma lista *os trabalhos cujos serviços a eles relacionados* podem ser considerados serviços técnicos profissionais especializados de natureza predominantemente intelectual.⁵

4 O tema já vem sendo enfrentado pela doutrina especializada, citando-se, a título de exemplo: SARAI, Leandro (Org.). Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/2021 Comentada por Advogados Públicos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 885 e seguintes; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 119 e seguintes; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 15. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2024, p. 456 e seguintes. O parecer nº 00001/2023/CNLCA/CGU/AGU, aprovado no âmbito da Subconsultoria Geral da União de Políticas Públicas, trouxe o entendimento de que a comprovação da natureza singular do serviço a ser prestado pela empresa ou profissional de notória especialização não é necessária, devendo o administrador adotar as cautelas nele elencadas e trazer aos autos a motivação expressa de seus atos.

5 “XVIII - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a:

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

Não há, portanto, um conceito *legal* do que sejam tais serviços, mas uma indicação nominal que, pelas expressões utilizadas na lei, não tem a intenção de fechar em *númerus clausus* as possibilidades. A lista é, portanto, meramente exemplificativa.⁶

A identificação de um conceito contendo as características do serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual é fundamental para possibilitar, na prática, a classificação como tal de serviços não listados e para nortear e fundamentar as conclusões aqui externadas.

Ao criar essa categoria de serviços, a lei reuniu em uma única expressão diferentes conceitos preexistentes, os quais devem, por isso, ser tomados em suas acepções comuns:

- a. **Serviços técnicos:** serviços que se inserem em determinada área de domínio técnico; sua execução, mediante aplicação dos conhecimentos técnicos, ocorre observando-se um conjunto de regras e normas que garantem o alcance do resultado;
- b. **Serviços especializados:** serviços que se inserem em determinada área de especialidade; sua execução exige entendimento específico ou conhecimento aprofundado sobre determinado assunto;
- c. **Serviços de natureza predominantemente intelectual:** serviços relacionados a determinada área do intelecto humano; sua execução é caracterizada pelo uso de habilidades pessoais e/ou da inteligência.

O conceito de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual decorre, portanto, da soma dos elementos de cada um desses, agora, sub conceitos.

Assim, é possível afirmar que, para os fins de aplicação da lei, serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual é o *serviço cuja execução exige, além do domínio técnico e do conhecimento aprofundado em certa área de especialidade, o uso de habilidades pessoais e da inteligência do prestador do serviço.*⁷

3.2 Serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual é, sempre, um serviço intrinsecamente complexo?

O fato de requererem dos seus executores o uso de habilidades pessoais e da inteligência não significa, automaticamente, que os serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual sejam sempre complexos e de difícil execução.

d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais e 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 na definição deste inciso; [...].

6 No mesmo sentido, MENDES e MOREIRA, op. cit., e BOSELLI, Felipe, in FORTINI, Cristiana; CAMARÃO, Tatiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 69. Destaca-se o entendimento diverso de Marçal Justen Filho, para quem o elenco do inciso III do art. 74 é claramente exaustivo, em razão da expressão “seguintes”. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v2/page/1>. Acesso em: 28 nov. 2024.

7 Para Marçal Justen Filho: “O serviço técnico predominantemente intelectual é aquele que envolve uma habilidade individual, uma capacitação peculiar, relacionada com potenciais intelectuais personalíssimos. Promove-se uma espécie de “transformação” do conhecimento teórico em prático, o que envolve um processo intermediado pela capacidade humana.” (JUSTEN FILHO, op. cit., RL-1.21)

Apenas para exemplificar: é comum, na vida real, que atividades relacionadas ao exercício da advocacia e da engenharia sejam executadas por estagiários, sob a supervisão dos profissionais. Tais atividades, conforme o grau de complexidade, poderão não demandar a intervenção dos profissionais, demandar alguma intervenção ou demandar intervenções maiores para garantir os resultados pretendidos. Em todas as hipóteses, contudo, os serviços serão considerados serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

Ainda a título de exemplo, no rol de trabalhos referidos no inc. XVIII do art. 6º, podem ser vislumbradas perícias simples e complexas, a depender do objeto periciado, projetos básicos e executivos que não exijam maiores esforços criativos e causas judiciais e administrativas que possam ser solucionadas por meio de teses já existentes, reduzindo o grau de dificuldade argumentativa. Ainda, a restauração de obras de arte e de bens de valor histórico também pode, conforme o caso, ser algo tecnicamente simples, o mesmo ocorrendo com análises e testes laboratoriais, entre outros serviços relacionados aos trabalhos listados.

Portanto, a complexidade não é elemento determinante para a caracterização do serviço como serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual.⁸

3.3 Serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual pode ser julgado pelo menor preço ou enquadrado no conceito legal de serviço comum?

A Lei nº 14.133/2021 veda, expressamente, no parágrafo único do art. 29, a utilização do pregão para licitar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.⁹ Indaga-se se, em verdade, *a pretensão não teria sido a de vedar a utilização do critério de julgamento menor preço*, uma vez que a diferença entre os procedimentos do pregão e da concorrência reside, unicamente, na possibilidade de, nesta, serem utilizados critérios que considerem também a técnica. Se assim fosse, ao vedar o pregão, cujo critério de julgamento é o menor preço, o pressuposto seria de que tais serviços devem, necessariamente, ser escolhidos à luz de critérios técnicos de julgamento. Em última análise, haveria a manutenção da lógica da Lei nº 8.666/1993 para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados.

Porém, no mesmo dispositivo, a lei permite a utilização do pregão para contratar estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos, admitindo, implicitamente, a utilização do critério menor preço.¹⁰ Ainda, o inciso I do §1º do art. 36 prevê o afastamento justificado do critério de julgamento técnica e preço, preferencial, nos casos em que os serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual a serem contratados não exigirem ponderação e avaliação da qualidade técnica das propostas para além dos requisitos mínimos descritos no edital, o que deve ser feito, obviamente, em favor do critério de julgamento menor preço. Assim, *a vedação se refere à modalidade pregão*, não havendo incompatibilidade *a priori* com o critério de julgamento menor preço e devendo sua utilização ser justificada de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Tais conclusões, em qualquer dos contextos sugeridos, esvaziam a discussão sobre a possibilidade, ou não, de caracterizar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual como

8 Nessa linha, a propósito, não há que se falar em equivalência entre esse conceito e o conceito legal de serviço especial, contido no art. 6º, XIV da lei: “bens e serviços especiais: aqueles que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não podem ser descritos na forma do inciso XIII do *caput* deste artigo, exigida justificativa prévia do contratante; [...]”.

9 Art. 97, parágrafo único: “O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do *caput* do art. 6º desta lei.”

10 Os “serviços de engenharia de que trata a alínea ‘a’ do inciso XXI do *caput* do art. 6º”.

serviços comuns, nos termos da lei,¹¹ já que estes devem ser licitados na modalidade pregão, cujo critério de julgamento obrigatório é o menor preço.¹²

4 COMO DECIDIR ENTRE A LICITAÇÃO E A CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE?

Na Lei nº 8.666/1993, o critério distintivo entre licitar e contratar diretamente serviços técnicos especializados residia nas características do serviço, se era ou não “singular”.¹³ A premissa era a de que, estando a contratação atrelada a serviços de natureza singular, exigindo sua execução por profissional ou empresa notoriamente especializada, *não havia possibilidade de realizar as comparações objetivas* necessárias ao procedimento licitatório.

Esse cenário, mesmo diante da dificuldade de precisar o conceito de singularidade, apresentava certa nitidez, pois era evidente que não se tratava de *quaisquer* serviços e *quaisquer* profissionais ou empresas executoras, sendo necessário um *algo a mais* que não poderia ser aferido por meio dos critérios de seleção compatíveis com a licitação.

Ao refutar o requisito da singularidade do serviço, a Lei nº 14.133/2021 impossibilitou a sobrevivência das razões que escoravam a hipótese do inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993. A natureza predominantemente intelectual, agora acoplada aos serviços técnicos especializados, *não tem, como não tinha, o condão de acarretar, por si só, a impossibilidade de comparação objetiva entre propostas*. Tanto é que a lei também disciplina a licitação para esses serviços.

Assim, claramente, há para o gestor o dever de avaliar as diferentes situações concretas envolvendo serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual. A ausência do requisito da singularidade não é, portanto, um cheque em branco para a contratação direta dos serviços listados nas alíneas “a” a “h”, em todo e qualquer caso.¹⁴

Desse modo, é premente e fundamental identificar, na Lei nº 14.133/2021, os componentes lógicos das regras que ora impõem a licitação, ora consideram inviável a competição.

4.1 Como identificar, concretamente, as situações que impõem a realização de licitação?

No caso dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, a análise da existência, ou não, de condições de promover uma licitação eficiente e eficaz deve ser realizada sob o prisma da *possibilidade de um julgamento objetivo para a escolha da melhor proposta, não do serviço em si e da possibilidade de comparar sua execução pelos diferentes prestadores*.

Com efeito, nenhum serviço que decorre de uma atuação intelectual pode ser objetivamente comparado com outro, pois sempre existirão traços de personalidade e intelectualidade inerentes a cada

11 Art. 6º, XIII: “bens e serviços comuns: aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado;”

12 Conforme determina o inc. XLI do art. 6º, com exceção dos serviços comuns de engenharia, para os quais se aplica a concorrência, nos termos do inc. XXXVIII do mesmo artigo.

13 “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;”

14 Segundo orientações constantes do *Manual de Licitações e Contratos* do Tribunal de Contas da União, “o que determina a necessidade de notória especialização para executar o serviço” e, portanto, a possibilidade de contratação direta sob tal fundamento, “são as características diferenciadas desse serviço”. Cf. Disponível em <https://licitacoesecontratos.tcu.gov.br/5-10-1-3-servicos-tecnicos-especializados-de-natureza-predominantemente-intelectual-com-profissionais-ou-empresas-de-notoria-especializacao-inciso-iii/>. Acesso em: 29 nov. 2024.

prestador. Isso não impede, contudo, que a escolha se faça por meio de critérios objetivos e relevantes em cada caso.

Assim, a premissa que deve conduzir a decisão administrativa é a de que *serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual podem ser licitados nas situações em que for possível a comparação objetiva entre propostas técnicas*, não havendo que se perquirir acerca da comparabilidade intrínseca entre os serviços.¹⁵

Conforme já destacado no item 2, o serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual envolve três diferentes aspectos, quais sejam, técnico, especializado e intelectual. A possibilidade de realizar licitação está diretamente relacionada com a relevância, para a execução e para os resultados, dos *aspectos técnicos do serviço*, os quais, diferentemente dos aspectos intelectuais, permitem comparação objetiva.

Nesse contexto, note-se que, de acordo com o §1º do art. 36, o critério de julgamento do tipo técnica e preço deverá ser utilizado, inclusive no caso de serviços de natureza predominantemente intelectual (inc. I), quando o estudo técnico preliminar identificar a necessidade de avaliar e ponderar a *qualidade técnica das propostas* para possibilitar o alcance dos resultados.¹⁶ Por sua vez, o art. 37 estabelece que o julgamento por técnica e preço deverá ser realizado por:

- a. verificação da capacitação e da experiência do licitante;
- b. demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues; e
- c. desempenho pretérito na execução de contratos com a administração pública.

Assim, o pressuposto legal é de que a comparação objetiva entre propostas técnicas pode ser, em certos casos, suficiente para garantir os resultados pretendidos. Isso se deve, vale dizer, pela *evidente diferença de níveis de exigência do uso da intelectualidade na execução*, a despeito de ser sua característica predominante. Essa discussão perpassa a discussão trazida no item 3.2, sobre serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual simples e complexos.

Por exemplo, a elaboração de um projeto básico para a construção de um barracão requer mais conhecimento técnico aplicado à situação concreta e menos uso da inteligência para conceber a solução, se comparado à situação de uma obra complexa; o treinamento de pessoal para a execução de tarefas meramente materiais pode não exigir habilidade intelectual diferenciada, ao contrário do que ocorre com treinamentos que visam ao desenvolvimento pessoal em um dado campo do conhecimento; a perícia realizada sobre um imóvel ou sobre um veículo sinistrado pode, em muitos casos, seguir padrões que não envolvem, de forma decisiva, o uso de habilidades pessoais.

15 Registra-se, em outro sentido, o entendimento de Renato Geraldo Mendes e Egon Bockmann Moreira. Para os autores, independentemente de ser possível um critério objetivo para a comparação entre propostas, a contratação de serviços técnicos especializados de natureza intelectual somente poderia ser licitada se fosse possível sua definição objetiva, o que, segundo defendem, não ocorre. (Mendes e Moreira, op. cit., p. 143-152).

16 "Art. 36. omissis

§ 1º O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado; [...]"

Assim, será possível e devido realizar licitação para contratar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual quando, para os fins da execução e dos resultados, *o aspecto técnico do serviço se sobressair, em relevância, ao aspecto intelectual*, viabilizando a comparação entre propostas técnicas nos moldes do art. 37 como método adequado e suficiente para a escolha do contratado, devendo tais condições serem evidenciadas no estudo técnico preliminar.

4.2 Como identificar, concretamente, as situações que autorizam a contratação direta por inexigibilidade de licitação?

A capacidade intelectual para executar determinada atividade está intimamente vinculada às características pessoais do profissional, especialmente no que concerne à forma com que utiliza seu conhecimento e sua inteligência para analisar o problema, identificar os recursos disponíveis para a solução e manejá-los eficiente e eficazmente. Evidentemente, não pode ser medida, quiçá comparada objetivamente. Dessa forma, diferentemente das situações referidas no tópico anterior, não caberá falar em licitação quando, para os fins da execução e dos resultados, *o aspecto intelectual se sobressair, em relevância, ao aspecto técnico do serviço*, inutilizando o critério da comparação objetiva entre propostas técnicas como meio de escolha do contratado, devendo tais condições serem evidenciadas no estudo técnico preliminar.

Isso ocorrerá, apenas, no caso de *serviços cujas características intrínsecas atrelem a eficácia e a efetividade dos resultados da execução a um desempenho diretamente decorrente da capacidade intelectual do prestador do serviço*. Ou seja, a capacidade intelectual deve ser fator determinante para garantir o pleno atendimento do interesse público. Em situação diversa, a rigor, deverá ser suficiente a análise comparativa dos atributos técnicos constantes do art. 37.

São exemplos de serviços que não podem ser licitados: assessorias e consultorias técnicas e jurídicas caracterizadas, eminentemente, pela oferta de soluções a problemas apresentados; treinamentos, capacitações e aperfeiçoamentos que visem à aquisição ou ao desenvolvimento, pelos alunos, de habilidades intelectuais; elaboração de estudos técnicos que demandem conhecimentos especializados e aprofundados; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas e pareceres técnicos e jurídicos envolvendo temáticas muito especializadas ou matérias controversas, bem como fiscalização de obra de engenharia avaliada como complexa por técnicos e especialistas.

5 É POSSÍVEL FUNDAMENTAR A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO GENÉRICA OU É OBRIGATÓRIA A CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL OU EMPRESA DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO?

Tal como em relação ao art. 25 da Lei nº 8.666/1993, não se questiona a natureza exemplificativa do rol do art. 74 da Lei nº 14.133/2021. Contudo, não significa que serviços técnicos profissionais especializados de natureza predominantemente intelectual possam ser contratados diretamente com base na inviabilidade de competição genérica, contida no *caput* do dispositivo.¹⁷ Ao contrário, se não for possível licitar, *a única opção cabível será a contratação direta de profissional ou empresa de notória especialização*.

Com efeito, se no caso da contratação direta a capacidade intelectual é fator determinante, afastando a eficácia do método de comparação objetiva entre propostas técnicas, a escolha do contratado *deve se dar* em decorrência da notória especialização do prestador do serviço, prevista no inc. III do art. 74. Essa

¹⁷ Em outro sentido, Mendes e Moreira, *op. cit.*, p. 143-152.

é a solução legal especificamente contemplada pela lei para assegurar os resultados da contratação, não cabendo falar em fundamentação legal genérica.

6 O QUE É, DE FATO, A NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO E COMO ELA DEVE SER EVIDENCIADA NO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO?

Preliminarmente, é fundamental compreender que não existem profissionais ou empresas que possam ser, genericamente, considerados de notória especialização para os fins da contratação direta fundada no inc. III do art. 74.¹⁸ A notória especialização está intrinsecamente relacionada aos serviços que a administração pretende contratar e às circunstâncias de contratação, ou seja, *ela sempre será específica*. Essa afirmação ficará mais evidente ao final deste tópico. Trata-se de uma importante diretriz que deve nortear as justificativas da contratação, garantindo que o liame existente entre as necessidades decorrentes dos serviços e a capacidade do contratado para atendê-las fique evidente no processo.

Dito isto, observe-se que o conceito legal de notória especialização¹⁹ envolve aspectos muito similares aos listados no art. 37, o que pode causar, inicialmente, certa dificuldade de compreensão. Com efeito, “desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica” podem, também, ser considerados para a verificação da qualidade técnica da proposta em uma licitação com critério de julgamento técnica e preço. Contudo, tal dificuldade é dissipada:

- a. ao se considerar que, conforme abordado no tópico 4.2, em razão das características dos serviços, a mera comparação objetiva entre esses atributos é insuficiente para conduzir à melhor escolha administrativa, impelindo, assim, à contratação direta;²⁰ e
- b. ao se perceber que a solução legal, em verdade, reside em outro elemento do conceito, qual seja, a possibilidade de *inferir* – deduzir, concluir por inferência ou por dedução, geralmente partindo de indícios, de fatos ou de raciocínios²¹ – que o trabalho de um dado profissional ou empresa conduzirá, *com algum nível de certeza*, aos resultados pretendidos pela contratação.²²

Assim, diante da impossibilidade de escolher pautando-se exclusivamente em critérios objetivos, a lei conferiu ao gestor *uma espécie de prerrogativa de realizar juízo próprio* acerca do profissional ou empresa cujo conjunto de atributos, no contexto da situação concreta, lhe inspire maior confiança para a execução. Observe-se que a escolha é livre, mas vinculada a condições passíveis de controle.

18 Nesse sentido também entendem Ana Luiza Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Murilo Jacoby Fernandes, para quem a lei não permite criar uma “casta” de profissionais notórios especialistas acima da disputa de preços. Cf. JACOBY FERNANDES, Ana Luiza; JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses; JACOBY FERNANDES, Murilo. **Contratação direta sem licitação na Nova Lei de Licitações**: Lei 14.133/2021. 11. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 136.

19 Art. 6º: “XIX - notória especialização: qualidade de profissional ou de 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, permite inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato; [...]”.

20 Vale destacar a orientação que consta do *Manual de Licitações e Contratos* do Tribunal de Contas da União sobre o tema: “O que determina a necessidade de notória especialização para executar o serviço são as características diferenciadas desse serviço. Assim, se o objeto for usual, rotineiro ou não exigir a atuação de um profissional ou empresa de notória especialização, não se justifica a contratação direta por inexigibilidade, pois isso poderia violar os princípios da economicidade, da impessoalidade e da isonomia.” Disponível em: https://licitacoescontratos.tcu.gov.br/5-10-1-3-servicos-tecnicos-especializados-de-natureza-predominantemente-intelectual-com-profissionais-ou-empresas-de-notoria-especializacao-inciso-iii/#_ftnref7. Acesso em 29 nov. 2024.

21 Cf. <https://www.dicio.com.br/inferir/>. Acesso em: 14 out. 2024.

22 O termo é o mesmo utilizado pelo art. 25, inc. II, da Lei 8.666/1993, alvo de incontáveis discussões que trouxeram o elemento da confiança como intrínseco à decisão do gestor nesses casos. Nesse sentido, vide a célebre Decisão do Tribunal de Contas da União nº 595/95 do Plenário e o julgamento do Inq. nº 3074/SC, pelo STF, em 26.8.2014, rel. Min. Luís Roberto Barroso.

Postas as coisas nesses termos, a semântica da expressão “notória especialização” deve ser corretamente compreendida. De acordo com seu significado corrente, *notório* pode expressar duas ideias distintas:

- a. “conhecido por um grande número de pessoas; sabido”; e
- b. “que não se pode contestar, duvidar nem refutar; que é evidente”²³

Não há razão para excluir qualquer delas do escopo da norma. Sendo assim, há duas ordens de profissionais ou empresas que podem ser consideradas notoriamente especializadas no contexto de uma contratação fundada no inc. III do art. 74:

- a. aqueles que gozam de certo *status* no ramo em que atuam, uma espécie de “fama técnica”, ou seja, são *amplamente conhecidos* em razão de suas competências, e
- b. aqueles que, em razão do “desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com sua atividade” são *evidentemente especializados, embora não sejam amplamente conhecidos*.

A demonstração da notória especialização deverá considerar essa dicotomia e ser mais detalhada e consistente quando a situação concreta se enquadrar na hipótese da letra “b”. Assim, por exemplo, a contratação de um escritório de arquitetura que já tem em seu portfólio algumas premiações poderá exigir menos elementos formais na justificativa do que outro, não premiado. Da mesma forma, a justificativa para contratar como palestrante um profissional com obras publicadas na área será, provavelmente, mais sucinta do que a justificativa para contratar um profissional que não tenha publicações, mas apresente outros atributos.

Nesse contexto, o atendimento dos requisitos presentes no conceito legal, com a consequente demonstração dos atributos específicos do profissional ou empresa, deve ocorrer conforme a necessidade, diante das características da contratação. Vale destacar, ainda, a necessidade de levar em consideração, caso a caso, a distinção existente entre notória especialização *de empresas* e notória especialização *de profissionais*. Assim, existirão serviços cuja execução demandará apenas o desempenho do profissional em atividades relacionadas ao seu intelecto, estando a notória especialização vinculada ao “desempenho anterior, estudos, experiência, publicações”, aspectos nos quais as justificativas deverão se centrar, enquanto outros exigirão estrutura empresarial, cabendo abordagem também sob os enfoques “organização, aparelhamento, equipe técnica”.

Em qualquer das hipóteses, é necessário existir, no bojo do processo de contratação, *um conjunto consistente de atributos que evidencie, para o caso concreto*, elementos capazes de conduzir o gestor a uma decisão segura. Eis, portanto, um ponto de suma importância para o controle da legalidade da contratação direta em questão: a existência de documentos e informações *que possibilitem a conclusão* de que o trabalho a ser desempenhado pelo profissional ou empresa que se pretende contratar é essencial e adequado à plena satisfação dos interesses *vinculados à contratação*.

Nesse ponto, retoma-se a ponderação feita no início deste tópico: a notória especialização do profissional ou empresa deve ser aferida diante das características do serviço a ser contratado e das circunstâncias da contratação, cabendo evidenciar, por meio da justificativa, o liame existente entre a sua contratação e o seu potencial para alcançar os resultados pretendidos.²⁴

23 Cf. <https://www.dicio.com.br/notorio/>. Acesso em: 14 out. 2024.

24 Orientação similar pode ser encontrada no *Manual de Licitações e Contratos* do Tribunal de Contas da União: “Note-se que, nessa hipótese de inexigibilidade, a técnica empregada na execução do objeto e a habilidade do prestador são interdependentes, fazendo com que a

Para melhor ilustrar o raciocínio, considerem-se os seguintes exemplos:

- a. um advogado sem experiência em atuação judicial não pode ser considerado notoriamente especializado para os fins de uma contratação que vise à interposição e ao acompanhamento de ação, ainda que o tema central se relacione a sua tese de doutoramento, pois o domínio de regras processuais é imprescindível à presunção da prestação satisfatória dos serviços; já se o objeto da contratação for a elaboração de um parecer jurídico sobre o tema da tese, a notória especialização estará configurada;
- b. um profissional detentor de título de mestre ou doutor não pode, unicamente com base na titulação, ser considerado notoriamente especializado para ministrar um curso de capacitação, uma vez que a experiência docente, refletindo didática e metodologia adequadas para a atividade e seus objetivos, é fundamental para o alcance dos resultados; já se o objeto for ministrar uma palestra de curta duração, sobre tema de seu conhecimento técnico, a titulação poderá ser suficiente;
- c. um escritório de advocacia não pode ser considerado notoriamente especializado para a defesa de causas judiciais unicamente porque um de seus sócios é aposentado da magistratura; já em se tratando de causas que se relacionem tematicamente com a área de atuação pretérita do referido sócio, seu trabalho poderá ser considerado adequado à plena satisfação do objeto da contratação;
- d. um escritório de arquitetura reconhecido pelos designs inovadores de seus projetos não pode ser, só por esse fato, considerado notoriamente especializado para contratar com a administração; já se o design inovador estiver entre os objetivos buscados pela contratação, poderá ser um elemento decisivo na configuração da notória especialização.

Por fim, note-se que, diferentemente da Lei nº 8.666/1993, não há necessidade de demonstrar que o trabalho do profissional é *o único ou o mais* adequado, eliminando-se, assim, qualquer cogitação de comparações nesse sentido. A Lei nº 14.133/2021 exige, apenas, tal como se depreende do conceito de notória especialização, a demonstração de que o trabalho do profissional é *essencial e reconhecidamente adequado* à plena satisfação do objeto do contrato.

7 CONCLUSÕES

Os serviços constantes do rol do inciso III do art. 74²⁵ da Lei nº 14.133/2021 não podem ser considerados, automaticamente, “não licitáveis”. A natureza predominantemente intelectual não tem o condão de, por si, inviabilizar a competição. A ausência do requisito da singularidade do serviço, que antes distinguia as situações e era a base para a ideia de impossibilidade de comparação objetiva, impõe uma análise casuística, com base nas características intrínsecas do serviço e das exigências de execução relacionadas aos resultados visados com a contratação. Assim, a definição entre licitar ou contratar diretamente, por inexigibilidade de licitação, um serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual depende, essencialmente, das análises realizadas na fase preparatória da contratação, com base em aspectos que não envolvem, em absoluto, o resgate da singularidade.

escolha do contratado dependa de uma análise subjetiva, o que torna a licitação inviável. Isso porque haverá dificuldade em comparar objetivamente as propostas, que estão atreladas aos profissionais que executarão os trabalhos.” Disponível em: https://licitacoescontratos.tcu.gov.br/5-10-1-3-servicos-tecnicos-especializados-de-natureza-predominantemente-intelectual-com-profissionais-ou-empresas-de-notoria-especializacao-inciso-iii/#_ftnref7. Acesso em: 29 nov. 2024.

25 Estão em xeque, inclusive, em nosso pensar, as disposições do Estatuto da OAB, Lei 8.906/1994, e do Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, acerca da singularidade dos serviços advocatícios e contábeis, que correspondem a alterações realizadas na vigência da Lei nº 8.666/1993.

Nesse sentido, é possível distinguir os serviços com base em seus aspectos intrínsecos, compreendendo que, apesar da natureza predominantemente intelectual, a execução concreta de cada serviço pode comportar diferentes níveis de intelectualidade, em razão da maior ou menor complexidade do serviço, com relevância predominante, em alguns casos, de aspectos técnicos e, em outros, de aspectos intelectuais. Naqueles, haverá possibilidade de comparação entre propostas técnicas, cabendo licitar com critério de julgamento técnica e preço, não estando afastada, em absoluto, a possibilidade de utilizar o critério de julgamento menor preço quando verificada a irrelevância, para os fins pretendidos pela administração, da avaliação ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem requisitos mínimos estabelecidos no edital. Nestes, diante da imprestabilidade do método de comparação objetiva, será necessário contratar diretamente um profissional ou empresa de notória especialização para garantir o alcance dos resultados buscados.

A notória especialização que autoriza a contratação direta é específica e circunstancial, estando intrinsecamente relacionada aos serviços que a administração pretende contratar e aos objetivos a serem alcançados. É fundamental que os documentos e informações constantes do processo estabeleçam, claramente, um liame entre os atributos de notória especialização do prestador do serviço e o seu potencial para satisfazer plenamente o objeto do contrato.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de licitações e contratos**. 5. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2024. Disponível em <https://licitacoescontratos.tcu.gov.br/>. Acesso em: 28 nov. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FORTINI, Cristiana. Contratação direta de serviços advocatícios, singularidade e configuração de improbidade. **Conjur**, 31 out. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-out-31/contratacao-direta-de-servicos-advocaticios-a-singularidade-e-a-configuracao-de-improbidade/>. Acesso em: 31 out. 2024.

FORTINI, Cristiana; CAMARÃO, Tatiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

JACOBY FERNANDES, Ana Luiza; JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses; 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**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomson-reuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v2/page/1>. Acesso em: 28 nov. 2024.

MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. **Inexigibilidade de licitação: Repensando a contratação pública e o dever de licitar – De acordo com a Lei nº 14.133/2021 e a Lei nº 13.303/2016**. 2. ed. atual., rev. e ampl. Curitiba: Zênite, 2023.

SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/21 Comentada por Advogados Públicos**. Salvador: Juspodivm, 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 15. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2024.