LICITAÇÃO — INEXIGIBILIDADE — SERVIÇOS TÉCNICOS DE ANÁLISE, ACONSELHAMENTO, ORIENTAÇÃO E PREPARO DA EMISSÃO DE TÍTULOS DE EMPRESA ESTATAL E RESPECTIVA COLOCAÇÃO NO MERCADO COM GARANTIA FIRME

Renomada Instituição Financeira, expõe-nos as considerações abaixo enunciadas, ilustrando-as com parecer de consultor autônomo, acreditado na área técnica pertinente ao assunto cujo aclaramento jurídico pretende e — ante tais termos — formula-nos a seguinte

CONSULTA

"Tal como ocorre com empresas privadas, empresas públicas e sociedades de economia mista, ao pretenderem emitir títulos para colocá-los no mercado, freqüentemente, necessitam recorrer a instituições financeiras renomadas e experientes para que as assessorem e inúmeras vezes as orientem, tendo em vista o preparo e montagem de toda a operação, inclusive — no caso de emissão de ações das que não as têm em bolsa — a ser precedida de profunda análise econômico-financeira da empresa, providência esta, até mesmo condicional ao reconhecimento da viabilidade de recorrerem ao mercado de capitais.

Tais serviços visam determinar qual a espécie de título conveniente e adequado à situação, ante o exame da situação "in concreto" da empresa e da necessidade a ser suprida com a emissão de títulos, bem como, das possibilidades e oportunidades do mercado; qual o "desenho", isto é, qual sua configuração mais adequada para conciliar a satisfação máxima dos interesses da empresa com a viabilidade do negócio, se de ações não se tratar; a que preço podem ser vantajosa e viavelmente comercializadas ações ou, no caso de títulos de outra ordem, que taxas de juros caberia fixar; que dimensões devem ser conferidas à operação, em vista das possibilidades e oportunidades mercadológicas (quantidades e valores); reconhecimento e aconselhamento quanto ao momento propício para lançamento dos títulos; montagem da estrutura mercadológica; preparação dos atos societários requeridos para a emissão; outorga de garantia firme de subscrição dos valores mobiliários a serem emitidos; eventual divulgação da empresa emissora e — de toda sorte — da operação entre os eventuais investidores e, finalmente, coordenação da oferta pública.

Este conjunto de análises, avaliações, planejamento e implementação — que supõe avaliações, planejamento e implementação — que supõe amplos conhecimentos técnicos, experiência, engenho e capacidade de balancear os diferentes fatores envolvidos — deve, até a conclusão do preparo da operação, ser desenvolvido com a máxima discrição e sigilo, pena de comprometimento do sucesso do negócio, cuja efetivação demanda, ainda, como é óbvio, ampla capacidade de articulação no mercado e até mesmo sensibilidade, para detectar o momento mais propício para a comercialização dos títulos. Compreende-se, pois, ante as características dos serviços em causa, que o contratante necessita ter alto grau de confiança no eventual contratado; de um lado, porque terá de abrir-lhe a intimidade da empresa e, de outro lado, porque o pleno sucesso da operação depende. fundamentalmente, não só de seu conhecimento técnico e capacidade de avaliação como da engenhosidade na montagem e lançamento da operação, de fora parte, o que é evidente, da disponibilidade de amplas condições para garantir economicamente o contratante (garantia firme) se a operação não oferecer os frutos esperados.

Em face do exposto, indaga-se:

"Empresas públicas ou sociedades de economia mista, quando necessitem contratar instituições financeiras para o preparo de operações de emissão de títulos e valores mobiliários, com as convenientes garantias,

estão sujeitas a realizar licitação para obtenção dos sobreditos serviços ou podem efetuar contratação direta com instituições renomadas e de notória credibilidade?"

Ao questionado respondo nos termos que seguem.

PARECER

1. Sabe-se que, no direito brasileiro, o dever de licitar propõe-se como regra geral para a Administração Pública direta, indireta ou fundamental. É o que resulta, desde logo, o do art. 37, inciso XXI, da Constituição do País e, à nível legal, do art. 1º, parágrafo único, da lei nº 8.666, de 21.06.93.

Sem embargo, este cânone principiológico, como sói acontecer com as normas de direito, inevitavelmente teria de comportar exceções. Bem por isto, o próprio dispositivo constitucional colacionado, do mesmo passo em que firma o mencionado princípio, obtempera: "*ressalvados os casos especificados na legislação*".

É que, como ao diante se aclarará, em algumas hipóteses *sequer podem ser utilmente colocadas em pauta* as razões determinantes da existência do instituto da licitação, por falecerem os pressupostos lógicos, jurídicos ou fáticos que lhe embasam a existência ou proveito. Em outras tantas, ainda que compareçam ditos pressupostos, os motivos inspiradores da licitação são sobrepujados por razões ponderáveis de interesse público que tornariam desaconselhável realizá-la.

Demais disto, tendo em ponto à previsão do art. 173, 1º, da Lei Magna, pode-se dizer que existirão hipóteses excludentes de licitação cuja origem nele residirá e dele diretamente resultará. Tal preceptivo estatui: "*A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias*".

Seria certamente errôneo presumir que, em razão do versículo transcrito, os sujeitos ali referidos estarão sempre exonerados do dever de licitar (para guardarem paridade com o regime das empresas privadas). Tão desabusada conclusão seria interdita, pois a exegese deste parágrafo há de se fazer em função de seus objetivos e em articulação estreita com a totalidade do sistema, notadamente com o precitado art. 37, XXI.

Entretanto, seria igualmente errôneo superestimar este último dispositivo ao ponto de supor que, *em tema de licitação*, o 1º do art. 173 fosse irrelevante. É o que se passaria caso se entendesse que as exceções legais ao dever de licitar, como suposto no art. 37, XXI, necessariamente embargariam a possibilidade de reconhecer hipóteses excludentes não previstas em lei, ainda que eduzíveis do citado art. 173, 1º. Dita intelecção seria rechaçável, visto que, em havendo falha legislativa no abarcar o conjunto de situações absolvíveis com base neste último preceptivo, valeria ele como fundamento mais que bastante para excepcionar a licitação nas hipóteses pertinentes.

Assim, nenhuma dentre as duas posições extremadas merece acolhida.

2. De fora parte este tópico aventado, o certo é que a lei nº 8.666 — expedida a título de estabelecer normas gerais sobre licitação e contratos para todo o País, a teor do art. 22, XXVII, da Constituição e para reger integralmente tais institutos na esfera federal, enuncia distintos casos em que o contrato a ser travado se faz ou se pode fazer, independentemente de licitação. Estão contemplados nos artigos 17, I e II (reportado a alienações), 24 e 25.

Independentemente da sistematização legal, que é muito imperfeita, poder-se-ia dizer que em alguns deles a Administração tem a faculdade de dispensar a licitação; em outros está obrigada a fazê-lo; em dada hipótese está proibida de licitar (motivo de segurança nacional) e que, de par com todos estes, existem as situações de licitação inviável, ou seja, em que não comparecem os pressupostos lógicos, jurídicos ou fáticos em vista dos quais caberia efetuá-la.

Note-se que o art. 17, I e II, fala em licitação "*dispensada*", ao passo que o art. 24 refere casos de licitação "*dispensável*" — o que

sugere, respectivamente, nos primeiros, um assunto já resoluto pela lei e, nos segundos, uma faculdade do legislador — enquanto o art. 25 arrola hipóteses de "*inexigibilidade*" da licitação, aludindo a situações em que esta é inviável. Ademais, a hipótese apontada como de licitação "dispensável", prevista no art. 24, IX, como dito, é, na verdade um caso de licitação proibida, embora a lei nº 8.666 (ao contrário do siploma anterior) não a tenha categorizado de tal modo.

3. Em suma, entendemos que se pode, tal como o fez JESSE TORRES FERREIRA JUNIOR (Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas, Ed. Renovar Ltda., 1993, pág. 125), reconhecer estes quatro diferentes tipos de situação, sem contudo coincidir inteiramente com o mencionado autor no que concerne à ubicação dos casos alojáveis nestas distintas categorias, pois este arrimou-se na linguagem da lei, como se esta houvesse procedido a uma classificação conseqüente.

Não foi o que sucedeu, MARÇAL JUSTEN FILHO, em seus excelentes "Comentários à Lei de Licitações" — de longe, a melhor obra que até o presente se escreveu sobre o assunto — anotou que há casos erroneamente distribuídos entre os de licitação dispensada e licitação dispensável, pois configuradores de verdadeira "inexigibilidade", por ser inviável o certame, além da hipótese de vedação de licitar ubicada entre os de licitação dispensável (AIDE Editora, 1993, págs. 133 e 134, nota de rodapé nº 127). Sem embargo, aqui não vem ao caso desenvolver tal assunto, por não interferir em nada com o objeto da Consulta.

É conveniente, apenas, sublinhar o importante discrimen entre casos de *dispensa* (por ser dispensável ou dispensada) e casos de "*inexigibilidade*", em que, embora sob tal denominação infeliz, quer-se caracterizar situações nas quais a licitação seria inviável.

4. Esta separação, que aparece legislativamente a partir do decreto-lei nº 2.300 de 22.XI.86, acolhe discrimen que fizemos há cerca de um quarto de século e que vinha merecendo os favores da doutrina ("Do Objeto Licitável", parecer, "in" RDP, abril-junho de 1969, págs. 93 e sgs.)

Deveras, nas hipóteses de dispensa, a lei, por razões de conveniência, em atenção a outros interesses públicos relevantes — às vezes até mesmo relevantíssimos — absolve a Administração do dever de licitar (dispensa). Outras vezes, a licitação seria incogitável porque naturalmente obstada pela inexistência de pressupostos condicionadores de sua instauração, pena de inconseqüência do procedimento ou frustração de sua razão de ser.

Com efeito, por que existe licitação? Porque a Administração e seus sujeitos auxiliares, ao se proporem a um relacionamento com terceiros, devem, como regra, socorrer-se de tal providência?

A licitação é instituto que se assenta na idéia de competição e dos proveitos daí decorrentes.

Pressupõe-se que, instaurado um certame, os interessados no travamento da relação prevista, para concorrerem entre si com possibilidade de sucesso, terão de esmerar-se em fazer as melhores propostas a seu alcance, ensejando, pois, ao promotor da disputa, a possibilidade de eleger e vir a constituir a relação jurídica mais satisfatória. Paralelamente, e com o mesmo ênfase, pretende-se render obséquio ao dever de dispensar aos administrados um tratamento isonômico, abrindo para quaisquer sujeitos capacitados a bem realizarem o objeto do certame, a possibilidade de disputarem-no igualitariamente. De resto, cabe lembrar que, dessarte, também se acautela o princípio da moralidade administrativa, na medida em que, por tal via, forceja-se por empecer conluios entre agentes administrativos e terceiros.

Basta a enunciação destas razões, que estão expressadas no art. 2º da lei nº 8.666 ("*A licitação destina-se a garantir o princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração...*"), para perceber-se que:

(a) a licitação *não é um fim em si mesma*, mas, estando em pauta a aquisição, a alienação ou a locação de um bem, a obtenção de obra ou serviço, é simplesmente um *meio*, conquanto importante, para que o Poder Público *possa aceder ao negócio que realmente*

lhe convém e para que, presentes os pressupostos comandantes de sua realização *fique assegurada a plena realização do preceito constitucional da isonomia*;

(b) só faz sentido realizar licitação quando seja lógica, fática e juridicamente possível uma *competição* — e entre objetos homogêneos — na qual *possam* vir a concorrer propostas *aptas a atenderem convenientemente o que a Administração deseja para preenchimento da utilidade ou necessidade a ser suprida.*

5. Visto porque existe licitação e reconhecido que se trata de um *meio* a ser adotado preliminarmente a certas relações jurídicas e *não de um fim* em si, compreende-se que a lei possa descartar sua exigência quando, em juízo razoável e sem descaracterizar a necessária amplitude de sua exigência como regra geral, seja *conveniente* ou até mesmo *impositivo* arredar dito procedimento para benefício ou salvaguarda de outros interesses públicos. É isto que dá azo à instituição legal de hipóteses de "*dispensa*" do dever de licitar ou até mesmo da *imposição de "não licitar"*.

Por outro lado, como a licitação é uma competição entre possíveis ofertas prestantes para atendimento do que a Administração deseja e deve realizar, a fim de suprir satisfatoriamente uma dada necessidade ou conveniência, compreende-se que seria incabível licitar se não houvesse como instaurar utilmente o certame, por falta dos pressupostos lógicos fáticos ou jurídicos indispensáveis para uma competição conseqüente. É o que ocorre, desde logo, *embora não só*, se inexistir uma possível pluralidade de objetos *equiparáveis* para a satisfação do bem pretendido e uma possível pluralidade de ofertantes. O reconhecimento de circunstâncias do gênero é o que determina a previsão de hipóteses de "*inexigibilidade*".

Em tais casos reconhece-se que a licitação — instrumento que é, para atingir determinados fins — apresentar-se-ia como *inviável*, pois seria inconseqüente, despojada de sentido.

6. Assim, paralelamente aos casos de dispensa de licitação, existem hipóteses em que certame de tal gênero seria *inviável*, pois, se fosse realizado, apresentar-se-ia como um "sem sentido" ou, então como um ritual inútil, ilógico ou até contraditório, porque incapaz de se desenvolver de modo racionalmente conseqüente e de aportar ao resultado a que toda licitação deve tender: eleição da proposta adequada ao preenchimento da necessidade administrativa a ser atendida. Em suma: faltariam ao certame os pressupostos fáticos, lógicos ou jurídicos em que se estribaria ou que devem informá-lo.

A lei nº 8.666, conforme dito, contempla tais situações em seu artigo 25, cuja dicção é a seguinte:

"*É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:*

I — para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro de comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

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;

III — para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública".

Não é difícil perceber-se que na hipótese contemplada no inciso I, está-se perante um *bem singular* e na dos incisos II e III, perante *serviços ou atividade singular.*

7. Vejamos como se caracteriza tal singularidade.

São *singulares* os bens que possuem uma individualidade tão peculiar que os torne inassimisáveis a quaisquer outros da mesma espécie. Esta individualidade referida pode pro-

vir: 1) da natureza íntima deles; 2) da circunstância de serem únicos: a) quer em sentido absoluto; b) quer em razão de evento externo a eles.

Alguns exemplos constituir-se-ão no melhor recurso para elucidar o alcance do que vem de ser dito. Uma produção intelectual — como um livro de crônicas "verbi gratia" — uma obra de arte, são singulares pela *própria natureza íntima deles.*

Um selo de que foi emitido um só exemplar é singular, *por ser único em sentido absoluto.* Uma espada utilizada em momento histórico relevante é singular e *única em razão de evento externo a ela.* Poderão existir inúmeras do mesmo formato, fabricação, época e composição metálica, sem embargo, àquela aderiu irremovivelmente uma qualidade externa que a singularizou.

Serviços singulares são os que se revestem de análogas características. A produção de um quadro, por um artista, é singular pela *natureza íntima do trabalho* a ser realizado. De modo geral, são singulares todas as produções intelectuais ou artísticas, realizadas isoladas ou conjuntamente, por equipe, sempre que o trabalho a ser produzido se define pela marca, pelo cunho pessoal (ou coletivo) expressado em características técnicas, científicas e ou artísticas.

Neste enquadramento cabem os mais variados serviços: uma monografia escrita por jurista, uma intervenção cirúrgica praticada por experiente cirurgião, uma pesquisa sociológica empreendida por uma equipe de planejamento urbano, uma reforma administrativa implantada por técnicos em administração, um trabalho envolvendo assessoramento, estudos técnicos do gênero, planejamentos e projetos, um curso de alfabetização promovido por educadores qualificados, um ciclo de conferências efetuado por professores, uma exibição de orquestra sinfônica, uma perícia técnica sobre o estado de coisas ou das causas que o geraram.

8. Todos estes serviços se singularizam por um estilo, por uma criatividade, engenhosidade, habilidade destacada ou por uma orientação pessoal significativa — e cuja significância seja relevante para tranqüilidade administrativa quanto ao bom atendimento do interesse público a ser curado. Note-se que a singularidade referida não significa que outras pessoas ou entidades não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicos *em sentido absoluto.*

Por certo uma monografia sobre tema jurídico poderia ser escrita por outro jurista, uma exibição sinfônica executada por outra orquestra, uma perícia por outro perito, a pintura valiosa de um mural por outro artista, um levantamento sociológico por outro corpo de profissionais. São trabalhos singulares, embora não absolutamente únicos. Por isso, tal como os bens que podem ser singulares sem serem únicos, tanto quanto estes, em razão da peculiaridade que os caracteriza, não são licitáveis. Eventualmente, nas hipóteses em que caiba concurso, por esta via devem ser obtidos. Quando, porém seja impossível ou desaconselhável o concurso, pela natureza da atividade ou pelo eventual desinteresse que suscitaria, seja pelo método de trabalho das pessoas ou empresas que fornecem o serviço requerido, seja pelo ônus que acarretaria, sem compensação garantida ao eventual fornecedor, seja por alguma outra razão relevante, a solução cabível é contratar diretamente.

9. Em suma: um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, *como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa*, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística ou a argúcia de quem o executa. É o que ocorre quando os conhecimentos científicos, técnicos, artísticos ou econômicos a serem manejados (conforme o caso) dependem, pelo menos, de uma articulação ou organização impregnada pela específica individualidade e habilitação pessoal do sujeito (pessoa física ou jurídica, indivíduo ou grupo de indivíduos) que o realize. *O serviço, então, absorve e traduz a expressão subjetiva e, pois, a singularidade* de quem

o fez, no sentido de que — embora outros, talvez até muitos, pudessem também fazê-lo — cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais.

Conquanto quaisquer deles produzissem o trabalho em apreço, os serviços efetuados nunca seriam iguais entre si, por estar em pauta atividade que envolve mais do que a simples aplicação de conhecimentos ou técnicas padronizadas (ou nem sequer as envolve). Bem por isto *não é indiferente* que sejam prestados pelo sujeito A ou pelos sujeitos B ou C, ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação, visto que nele tem que ingressar, necessariamente, este componente inevitável que é a individualidade de seu autor e que se transfunde no que faz, de tal como que o serviço produzido *estampa uma singularidade*, uma individualidade. Daí que, nestes casos a contratação *não pode deixar de depender da especial confiança* que o contratante tenha no executar do serviço.

Ou seja, é natural que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado — a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria — recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão mais satisfatórios do que os de outros, ainda que muitas vezes não se possa, de modo estritamente objetivo, proceder a uma inconfutável demonstração disto. A necessidade de *confiança* é, pois, um elemento relevante para o reconhecimento do serviço como singular, ou, quando menos para auxiliar tal reconhecimento.

Com efeito, nestes casos, conforme dito, há um componente subjetivo que impregnará a própria atividade de seu executor: aqueles atributos dele requeridos como *necessários ao bom atendimento da carência administrativa a ser suprida*, ou seja, a habilidade que lhe é reconhecida, ou a extrema seriedade e profissionalismo que caracterizam seus trabalhos ou alguma outra virtude relevante para o pretendido, e que, justamente, imprimem singularidade ao gênero de serviço que se lhe quer cometer. Paralelamente, há também um componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata: a convicção de que um serviço informado por estes atributos é que satisfaz a conveniência administrativa e que determinado sujeito ou empresa é o idealmente adequado para prestá-lo, por imprimir no que faz aquelas qualidades demandadas que singularizam sua atividade, sem embargo de que as de outros, também qualificados, as singularizariam de outro modo.

10. Esta irredutível identidade de tais serviços impede sejam cotejados, pois cada qual é único, ainda que não o seja em sentido absoluto. Ora, "não se licitam coisas desiguais"; "só se licitam coisas homogêneas", já o dissemos muitas vezes, em afirmação que vem sendo reiterada pela doutrina (cf. ADILSON ABREU DALLARI, Aspectos Jurídicos da Licitação, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1980, págs. 33 e sgs., LUCIA VALLE FIGUEIREDO, Direitos dos Licitantes, Ed. Rev. dos Tribunais, 2ª ed., 1981, págs. 14 e sgs., RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, Licitação, Ed. Rev. dos Tribunais, 1981, págs. 41/42) para acolher a distinção que há tantos lustros fizemos entre bens licitáveis e ilicitáveis e que acabou por ser legislativamente consagrada a partir do decreto-lei nº 2.300.

Em nosso direito positivo, os casos de *serviços técnicos, de natureza singular*, estão referidos, como já mencionado, no inciso II do artigo 24 precitado e "retro" transcrito, o qual, se remete à enumeração feita no art. 13, de acordo com o qual:

"*Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:*

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

II — pareceres, perícias e avaliações em geral;

III — assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras;

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

V — patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI — treinamento e aperfeiçoamento de pessoal".

VIII — restauração de obras de arte e bens de valor histórico".

Ao tempo do decreto-lei nº 2.300, HELY LOPES MEIRELLES, examinando o que caracterizaria tais serviços, em seu consagrado "Licitação e Contrato Administrativo" (Ed. Rev. dos Tribunais, 9ª ed. atualizada, págs. 105/106) averbou:

"Serviços técnicos profissionais especializados, *no consenso doutrinário, são os prestados por quem, além da habilitação técnica e profissional — exigida para os serviços profissionais em geral — aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento. Bem por isso Celso Antônio considera-os* singulares, *posto que* marcados por características individualizadoras, *que os distinguem dos oferecidos por outros profissionais do mesmo ramo.*

A contratação direta desses serviços com profissionais ou empresas de notória especialização, *tal como a conceitua agora o parágrafo único do art. 12 do Estatuto, enquadra-se, genericamente, no* caput *do art. 23, que declara* inexigível a licitação *quando houver* inviabilidade de competição. *Essa inviabilidade, no que concerne aos serviços técnicos profissionais especializados em geral, decorre da impossibilidade lógica de a Administração pretender "o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (art. 12, parágrafo único), pelo menor preço, ou que renomados especialistas se sujeitem a disputar administrativamente a preferência por seus trabalhos.*

Todavia, o Estatuto apresenta um rol de serviços técnicos profissionais especializados que podem ser contratados diretamente com profissionais ou empresas de notória especialização, sem maiores indagações sobre a viabilidade ou não de competição, desde que comprovada a sua natureza singular, *como resulta do confronto dos arts. 12 e 23, II"* (Os destaques no texto são do original).

As observações do judicioso autor, ora colacionadas, "mutatis mutandi", permanecem rigorosamente válidas perante a lei nº 8.666.

11. Vejamos, pois, o que é a "*notória especialização*" apta a justificar a contratação direta dos serviços arrolados no art. 13 do vigente diploma.

RAUL ARMANDO MENDES, também ao tempo da legislação precedente, em seus "Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos" (Ed. Rev. dos Tribunais, 1988, pág. 39), sem prejuízo de anotar que a legislação já conceituava o que se devia entender como tal, recenseou algumas opiniões doutrinárias, apostilando:

"*Na lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, à hipótese de dispensa por notória especialização só se configura quando concorrem dois elementos: a) tratar-se de serviço cuja natureza demande uma qualificação incomum, uma perícia técnica, artística ou científica ou então um cunho pessoal do autor, isto é, reconhecida capacidade do profissional ou firma na pertinente matéria' (Licitação, 2ª ed. Ed. RT, 1985, p. 20)*

Lucia Valle Figueiredo diz que a par de se reunirem no profissional ou firma contratada, as características que conotam a notória especialização, deverá também estar presenta a necessidade técnica, da Administração, de contratá-los, tendo em vista a natureza *do objeto pretendido (Direitos dos Licitantes, 2ª ed., Ed. RT, 1981, p. 17).*

Na versada opinião de Hely Lopes Meirelles, a inexigibilidade de licitação 'atende não só à necessidade, em certos casos, da obtenção de trabalhos altamente exatos e confiáveis que só determinados especialistas estão em condições de realizar, como também habilita a Administração a obtê-los imediatamente, sem as delongas naturais da licitação, e sem afastar aqueles que, exatamente pelo seu renome, não se sujeitariam ao procedimento competitivo entre colegas' (Estudos e pareceres de Direito Público, Ed. RT, 1977, II/21 e ss.)."

12. E a própria legislação, entretanto, que, tal como sucedida à época do decreto-lei nº 2.300, fornece os parâmetros para identificar-se o que deve ser considerado como indivíduo ou empresa de "*notória especialização*", fazendo-o no parágrafo primeiro do art. 25 da Lei 8.666, cujo teor é o seguinte:

"*Considera-se de notória especialização o*

profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato".

De acordo com este preceptivo (idêntico, aliás, ao 1º do art. 12 do diploma anterior), o que importa é que o conceito do profissional ou empresa em seu campo de especialidade seja de molde a autorizar que a Administração infira poder dele obter o trabalho mais adequado para a satisfação do objeto do contrato, tendo em vista o credenciamento qualificador grangeado pela pessoa, graças a anteriores desempenhos, experiências, estudos, publicações e, especificamente no caso de pessoas jurídicas, também sua organização, aparelhamento e equipe técnica — a qual, no caso de empresas, apresenta relevo notável —, bem como outros requisitos qualificadores relacionados com suas atividades.

É bem de ver que há nisto, como dantes se averbou, certo teor de discricionariedade, posto que a conclusão de que dada pessoa ou empresa é aquela cujo trabalho será "o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato", envolve certa margem de apreciação irredutível à objetividade total. Com efeito, o normal e salvo situações muito raras é que exista mais de um profissional ou empresa altamente qualificados em dado ramo ou setor de atividade, ensejando, portanto, opção por algum deles, sempre que mais de um ponto de vista fosse razoavelmente defensável sobre qual seria, dentre todos, o mais adequado. Somente em algum País carente em altíssimo grau de sujeitos qualificados é que ocorreria a hipótese de haver uma só pessoa de quem se pudesse dizer, para além de qualquer controvérsia, que seria "a mais adequada" para o trabalho pretendido. Portanto, à toda evidência, não é possível excluir, na maioria dos casos, uma certa discricionariedade da Administração quanto ao contratado a ser eleito.

Foi isto, aliás, que LUCIA VALLE FIGUEIREDO, eminente administrativista e ilustre juíza do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, apontou com propriedade:

"*Se há dois, ou mais, altamente capacitados, mas com qualidades peculiares, lícito é, à Administração, exercer seu critério discricionário para realizar a escolha mais compatível com seus desideratos*" (op. cit. pág. 21).

O CASO "SUB CONSULTA"

13. Ora bem, os serviços contemplados no caso "sub consulta" e referidos em sua instrução, respondem com precisão ao conceito de serviços técnicos especializados, encaixando-se, pela variedade das atividades requeridas para implementá-los, nos incisos I, II, III e mesmo IV do art. 13, pois compreendem estudos técnicos condicionais a uma dada operação e seu planejamento (inc. I), envolvendo avaliações e eventuais pareceres (inc. II) e consistindo essencialmente em consultoria técnico-financeira (inc. III), assim como no gerenciamento da operação a ser implementada (inc. IV).

De outro lado, é induvidoso que está em pauta serviço de natureza singular, a teor da configuração desenhada nos itens 7 e seguintes deste parecer, visto que o demandado de quem vier a ser contratado é, justamente, um trabalho que requer a aplicação e o desenvolvimento de conhecimentos especializados, envolvendo a aptidão, a experiência profissional, a argúcia, o engenho e até a sensibilidade mercadológica próprios de profissionais qualificados, o que lhes confere marca individualizadora.

Deveras, importa, no caso, que o contratado, aos indispensáveis conhecimentos específicos que deverá ter sobre o diagnóstico de aspectos econômicos e financeiros das sociedades estruturadas em forma mercantil, alie uma profunda intimidade com o mercado de títulos, de par com um constante e experiente acompanhamento dele, para poder avaliar quais títulos, segundo que compostura (se for o caso), em que quantidade, a que preços e em que momento poderão ser colocados vantajosamente, tudo em função tanto das condi-

ções da empresa e das necessidades que esta quer suprir com a emissão de títulos, quanto em vista das possibilidades mercadológicas, a serem avaliadas em função da ocasião mais indicada ou em que seja necessária a colocação dos papéis.

Tudo isto está a requerer o concurso de atributos pessoais que conferem individualidade ao serviço, ou seja, uma singularidade própria, vez que é este caráter que confere a especial *confiabilidade* demandada, mormente por estar em pauta operação econômica significativa para atendimento dos interesses do contratante, cujo empenho é captar, com a emissão dos títulos, o máximo proveito, estando servido do máximo de garantia econômica. Acresce que requer, ademais, ampla *confiança* no contratado, seja por desvendar-lhe a intimidade da empresa, seja ainda, pela discrição que o preparo do negócio requer, seja, finalmente, porque a sorte da operação e seu sucesso possível, maior ou menor, depende de atributos especificadores do contratado. É que tal sucesso estará conectado com a capacidade que este possua quanto à correta avaliação do título conveniente e correlato "desenho" (configuração que lhe será atribuída); quanto à taxa de juros a ser fixada e ou, no caso de ações ainda não comercializadas em bolsa, da fixação do valor presuntivamente comercializável. Assim também — e já agora em qualquer caso — o contratado terá de avaliar corretamente as dimensões a serem conferidas à operação, em vista das possibilidades e oportunidades mercadológicas, tanto como ao correto reconhecimento e aconselhamento no que concerne à ocasião mais propícia para lançamento dos títulos, de fora parte a necessidade de que disponha de amplos contatos no mercado para ensejar as melhores possibilidades de êxito à operação — cuja estrutura mercadológica deverá montar e coordenar — responsabilizando-se, normalmente, de acordo com a pretensão do contratante, pela chamada "garantia firme" de subscrição dos valores mobiliários emitidos.

Em suma, este plexo de atividades demanda experiência, conhecimento, engenho, sensibilidade, capacidade para balancear diferentes fatores e contatos no meio. É perceptível que o conjunto delas, sobretudo na medida em que supõem, tanto análise de situações e assessoramento — só possíveis com o concurso de conhecimentos técnicos especializados — como também *avaliação de situações* e de seu desenvolvimento, atributos eminentemente pessoais, de par com a *confiabilidade* que necessitam inspirar no contratante, configuram hipótese de inexigibilidade de licitação, sendo, ainda, inquestionável seu ajuste aos descritivos dos itens I a III do art. 13, ao qual se reporta o art. 25, II, que cogita de hipóteses de inviabilidade de licitação.

14. Ante todo o exposto e considerado, à indagação da Consulta respondo:

Empresas públicas ou sociedades de economia mista, quando necessitem contratar instituições financeiras para o preparo de operações de emissão de títulos e valores mobiliários, com as convenientes garantias, não estão sujeitas a realizar licitação para obtenção dos sobreditos serviços, cabendo-lhes, a teor do art. 25, inciso II, c.c. art. 13 da lei nº 8.666, de 21.06.93, proceder à contratação direta com instituições renomadas na área e de notória credibilidade"

É o meu pareder.

São Paulo, 29 de outubro de 1993.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, OAB/P nº 11.199