LICITAÇÃO — CONCURSO — ELABORAÇÃO DE PROJETOS — NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

— Notória especialização, para o efeito de exonerar a administração de prévia licitação, para a contratação de serviços, tem como critério básico para a sua conceituação jurídica a singularidade do objeto do contrato, individualizado e incompatível de competição concursal.

— Interpretação dos arts. 126, § 2º, e 144 do Decreto-lei nº 200, de 1966.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

PROCESSO Nº 002/C/77 — PR. 2 221/67
Presidência da República — Consultoria-Geral da República
E.M. nº L-135, de 28 de fevereiro de 1977. "Aprovo. Em 22.4.77."

Assunto: Elaboração de projetos: dispensa de licitação por motivo de notória especialização.

Ementa: I — A dispensa de licitação para a contratação de serviços com profissionais ou firmas de *notória especialização* (art. 126, § 2º, "d", do DL, nº 200 de 1967) supõe características de notável singularidade no modo da prestação ou no resultado a obter, não suscetíveis de execução senão por determinado profissional ou firma especializada, em grau incomparável com os demais, portanto em circunstância materialmente impossibilizante do confronto licitatório.

II — A elaboração de projetos em geral, e, especificamente, de projetos de engenharia e arquitetura, está sujeita, em princípio, à licitação, na forma de seleção de qualidade ou de melhor técnica em que, por não dominante o critério do melhor preço, inocorre contradição com o vigente art. 83, da Lei nº 5 194, de 1966. Somente é dispensável a licitação, em tais casos, quando ocorrentes, em concreto, os pressupostos legais, inadimissível uma desobrigação genérica para a categoria.

III — O sentido do art. 144, do Decreto-lei nº 200, de 1967 é, exclusivamente, o de conferir à autoridade administrativa a faculdade de proceder a concurso, — modalidade de licitação —, para a elaboração de projetos, desde que lhe pareça mais conveniente e adequado do que o procedimento estrito, constituindo eficaz observância do princípio legal obrigatório.

PARECER: L-135

Esta Consultoria-Geral é chamada a manifestar-se sobre tema, que ora se discute, nos termos enunciados pelo Aviso nº 76, de 19 de janeiro de 1977, do ilustre Ministro-Chefe do Gabinete Civil, *in verbis*:

"Cuida o processo anexo de dirimir controvérsia sobre a conceituação e caracterização do que seja *notória especialização*, para efeito de dispensa de licitação em contratos de prestação de serviços técnicos relativos à elaboração de projetos de engenharia e arquitetura e cálculos complementares.

O DASP, de um lado, pretende a edição de decreto que autorize expressamente a dispensa de licitação em tais casos, como justifica a Exposição de Motivos nº 988, de 1976.

A Comissão de Coordenação das Inspetorias Gerais de Finanças (INGECOR), do Ministério da Fazenda, entende, de outro lado, desnecessário o ato proposto, consoante manifestação inserida no processo e sugere a audiência desse órgão." (fls.)

A Exposição de Motivos, a que se reporta o mencionado expediente, originária do DASP, onde se ressaltam, com pertinência, as dificuldades em aplicar-se a conceituação legal à contratação de serviços técnicos profissionais especializados que vise à elaboração de projetos arquitetônicos e cálculos complementares, acentua que, por estarem contidas em legislação relativamente recente, as normas excepcionais referentes à dispensa de licitação, calcadas, muitas delas em pressupostos de caráter nitidamente subjetivo, dependerão, naturalmente, dos trabalhos dos intérpretes. (fls.)

Por sua vez, a INGECOR, em sessão plenária, reconhecendo que o conteúdo do projeto de decreto é de interpretação da legislação pertinente, entendeu desnecessária a sua edição, sugerindo parecer jurídico sobre a conceituação e caracterização da "notória especialização" quanto à contratação de serviços técnico-especializados para a elaboração de projetos de engenharia e arquitetura. (fls.)

II

Admite-se, na melhor doutrina, que o condicionamento das adjudicações ou aquisições de materiais, obras ou serviços, pela Administração Pública, à prévia realização do procedimento licitatório atende a um princípio jurídico, a ser observado pelo Poder Público, mesmo não constante de normas legislativas expressas. Assim resultaria da necessidade de pautar-se a Administração, na obtenção dos meios de ação específicos, pelo resguardo da moralidade administrativa, pela consecução do negócio mais vantajoso, e pela propiciação de acesso e oportunidade, em iguais condições, à contentação para o Serviço Público, e, não menos, em obséquio ao regime de economia de mercado.

Colhe, no entanto, evidenciar a explicitude e a imperatividade com que a disciplina se apresenta no ordenamento administrativo brasileiro, haja vista o art. 126 do Decreto-lei nº 200, de 1967, a dispor que *as compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação*, norma abrangente da Administração Direta e das Autarquias, quer Federais, Estaduais ou Municipais. (Cfr. Lei nº 5 456, de 20 de junho de 1968).

A licitação constitui trâmite essencial no processo de formação do contrato administrativo, de modo que a sua nulidade importa em que seja conseqüentemente nula a contratação subseqüente. Nulo é também o contrato, por frontal infringência à lei, quando a prévia licitação não se fez, em sendo cabível, descumprido, que estará, pela Administração, o obrigatório procedimento para a escolha do contratante que ofereça a condição melhor.

A última hipótese, isto é, a falta do processo seletivo, fundamenta, só por si, o exercício da ação popular com o objetivo da invalidação do contrato, que o tenha emitido, e condenação dos responsáveis, pela sua prática, ao pagamento de perdas e danos, como está expresso no art. 4º, item III, alínea "a", da Lei nº 4 717, de 29 de junho de 1965, o que igualmente ocorreria, ainda na falta dessa previsão específica, ao configurar-se ato le-

sivo ao patrimônio público, conceituada a nulidade por vício de forma (art. 2º, "b").

Atendendo a razões determinantes, de diversa ordem, que tornam inconveniente, inócua ou impraticável a licitação, o Decreto-lei nº 200 abre exceções ao princípio da obrigatoriedade, para dispensá-la, nas hipóteses enumeradas nas alíneas do parágrafo 2º do art. 126.

Como exceções, tais normas devem ser interpretadas em caráter estritíssimo, insuscetível de extensão analógica, recaindo na disciplina genérica todo caso concreto que não adequado ao suporte fáctico, naquelas, descrito, em correspondência à máxima de que em tais preceitos é como se o legislador houvesse dito querer, fora dos casos previstos, exatamente o contrário. Aliás, o que já seria necessária e lógica decorrência dos cânones hermenêuticos alcança conformação legal, pois o parágrafo 1º do citado art. 126 reza que a licitação só será dispensada na forma prevista na Lei.

Dentre os preceitos excepcionais mencionados, se intercala o da alínea "d" do parágrafo 2º do art. 126, onde o ponto fundamental da consulta:

"Art. 126 — As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação.

§ 1º — A licitação só será dispensada nos casos previstos nesta Lei.

§ 2º — É dispensada a licitação:

.....

d) na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, *bem como na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização.*"

III

O conceito de *notória especialização*, para efeito de dispensa da licitação na contratação de serviços com firmas ou profissionais, tem dado margem a certa controvérsia, no tocante às suas notas essenciais, ainda que a discussão doutrinária venha propiciando um crescente aclaramento da questão.

Não se trata, entretanto, de inovação do Decreto-lei nº 200, de 1967. Já o Código e o Regulamento de Contabilidade consideravam *dispensável a concorrência* "para o fornecimento de material ou gêneros, ou realização de trabalhos que *só puderem ser efetuados pelo produtor ou profissionais especialistas*, ou adquiridos no lugar da produção" (art. 51, "b", e art. 246, "b",respectivamente). Antecedente imediato do diploma em vigor, dispunha a Lei nº 4 401, de 10 de setembro de 1964, em termos correspondentes, no tocante ao ponto sob exame, dispensadas as concorrências (art. 1º, IV, "c") — "a critério do Ministro de Estado, para a aquisição de materiais, ou gêneros, que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, *bem como para a execução de serviços dependentes de profissionais de notória especialização*".

Permito-me trazer à colação, ainda que convencido de sua incompletude a reclamar atualização, o entendimento que sugeri em parecer proferido, sob a égide dessa mesma Lei 4 401, de 1964, no então Ministério Extraordinário para a Coordenação dos Organismos Regionais (Processo MECOR-2 757 de 1966: Parecer nº 90 de 1966-AJ), em uma primeira tentativa de abordagem do conceito de notória especialização:

"Examinado em si mesmo, o preceito legal acima comporta distinção. Nele se

destacam duas hipóteses aptas a permitir a contratação direta, a critério do Ministro de Estado:

a) a aquisição de materiais ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante exclusivo;

b) a execução de serviços dependentes de profissionais de notória especialização.

A razão de norma, em uma e outra hipótese, é o reconhecimento da inocuidade ou impossibilidade real da concorrência, face à circunstância previsível de inexistirem concorrentes aptos, em número e condições que justifiquem aquele procedimento preliminar dos contratos administrativos.

Parece-me estarem perfeitamente diferenciados os conceitos insitos no texto legal: —— de um lado, a *exclusividade,* quando se trate de fornecimento de materiais; de outro, a *especialização,* quando de execução de serviços. Enquanto a exclusividade se apresenta como uma noção objetiva, categórica e unívoca, a *especialização* significa uma idéia mais complexa e flexível, relativa, comportando analogias, graus e aproximações.

Especialização, do ponto de vista objetivo, é a diversificação funcional resultante da divisão do trabalho. Subjetivamente, é o conjunto de atributos, experiência e capacidade técnica, científica, artística ou profissional, a singularizar a pessoa detentora de tais títulos, singularidade anuladora da razão da concorrência que é possibilidade de competição entre elementos genericamente aptos ao mesmo desempenho. A notoriedade é o conhecimento ou a notícia geral, acessível, sem contraste, relativamente a fatos que, desse modo conotados, prescindem de meios de prova específicos.

Não repugna que o conceito de *notória especialização,* constante do texto legal, seja predicado a uma empresa, embora a lei fale em profissional, quase como de uma atividade individual. Pois a especialização, a notoriedade e a competência tanto podem caber a uma pessoa física quanto a uma organização, e até mesmo a segunda hipótese é uma premente contingência da atualidade econômica e social".

Estabeleça-se, desde logo, em face do que dispõe o preceito em vigor do Decreto-lei 200, de 1967, o inaceitável de uma interpretação que se detivesse na superfície da letra, considerando dispensada a licitação e permitindo a contratação direta toda vez que estivesse em causa profissional ou empresa especializada, ainda que a especialização seja notória. Essa prática não condiria com o conteúdo preceptivo que se evidencia a uma indagação do sentido lógico, dedutível do sistema e da excepcionalidade da norma.

Na verdade, não colhe dispensar-se a licitação, na espécie, senão quando ela se mostre impraticável, inócua ou inadequada para os efeitos da contratação que se tem em mira. Se para esses efeitos, se faz possível a escolha dentre mais de um, profissional ou empresa especializada, inocorrendo fatores relevantes e objetivos que justifiquem a eleição direta de um, exclusiva e determinadamente, então a licitação se impõe.

Ressalvada a dificuldade lógica de generalizar, abstratamente, sobre a configuração dispensativa da excepcionalidade, que se situa no plano concreto, complexo e variável dos elementos de fato, resta acentuar que a melhor doutrina vem trazendo apreciável contribuição ao entendimento do ponto questionado, pondo em relevo uma conceituação que já se impunha desde a vetusta formulação do Código de Contabilidade.

A elaboração doutrinária se tem voltado, de modo expresso ou implicito, para destacar a conotação da singularidade de,

como a característica específica e, portanto, essencialmente configuradora do modelo, legal da notória especialização, tendo como correspondência e condicionante a impossibilidade de licitar-se.

Di-lo, em perfeita síntese, o ilustre Adilson Abreu Dallari:

"O princípio da impossibilidade material significa que a licitação seria dispensada nos casos em que sua realização fosse materialmente impossível em virtude da *singularidade* do objeto. Singularidade esta decorrente não só da natureza íntima do objeto mas também de individualidade decorrente de fatores externos, inclusive a determinação da marca". (in *Aspectos Jurídicos da Licitação*, p. 48).

Em proficiente análise jurídica, a partir da mesma idéia de singularidade, Celso Antônio Bandeira de Mello indica as margens e a importância do critério e do interesse da Administração a repercutir na individualização do bem ou serviço, admitindo que o termo final desse juízo está no ponto em que "a intensidade da especificação se converte em singularização de bens e serviços que por si mesmos não sejam singulares", isto é, um "contemperamento entre o gênero do objeto ou serviço requerido e o critério administrativo determinado em função da necessidade a ser satisfeita". E define, a merecer transcrição:

"São singulares os bens que possuam uma individualidade tão específica que os torne inassimiláveis a quaisquer outros da mesma espécie. Esta individualidade referida pode provir: a) da natureza íntima deles; b) da circunstância de serem únicos; 1) quer em sentido absoluto; 2) quer em razão de evento externo a ele." (*in Rev. de Direito Público* 8-93 e segs).

A mesma idéia é subjacente ao entendimento do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ao afirmar que o verdadeiro sentido do dispositivo (art. 126, § 2º, "d") deve ser "buscado dentro de critérios que surjam da inexistência de executores devidamente qualificados", ou seja, "quando se tratar de serviço relevante, tecnicamente pioneiro e que exija capacitação pessoal de conhecimento *exclusivos* (*in Comentários à Reforma Administrativa Federal*, p. 285). No mesmo sentido, o Professor Carlos Leopoldo Dayrell, ao insistir nos conceitos que utiliza, de *unidade*, como justificativa da dispensa de licitação, nos termos do artigo da lei em causa (*in As Licitações na Administração Pública* p. 28).

Em celebrado parecer do então Procurador-Geral, atual Ministro do Tribunal de Contas da União, Luiz Octavio Gallotti, consta brilhante exegese que enriquece a linha do entendimento aqui exposta, e que veio a repercutir em súmula adotada pela Egrégia Corte de Contas, como em pertinentes instruções da área administrativa do Ministério do Exército. Aí se abordam, com propriedade, os aspectos subjetivos e objetivo do pressuposto factual da lei, ao afirmar-se que "o verdadeiro sentido do dispositivo deve ser (sic.) não só na qualificação do prestador, mas na índole do contrato que, para demandar *notória especialização* em seu desempenho, deve ser necessariamente, *inédito ou incomum*", e que "não se inclui, no permissivo, a tarefa, mesmo especializada que se tenha generalizado pelo uso" (in *Revista do TCU* — 5 263).

IV

Em face do contexto legal e na linha desses conceitos doutrinários, essencialmente convergentes, parece autorizado concluir-se que *notória especialização*, para efeito de exonerar a Administração de prévia licitação para a contratação de serviços, tem

como critério básico para a sua conceituação jurídica a singularidade do objeto do contrato, isto é, que a sua matéria ou teor estejam atribuídos de conotação peculiar, característico, inconfundível, distinto, excepcional, aquilo que é individualizado e insuscetível de competição concursual. O aspecto subjetivo e o objetivo são, no caso, indissociáveis, pois não apenas se pede a alta e famigerada qualificação profissional ou empresarial para a execução de determinado tipo de serviço, como se requer, objetivamente, que o serviço, reclamado pelo justificado interesse da Administração, deva revestir características, estilo, requisitos e exigências que somente aquele profissional ou aquela firma estejam particularmente capacitados a prestar, exclusivamente, ou de modo incomparável aos demais, no corresponder aos desígnios estabelecidos pelo ente público, tomador do serviço, na espécie.

Só desse modo se comporão os elementos da idéia de notória especialização.

Escolher diretamente o contratante, sob a razão de notória especialização, significa a prévia configuração da necessidade de um serviço, de determinado teor, de teor "inédito e incomum", como destacou com feliz intuição, o Ministro Luiz Octavio Gallotti, em condições de ser executado, segundo a proposição administrativa, somente por aquele contratante.

Tal definição de serviço e tal escolha do prestador, necessariamente interdependentes, não são arbitrárias, ainda que compreendidas na discricionariedade do administrador, mas, como discricionárias, voltadas para a realização do interesse público, sob pena de desvio de poder, causa nulificante, só por si.

Entende-se, portanto, configurada a notória especialização, como motivo determinante da dispensa formal de licitação, quando se tratar de serviços, a serem contratados pela Administração, com características de notável singularidade no modo da prestação ou no resultado a obter, não suscetíveis de execução senão por determinados profissionais ou firmas de reconhecida e correspondente especialização, em grau incomparável com os demais, logo, em circunstância materialmente impossibilizante do confronto licitatório que é, sempre, o critério fundamental a justificar o contrato *intuito personae*.

Resta dizer que, somente ao exame de cada caso, em concreto (sic.), se poderá ajuizar da ocorrência de "notória especialização", e a autoridade competente para dispensar a licitação deverá fazê-lo em decisão fundamentada, para justificar o valimento de providência excepcional.

A lei encerra todo o conteúdo mandamental necessário à sua aplicabilidade às situações de fato, mediante um julgamento discricionário. Por outro lado, a complexidade e a imprevisibilidade das circunstâncias, nesse plano, não são de molde a recomendar regulamentação ao preceito, quando menos porque a generalização não se compadece com os elementos lógicos componentes do suporte fáctico, e, sem dúvida, porque dificilmente se resguardaria, em conceitos regulamentadores sempre abstratos, aquela margem de discricionariedade que, da lei, decorre necessariamente à autoridade administrativa.

V

Cabe indagar se os projetos, em geral, e, especificamente, os projetos de engenharia e arquitetura, dos quais, constituem subclasse os projetos (sic.) estão sujeitos à licitação.

De certo que o estão, todos, em princípio, posto que compreendidos na abrangência da norma que impõe aquela obri-

gatoriedade, sem a ocorrência de dispositivo legal que excepcione tais serviços, de maneira categórica.

Entretanto a objeção maior, suscita à possibilidade jurídica de licitação de projetos de engenharia e arquitetura, aponta para o art. 83 da Lei nº 5 194, de 24 de dezembro de 1966, reguladora do exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro Agrônomo, assim posto:

"Art. 83 — Os trabalhos profissionais relativos a projetos não poderão ser sujeitos a concorrência de preço, devendo, quando for o caso, ser objeto de concurso".

O argumento de que esse dispositivo, por específico, continua vigente, em confronto com a disciplina geral sobre licitações, aduzida pelo Decreto-lei nº 200, de 1967, é de todo procedente.

Cumpre, entretanto, estabelecer, nesse confronto, o exato sentido e delimitação da norma especial.

Ora, o que a lei disciplinadora da profissão visa a coibir não é, propriamente, que os projetos se subtraiam a uma seleção competiva, mas que se sujeitem, nisso, a um critério de preço, pois este é dado não correspondente à natureza do trabalho e inidôneo à correção do resultado, aviltante da qualidade que lhes é inerente.

Tanto assim que o mesmo dispositivo remete à observância de concurso, como processo seletivo, em caráter genérico, aí proposto em contraposição à concorrência de preços esta que somente é vedada.

Em face disso, parece se compadeça com o verdadeiro alcance e intenção da norma restritiva da Lei nº 5 194, de 1966 (art. 83), por não conflitante com ela a realização do procedimento de licitação, para a contratação de projetos, quando não se paute a seleção pelo critério de preço, pois poderá haver mesmo um só preço não competitivo oferecido pela Administração, mas se resolva em termos de qualidade, hipótese aliás prevista em norma da Associação Brasileira de Normas Técnicas (P-NB-577-75), inclusive com relação à elaboração de projetos:

"3.1.1 — As modalidades de seleção para os serviços de engenharia e arquitetura são a *seleção de qualidade* e a *seleção de qualidade e preço.*

3.1.1.1 — A *seleção de qualidade* aplica-se aos serviços de engenharia ou arquitetura de difícil ou impossível quantificação de quantidade e preços, por envolverem concepções, pesquisas e estudos de alternativas indeterminadas *a priori,* ou, aqueles dependentes de atuação de terceiros, onde os fatores tempo e seqüência de execução, se alterados, modificam as perspectivas de preço.

3.1.1.2 — A *seleção de qualidade e preço* aplica-se aos serviços de fácil quantificação por envolverem a execução de rotinas técnicas invariáveis".

Em apoio do entendimento, vale invocar a abalizada opinião do ilustre Hely Lopes Meirelles, no tocante ao que denomina licitação de melhor técnica, correspondente à seleção de qualidade:

"Concorrência da melhor técnica é aquela em que a Administração procura a obra, o serviço ou o material mais perfeito e adequado, independentemente da consideração de preço".

.....

"A *concorrência de melhor técnica* se justifica para as obras, serviços e fornecimentos de alta complexidade e especialização, em que há diversificação de sistemas, de operação e de material, como são os centros de computação, as usinas atômicas, as estruturas pretendidas e outros empreendimentos que exigem tecnologia avançada,

equipamento confiável e segurança absoluta".

.....

"Esta modalidade de concorrência é admissível até mesmo para seleção de projeto, uma vez que a Lei nº 5 194, de 1966 só proíbe *concorrência de preço* (in "Licitação e Contrato Administrativo", ed. 1973, p. 67-68; Cfr. "Direito Administrativo Brasileiro", 4ª ed. p. 271).

Entenda-se, portanto, que a elaboração de projetos, de modo geral, para a Administração, desde que serviços a ela prestados por particulares, está, em princípio, sujeita às normas de licitação, ressalvado que não se aplicará, então, o critério de preço, mas o índice de seleção de qualidade ou de melhor técnica, posto que não infringente da proibição constante da Lei 5 194-66.

Assim, sempre se deverá recorrer ao procedimento licitatório mais adequado, de acordo com os princípios legais e as circunstâncias, toda vez que a elaboração de projeto, *in casu*, não reúna elementos e pressupostos para a dispensa de licitação, por motivo de notória especialização, o que há de constar, se verificado, de decisão fundamentada da autoridade competente para tanto.

VI

Dispensada a licitação, e autorizadas, portanto, a escolha de um executante e a contratação direta de elaboração de projeto, não se haverá de recorrer a nenhum outro procedimento concorrencial, supostamente facultativo, — como aliás se tem aventado do concurso — pois a simples viabilidade de sua realização estaria em contradição flagrante com a verificação mesma do pressuposto de fato da desobrigação do licitar.

Cabe, então, examinar a razão jurídica e a oportunidade de aplicação a norma do Decreto-lei nº 200-67, que dispõe sobre a realização de concursos para projetos, nesses termos:

"Art. 144. A elaboração de projetos poderá ser objeto de concurso, com estipulação de prêmios aos concorrentes classificados, obedecidas as condições que se fixarem em regulamento".

É indiscutível que por sua natureza e pela sua posição no texto legal, concurso, previsto no dispositivo acima transcrito, é uma subclasse da licitação. A doutrina jurídica endossa essa classificação da espécie, valendo destacar, mais uma vez, a sábia lição de Hely Lopes Meirelles:

"Concurso é a modalidade de licitação destinada à escolha de trabalho técnico ou artístico, predominantemente de criação intelectual. É usado cumumente na seleção de projetos, onde se busca a melhor técnica e não o menor preço. Aos classificados podem-se atribuir prêmios.

O concurso é uma modalidade de licitação, mas de natureza especial, bem diversificada das demais. Rege-se, é certo, pelos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, mas dispensa as formalidades específicas da concorrência..." (ob. cit., pág. 82).

Sem dúvida, é praticamente unânime a opinião dos entendidos de que: a) o concurso, mais do que a licitação no sentido estrito, é o procedimento adequado para o julgamento do coeficiente técnico, artístico, cultural ou científico, e, notadamente, para a seleção de projetos em que há ingredientes não mensuráveis nem redutíveis a preço; b) espécie da licitação no sentido genérico, o concurso deve seguir procedimento especial e próprio, atendendo a critérios e objetivos seletivos peculiares, mediante normas que devem ser ado-

tadas em regulamentação de caráter geral; c) nem por ser específico deixa o concurso de incorporar os princípios gerais e comuns ao sistema, acrescentando-lhe as notas diferenciadoras que o caracterizam como conceito distinto, e vista, aliás, sob prisma enérico, a idéia de concurso, em contrapartida, subjaz em todas as formas de licitação.

Ora, a natureza e a função do concurso para a elaboração de projetos, e a sua integração no sistema licitatório em conexão com as demais espécies legais, evidenciam que a Lei o considera meio idôneo e suficiente para servir de base ao processo seletivo, que se impõe como norma à Administração, também no que tange a matéria específica.

Tal colocação, logicamente necessária em face de preceituação legal, desautoriza o entendimento de que, nos termos do artigo 144 do Decreto-lei n.º 200|67, a realização de concurso venha a consubstanciar uma simples faculdade conferida, ao administrador, de utilizá-lo, se quiser como alternativa ao poder de escolha direta do projetista, ou, simplesmente, de deixar de utilizá-lo, sem que tenha licitado e sem que se sinta jungido a demonstrar a verificação da hipótese do art. 126, § 2º, "d".

Esse entendimento resultaria de uma interpretação isolada do dispositivo legal, sem a consideração de sua significação na sistemática, e de uma inadequada avaliação do sentido do termo "poderá", utilizado no texto, e que estaria, no entanto, a exigir apreensão mais cuidadosa, na linha de recomendação de Carlos Maximiliano (Cfr. "Hermenêutica e Interpretação do Direito", 3ª ed. pág. 323).

A prevalecer esse entendimento, a norma constituiria mera superfetação, o que é inaceitável para a hermenêutica, sobretudo no campo do direito público.

Na verdade, o exato sentido da norma consubstanciada no artigo 144 do Decreto-lei n.º 200|67, é a de conferir à autoridade administrativa a alternativa ou a faculdade de optar pela realização de concurso para a elaboração de projetos, toda vez que, inocorrentes os pressupostos legais para dispensa de licitação, o procedimento concursal específico se mostre mais adaptado ao objeto da seleção do que o processo de licitação comum, mesmo (sic.) conferida à autoridade, consubstanciada numa decisão discricionária que se conterá no entanto, dentro dos parâmetros da obrigatoriedade de licitar nesta ou naquela modalidade, pois também a realização do concurso, quando couber e quando eleito, está compreendida na observância do princípio geral e satisfaz à exigência da lei.

O que se não pode é dizer que um projeto qualquer, inclusive o projeto arquitetônico esteja exonerado daquela obrigatoriedade, só por ser um projeto, a não ser quando verificado, no caso em concreto, o pressuposto motivante da dispensa de licitação, circunstância em que não mais se imporá procedimento concorrencial, inclusive o concurso.

Em face disso, cabe reiterar o desapoio jurídico, por não autorizado pela sistemática da lei, em que se encontraria a regulamentação que viesse a dispensar da licitação, inclusive de concurso, de modo genérico, a elaboração de projeto de qualquer espécie ou de determinada espécie, fazendo abstração das circunstâncias e pressupostos de fato, específicos.

Cabível será, no entanto, se regulamente o artigo 144 do Decreto-lei número 200|67 Embora seja bom o entendimento de que o regulamento, a que se refere o artigo, auto-aplicável, signifique a disciplina de cada concurso, individualmente considerado, onde atendidos os princípios da igualdade, da publicidade e da moralidade admi-

nistrativa, nada impede, posto que é mesmo recomendável, que o Poder Executivo baixe regulamento geral sobre o concurso de projetos, autolimitando-se mas conferindo maior definição e segurança a esse aspecto da ação administrativa, modalidade do procedimento licitatório *in genere*.

VII

Cabe, portanto, finalizar em linha pragmática, tendo como indispensável que as autoridades administrativas, incumbidas do julgamento da dispensa de processo licitatório para a contratação com profissionais ou firmas de notória especialização, adotem, como critério e diretriz de suas decisões, os conceitos e considerações anotados no item IV deste Parecer, advertidos da sua excepcionalidade, sempre inspirados no interesse público, que é a justificativa maior.

Critério e diretriz idênticos hão de ser observados com relação à dispensa do procedimento na laboração de projetos de qualquer espécie, pois, fora disso, a autoridade administrativa estará obrigada a fazer preceder a escolha e a adjudicação respectiva, da licitação de melhor técnica ou seleção de qualidade, ou alternativamente, de concurso.

Brasília, 28 de fevereiro de 1977. — *Luiz Rafael Mayer*, Consultor-Geral da República.