

## INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

*I. A Consulta. II. Licitação — Histórico, fundamento legal e ratio es-  
sendi. III. Competência legislativa. IV. Exceções à licitação — Contratação  
direta. Inexigibilidade e dispensa. Natureza jurídica da dispensa e da ine-  
xigibilidade. V. O caso da consulta. VI. Peculiaridades dos serviços oferta-  
dos e conclusões.*

### I — A CONSULTA

Consulta-me a empresa M, sobre a legali-  
dade de contratação de serviços técnicos es-

pecializados, por ela prestados, em caráter de  
*exclusividade*, com C, sociedade de economia  
mista, concessionária de serviços públicos,  
sob controle acionário estadual.

Tais serviços terão por objeto o estudo e a implantação de medidas de racionalização de custos e insumos de consumo de instalações prediais e industriais, através a adoção de métodos e critérios de administração, revisão das características básicas da construção e realização de obras que proporcionam redução do ônus com manutenção e custeio da energia elétrica e demais energéticos, água, esgoto, serviços de terceiros, incremento dos índices de eficiência e uso racional dos insumos.

Releva notar que a remuneração da consultante será constituída, *exclusivamente*, de um percentual calculado sobre o *fator de redução* ocorrido em cada intervenção sua, vale dizer, de um percentual sobre a *economia real* que resultará, para C, da adoção de medidas, métodos e providências indicadas pela consultante.

Também deve ser colocado em evidência que a consultante é a única empresa nacional especializada na execução de tais serviços, não existindo outras que lhe façam concorrência neste campo de atividades, como demonstra a anexa declaração da Junta Comercial.

Não se trata, é forçoso salientar, de mera reorganização empresarial, ou de revisão de sistemas e métodos de controle, mas de formatação nova e original dos processos produtivos de C, respeitados obviamente seu objeto social, sua estrutura administrativa e os parâmetros legais que lhe foram fixados pela Lei Estadual que a instituiu.

## II — LICITAÇÃO — Histórico, fundamento legal e *ratio essendi*.

No Brasil, a evolução histórica do instituto mostra que a licitação não foi tratada de forma sistemática no Império, atribuindo a Constituição de 1824 às Câmaras Municipais o “governo econômico das cidades e vilas” (art. 167). A Lei de 1º de Outubro de 1828, contendo o Regimento das Câmaras Municipais proíbe a venda, aforamento ou troca de bens imóveis sem a demonstração das vantagens da operação, a avaliação por peritos, a descrição topográfica e a autorização legislativa. Essas alienações deveriam realizar-se me-

diante leilão público, exigida a fiança correspondente aos lances.

A realização de obras dependia de pregão, atribuindo-se o contrato ao ofertante do menor preço, devendo ser observado o plano de obras, a vistoria legal e a avaliação.

“Embrião, filho da inexperiência, de redação confusa”, na dicção do Visconde do Uruguai, no clássico “Ensaio Sobre o Direito Administrativo” (Garnier, Rio, 1862, Tomo I, p. 193), foi esse Regulamento a fonte do direito imperial concernente as alienações e aquisições da Administração.

Segundo o Conselheiro Ribas, em seu “Direito Administrativo Brasileiro” (F.L. Pinto & Cia., Rio, 1866, p. 129), a esse Regulamento seguiram-se as leis de 12 de agosto de 1834, de 11 de outubro de 1837 e de 12 de março de 1840, bem como o Regulamento de 1 de dezembro de 1836, que trataram da construção e reparação de estradas, pontes, canais e obras hidráulicas no âmbito geral, provincial e municipal, por administração direta, por *arrematação* ou *concessão*.

O certo é que o tema não teve desenvolvimento doutrinário no direito imperial e, no republicano, só foi tratado sistematicamente após o Código de Contabilidade Pública da União e seu respectivo Regulamento, o Decreto nº 15.783, de 08.11.1922 (art. 736 a 763).

A Lei Nº 4.401, de 10.09.64, estabeleceu normas para a licitação de serviços e obras e aquisição de materiais no serviços público da União.

Tratando da Reforma Administrativa, o Dec. Lei nº 200/67 melhor situou a disciplina das licitações, nas modalidades de concorrência pública, concorrência administrativa e coletiva de preços.

A Lei Nº 5.456, de 20.06.68 tornou obrigatória a licitação no âmbito da União, Estados e Municípios.

No Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973, a matéria recebeu adequada regulamentação, que conservou em vigor as normas do Título XII do Decreto-Lei nº 200, mas completou a moldura jurídica das licitações e contratos.

Adiantados os estudos procedidos pela Câ-

mara Brasileira da Indústria da Construção para apresentação de um projeto de lei reguladora das licitações e contratos administrativos, sobreveio o Decreto-Lei nº 2.300/86, fruto de trabalho do renomado administrativista Hely Lopes Meirelles, que o elaborou por encomenda do então Ministro Saulo Ramos, para atender, como é sabido, situações específicas, de interesse do Governo Federal.

Apesar das dúvidas suscitadas pela permissão de procedimento seletivo simplificado para as entidades paraestatais, esse diploma legal teve a virtude de melhor disciplinar o tema, embora permitindo certa margem de discricionariedade no balizamento das exigências editalícias concernentes à habilitação dos licitantes ao certame.

Em 21 de Junho de 1993 foi publicada a vigente Lei Nº 8.666 que, com vetos, entrou em vigor na data de sua publicação.

Vale ressaltar que a Lei Nº 9.648, de 27 de maio de 1998 veio a alterar os critérios de aceitabilidade de preços nas licitações, permitindo a fixação, nos editais, de preços máximos e conceituando os preços considerados manifestamente inexequíveis.

Finalmente, a Emenda Constitucional Nº 19/98, de 04.06.98, em seu art. 22, alterou o parágrafo primeiro do art. 173 da Constituição Federal, que passou a ter a seguinte redação:

“Art. 22 — O § 1º do art. 173 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 173 .....

§ 1º — A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I — sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II — a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III — licitação e contratação de obras; serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV — a constituição e o funcionamento dos

conselhos de administração e fiscal com a participação dos acionistas minoritários;

V — os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.”

Em decorrência da modificação introduzida no § 1º transcrito, as sociedades de economia mista, doravante, estarão sujeitas apenas aos “princípios da administração pública”, que são os enumerados no art. 37 da Constituição Federal, dependendo contudo a eficácia do mandamento constitucional da promulgação de lei que venha a conter o “estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias”, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços.

Não obstante, deve fixar-se a atenção na teleologia da alteração, que teve em mira flexibilizar a administração indireta, conferindo-lhe a agilidade de que necessita para atuar com eficiência.

O que importa acentuar, é que todos os diplomas legais republicanos admitiram as figuras da dispensa e da inexigibilidade de licitação, dado que as situações concretas com que se defronta a Administração não encontram, em casos especiais, solução adequada pela via licitatória, como se demonstrará, no decorrer do presente parecer.

É conveniente anotar, a seguir, que os procedimentos administrativos de contratação não se subtraem ao fator ideológico do regime político, como bem acentua José Roberto Dromi em sua conhecida e apreciada monografia (“La Licitación Pública”, Astrea, B.A., 2ª ed., 1980).

Entre os modelos teóricos de um Estado Liberal puro, que reclamaria procedimentos de contratação rígidos ou semi-rígidos e do Estado Intervencionista, ou de economia dirigida, que proporcionaria procedimentos mais elásticos, flexíveis ou livres, situam-se as realidades políticas concretas, em determinada circunstância e situação históricas, nos quais o direito positivo define e configura as formas práticas de contratação, pela Administração. (obra cit., p. 84/87).

De tais pressupostos fluem conseqüências

práticas, como demonstra Toshio Mukai, em primoroso parecer publicado na RDP, 92:272/276, no qual são estudadas as repercussões do disposto no art. 173 da CONSTITUIÇÃO FEDERAL, que alterou o conteúdo do art. 170, § 1º da EC 1/69, indicando, *nesse setor*, uma evolução do pensamento constitucional em direção do intervencionismo estatal na economia, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a proteção de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

O certo é que o instituto da licitação encontra seu fundamento no art. 37, XXI da CARTA MAGNA, em harmonia com os preceitos do *caput* do art. 173, firmada pela ressalva dos *casos especificados na legislação*.

Significa dizer que o princípio da obrigatoriedade de licitação está contido em limites legais, comportando as exceções dos casos de *dispensa e inexigibilidade* atualmente regidos pela Lei Nº 8.666/93, como adiante será demonstrado.

Nesse lance, contudo, deve balizar-se a razão de ser da licitação, como forma geral de contratação de obras, serviços e fornecimentos para a Administração Pública. A *ratio essendi* do instituto é, sem dúvida, o interesse público, que nem sempre se identifica com o interesse da Administração. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que sucedeu o mestre J. Cretella Júnior sob as arcadas do Largo de São Francisco, com magistral percuciência, vincula a noção de *interesse público* à de *bem comum*, traçando a evolução histórica desse conceito, desde suas origens aristotélicas até os dias presentes, passando pela escolástica medieval, pelo contratualismo e pelo racionalismo, para culminar na luminosa Carta Encíclica “*Pacem in terris*”, do Papa João XXIII.

Seja como for, distingue o Direito Administrativo os conceitos de *interesse público* e de *interesse da Administração*, ao nível da dogmática jurídica.

Quando porém coincide o interesse público, expressão do *bem-comum*, com o interesse da Administração, em caso concreto, obtém-se a plena realização dos fins do Estado, fixados no cânone constitucional.

A essa altura, percebe-se que o instituto da

licitação coloca-se sob a égide do interesse público que deve prevalecer nas contratações administrativas, no Estado Democrático de Direito. E o interesse público é a obtenção da proposta mais vantajosa, nas licitações, como nas contratações diretas, com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Realmente, em qualquer caso, há de prevalecer o interesse público, que está à base das contratações administrativas, e sem o qual os demais princípios atomizam-se em enunciados sem sentido.

A ele convergem, em síntese harmônica, os demais princípios, implícitos ou explícitos, como os enunciados no art. 37 do Estatuto Político — legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, mais os de isonomia, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, referidos no art. 3º do Estatuto Jurídico das Licitações e dos Contratos Administrativos, Lei Nº 8.666/93.

O interesse público apresenta-se ainda como limite à discricionariedade administrativa.

Sendo despiciendo desenvolver, neste trabalho, o conceito de discricionariedade, que tem sido objeto das cogitações de praticamente todos os grandes administrativistas brasileiros, cumpre-nos apenas sublinhar que a discricionariedade tem relação com a própria estrutura da norma jurídica, enquanto norma geral abstrata, que não pode individualizar suas hipóteses de incidência.

A margem de decisão, dita discricionária, da Administração, decorreria portanto, em parte, da impossibilidade jurídica de prever o legislador todas as soluções, como tem afirmado Afonso Queiró (“A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo”, RDA 6:41/78).

Concluindo este ponto, deve observar-se, com Dalmo de Abreu Dallari, que é perante uma situação real, em um contexto específico, que se afigura possível a determinação do interesse público como limite à discricionariedade administrativa. (“Interesse Público na Contratação das Entidades da Administração Descentralizada”, in Cadernos FUNDAP, 11:23).

Convém abordar, ainda que sinteticamente, o sistema constitucional de competências legislativas, no que tange as licitações promovidas pela Administração Pública. Estabelece a CF de 1988, no seu art. 22, XXVII, com a redação dada pela EC nº 19, que compete à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas, diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

A doutrina e a jurisprudência pátrias convergem no sentido de conceituar como “norma geral” as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, que ensejam a adjudicação direta, atendido sempre, evidentemente, o interesse público que se situa à base do instituto.

A competência federal, contudo, não exclui a competência suplementar dos Estados, nos termos do § 2º deste mesmo artigo, a ser exercida dentro dos limites das normas gerais emitidas pela União.

Caracteriza-se, aqui, pelo uso das técnicas da competência concorrente, o federalismo cooperativo, que se desenvolveu a partir da Lei Fundamental de Bonn, como tivemos oportunidade de salientar em trabalho anterior. (RDA, 78:38/45).

Marcelo Caetano, com sua reconhecida autoridade, observa que, no caso de diretrizes, bases ou normas gerais de competência da União, “tem de entender-se que há um convite aos Estados para as desenvolverem mediante legislação que adapte essas bases às circunstâncias peculiares a cada um deles.” (“*Direito Constitucional*”, Forense, Rio, 1978, vol. II, p. 510).

No caso, o Estado de Minas Gerais tem legislação própria, calcada no Decreto-Lei nº 2.300/86.

Promulgada antes da vigência da CF de 1988, a legislação estadual foi recepcionada pelo ordenamento constitucional, na medida em que suas normas não conflitam com as federais em vigor.

## IV.1. Inexigibilidade e Dispensa

O estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos em vigor, Lei Nº 8.666/93 e alterações posteriores, nitidamente extrema os conceitos de *inexigibilidade* e *dispensa* de licitação, seguindo a trilha do Dec. Lei nº 2.300/86, que já previa essas exceções, em seus artigos 23 e 22, respectivamente.

A Lei vigente, usando da mesma técnica, em seu art. 24 elenca os casos de dispensa e, no art. 25, de inexigibilidade.

Os manuais e tratados de direito administrativo de uso corrente dão ao tema tratamento superficial, sem adentrar as peculiaridades dos institutos sob exame e as inconsistências lógicas contidas em sua formulação legal.

As obras especializadas têm abordado o assunto com profundidade e pertinência destacando-se, na sistematização dessas hipóteses legais de dispensa e inexigibilidade, o trabalho de Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, “*Dispensa de Licitação*” (RT, SP, 1980).

Antes de contemplar o texto positivo, vale aduzir, com José Roberto Dromi (“*La Licitación Pública*”, Astrea, B. A., 2ª ed., 1980), os rudimentos teóricos da espécie, assim formulados:

a) hipóteses de *inexigibilidade de fato* da licitação, desdobráveis em três sub-tipos:

1) o objeto buscado não se compatibiliza com procedimentos licitatórios. Ex.: o objeto singular.

2) o objeto é licitável, mas verifica-se a ausência de licitantes. Ex.: licitações desertas.

3) o futuro contratante é único, ou singular.

b) Hipóteses de *impossibilidade legal* de licitação, nos casos em que a lei determina a contratação direta.

c) Hipóteses de *dispensa* em que, cabível a licitação, é *facultada* sua dispensa, sob condicionamentos legais.

Esses balizamentos serão úteis na interpretação do texto da Lei Nº 8.666/93 que, em seu art. 24, elenca os casos de dispensa de licitação.

Lúcia Valle Figueiredo, (“*Dispensa de Licitação*”, RT, SP, 1980, p. 32), sistematizando esses casos, classifica-os em:

- a) dispensa em razão de pequeno valor;
- b) dispensa em razão do objeto (colocam-se, aqui, duas hipóteses diversas — a do objeto único e a do objeto singular);
- c) dispensa em razão de situação excepcional;

d) dispensa em razão da pessoa contratada. Outrossim, nas *alienações*, configuram-se as hipóteses de dispensa elencadas no art. 17, inciso I e II, da Lei Nº 8.666/93, que não vem a pelo, no momento, comentar.

O que interessa é assinalar que a dispensa de licitação está relacionada a objetos que, em tese, poderiam ser licitados, mas que a lei excepcionou em *numerus clausus*, como é de entendimento unânime dos doutos.

Outra é a questão da *inexigibilidade* de licitação, que se define pela impossibilidade de licitar, por inexistirem produtos ou bens que tenham características aproximadas e que, indistintamente, possam servir ao interesse público, ou por inexistir pluralidade de particulares que possam satisfazer o fornecimento de bens e serviços, como precisamente se expressa Vera Lúcia Machado D'Ávila, em trabalho publicado na coletânea "*Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*" (Malheiros, S.P., 1995, p. 76).

Cabe reproduzir, nesse lance, o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do objeto licitável:

"São licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência entre ofertantes... Só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais."

"Cumpre que sejam confrontáveis as características do que se pretende e que quaisquer dos objetos em certame possam atender ao que a Administração almeja." (in "*Curso de Direito Administrativo*", 4ª ed., Malheiros, SP, 1993, p. 250).

São os casos elencados, em *lista exemplificativa*, pelo art. 25 da Lei Nº 8.666/93, em que é inviável a competição:

"Art. 25 — É inexigível a licitação quando houver *inviabilidade de competição* em especial:

I — para a aquisição de materiais, equipa-

mentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão *de registro do 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.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis."

Extremam-se pois os conceitos *e suas consequências práticas* pois, na dispensa, o Poder Público dispensa, se julgar conveniente, no exercício do poder discricionário.

Na inexigibilidade, ao contrário, sendo inviável a competição, a autoridade administrativa, justificando e fundamentando sua decisão, determinará a adjudicação direta, obrigatoriamente, sem margem discricionária, pois inexigibilidade é "proibição de exigir", como afirma J. Cretella Júnior ("*Das Licitações Públicas*", fls. 189).

Evidente que, sendo a lista exemplificativa, como mostra a expressão “*em especial*”, outros casos de inexigibilidade poderão ocorrer, que reclamem a adjudicação direta, sempre, repita-se, sob o pálio do interesse público prevalente.

É relevante deixar consignado que, qualquer imprecisão no enquadramento da hipótese, “*trocando-se a dispensa pela inexigibilidade e vice-versa, ensejará ilegalidade*, passível de invalidar todo o procedimento, como acertadamente averba Márcia Walkiria Batista dos Santos na citada coletânea. Portanto, “em termos lógicos, a inviabilidade de licitação decorre: a) ou da singularidade do objeto pretendido; b) ou da unicidade de fornecedor; c) ou da especificidade da operação”.

Avulta de importância a distinção conceitual, à consideração de que o art. 89, *caput*, do estatuto jurídico das licitações, tipifica como crime o ato de “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à disputa ou a inexigibilidade”.

Em breve incursão no direito comparado, é interessante assinalar que na vigência do “*Code des marchés publics*” de 1964, evoluiu a Administração francesa para maior liberdade de contratação, constatando-se, em 1988, o seguinte quadro: 0,1% de contratos celebrados por “*adjudication publique*”, aproximadamente 50% por “*appel d’offres*” (pedido de propostas) e 50% por *ajuste direto*. (Maurice André Flame: “*Perspectives Juridiques — Le contrôle juridictionnel de la passation des marchés publics*”, in “*Les Marchés Publics Européens*”, REDA, 1989, p. 64.

#### VI.2 — Natureza jurídica da dispensa e da inexigibilidade

Não ocorrem vacilações na doutrina sobre a natureza jurídica da dispensa e da inexigibilidade de licitação, verificando-se unanimidade na assertiva de que as regras jurídicas que as regulam constituem normas gerais de licitação, previstas no art. 22, XXVII, da C.F.

O exame da legislação estadual, no caso, não revela discrepâncias relevantes para o deslinde da questão *sub-examine*.

Por isso, cingiremos nosso estudo à sistemática federal, já que, como decidiu o E. STF,

“Não pode a lei estadual ampliar os casos de dispensa de licitação fixados em lei federal” (RDA, 145:131).

Por serem os casos de inexigibilidade também objeto das normas gerais de licitação, não podem ser ampliados pela lei estadual.

#### V — O CASO DA CONSULTA — INEXIGIBILIDADE OU DISPENSA?

Ao exame da hipótese submetida ao crivo doutrinário, tem-se por claro e manifesto que se trata de um caso típico de inexigibilidade de licitação, por ser a consulente detentora de técnica *exclusiva* até o presente momento, técnica pioneira, na direção de entidades federais.

Nessas condições, tem-se configurada a hipótese de *impossibilidade de licitação*, ensejadora de adjudicação direta dos serviços propostos pela Consulente à C.

Inviável a competição, em razão da existência de uma só empresa que possa atender as necessidades da Administração, emerge a *inexigibilidade* como a forma de atendimento ao interesse público, conforme preleciona Márcia Walquiria Batista dos Santos (in Maria Sylvia Zanella Di Pietro *et alii*, “*Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos*”, Malheiros, SP, 1995, p. 79).

Vera Lúcia Machado D’Ávila, em sucinto parecer, publicado na obra coletiva (p. 94/95) supra mencionada, magistralmente tratou do tema da *inexigibilidade de licitação por singularidade do serviço*. Ouçamo-la:

“*O que é singularidade do serviço, na forma disposta pelo art. 25, inc. II, da Lei nº 8.666/93?*”

Singular é o serviço que, por suas características intrínsecas, não é confundível com outro. Não ser confundível com outro não significa que seja o único, mas que contenha tal qualidade ou complexidade que impossibilite a sua comparação com outros. Havendo impossibilidade de comparação entre os serviços, e necessitando a Administração dessa determinada prestação, não há que se falar em procedimento licitatório, por inviabilidade de licitação.

Tais serviços, portanto, são denominados de *natureza singular*, cuja execução só pode ser atribuída a um determinado profissional ou empresa especializada. Obviamente, esse profissional ou empresa também não são os únicos no mercado, mas a singularidade do serviço e a comprovada capacitação do escolhido são denominadores comuns ao administrador a justificar a inexigibilidade de licitação.

Mescla-se ao conceito de serviço de natureza singular o do profissional técnico especializado. Para que ocorra a inexigibilidade de licitação com base no inc. II do art. 25 da Lei Nº 8.666/93, deve demonstrar a Administração que o serviço de que necessita é singular, em virtude de sua complexidade, e que o profissional ou empresa escolhido detém a notória especialização naquela prestação, individualizando-os em relação aos demais profissionais ou empresas que possam atuar na área.

O conceito de notória especialização vem expresso no § 1º do art. 25 da lei:

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

Traz-se a lume lição de Antônio A. de Queiroz Telles: “Dessa forma, não bastará a simples habilitação para o exercício profissional a fim de que já se possa pensar em notória especialização. Nem todo profissional — o que faz de certa atividade seu ofício — poderá ser assim considerado. A simples competência e reconhecimento oficial para exercer profissão não outorga a especialização, muito menos a notoriedade” (*Bens Insuscetíveis de Licitação no Direito Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1985, p. 64).

No mesmo sentido a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Em suma, a hipótese de dispensa por notória especialização só se configura quanto 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; b) notoriedade, isto é, reconhecida capacidade do profissional ou firma no pertinente à matéria (*Licitação*, 1ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1985, p. 20).

*Verifica-se, pois, que a questão formulada só pode ser respondida com a conjugação dos elementos definitórios do serviço singular e notória especialização, já que, para ser atendida a regra exposta no inc. II do art. 25 da nova lei, a Administração só poderá justificar a inexigibilidade de licitação quando comprovar a capacidade notória do contratado e a necessidade dessa especialização. Não ocorrendo tal binômio, a competição se impõe.”*

No caso exsurtem nítidas a comprovação da *capacidade notória* da consulente, atestada por órgãos públicos da mais alta idoneidade e respeitabilidade, como também da *necessidade dessa especialização* para a execução das complexas tarefas contidas no escopo do contrato que visa travar com C, para *obtenção de economia real e concreta em suas operações*.

Não se trata, aqui, de mera consultoria organizacional, ou de implantação de controles de qualidade hoje cediços na técnica administrativa mas, ao contrário, de tecnologia inovadora, constituída da combinação de conhecimentos práticos e teóricos, pertencentes a diversos campos científicos, implicando desde as análises matemáticas à observação metódica de atos e processos.

Tecnologia no sentido exato do termo — engenharia e ciência aplicadas às necessidades práticas, no conceito de Willard Atkin (“Economic Behavior — An Institutional Approach”, p. 427).

Como tecnologia de ponta, inovadora e pioneira, depende da intensidade e pertinência das técnicas aplicadas à solução dos problemas concretos de redução de custos, não comportando, em princípio, comparação e concorrência. Trata-se, em suma, de serviço técnico análogo à pesquisa científica que, por sua própria natureza, não comporta comparação objetiva, consubstanciando *serviço singular*.

Por último, impende acrescentar que os serviços a serem prestados pela Consulente para



C revestem-se de característica de *singularidade*.

Eros Roberto Grau ensina, ao conceituar serviços singulares:

“Serviços singulares, assim, são aqueles que apresentam, a conformá-los, características de qualidade própria de seu prestador. Singulares são porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Ser singular o serviço, isso não significa seja ele necessariamente o único. Outros podem realizá-lo, embora não o possam realizar do mesmo modo e com o mesmo estilo de um determinado profissional ou de uma determinada empresa.

A escolha desse profissional ou dessa empresa, o qual ou a qual será contratada sem licitação — pois o caso é de inexigibilidade de licitação — incumbe à Administração proceder essa escolha sempre que esteja em vias de contratar qualquer dos serviços elencados no art. 12 do Dec. Lei nº 2.300/86”.

(RDP, 99:70/77, julho-set./91).

## VI — PECULIARIDADES DOS SERVIÇOS OFERTADOS E CONCLUSÕES

Conforme acima foi aflorado, os serviços que constituirão o objeto do contrato a ser travado entre a consulente e C, têm características muito especiais e próprias, que os tornam *singulares*, no plano jurídico.

Esta singularidade vai refletir-se no próprio contrato, tendo seu fulcro na peculiar modalidade de remuneração dos serviços prestados, que é proporcional à economia real que possa resultar das medidas preconizadas pela consulente, que assumirá todas as despesas decorrentes do diagnóstico, expressamente exonerada C de todos os ônus trabalhistas, fiscais e previdenciários.

Em real verdade, a remuneração incidente sobre o denominado *fator de redução* ou sua expressão monetária, o *benefício verificado*, outorga ao pacto inédita feição, dele retirando a álea normal dos contratos bilaterais onerosos de trato sucessivo.

Vale dizer: não assumirá C nenhum risco

decorrente da execução contratual, nem mesmo aqueles inerentes aos contratos de trato sucessivo, que se situam na boa execução do objeto contratado.

Veramente, admitindo-se, apenas para argumentar, fossem inócuas as intervenções da consulente, delas não resultando nenhuma economia, remuneração alguma lhe seria devida por C.

Sob esse aspecto, todos os riscos — no caso, os custos não remunerados — correrão por conta da consulente.

Evidentemente esta, forte em sua experiência, em seu renomado corpo técnico, em sua capacitação profissional, tem fundadas previsões de êxito dos serviços que propõe à concessionária de serviços públicos.

Dadas essas especiais características, o contrato que vier a ser celebrado não estará sujeito à existência dos créditos orçamentários previstos no estatuto das licitações e dos contratos administrativos, vez que não ocorrerá incremento das despesas correntes previstas pela Administração.

Não obstante as considerações acima, impende notar que o instrumento contratual há de conformar-se ao disposto no art. 55 da Lei Nº 8.666/93, devendo conter as chamadas *cláusulas necessárias* ali listadas, inclusive a estipulação das garantias contratuais, em atenção ao *princípio da formalidade*.

Substancialmente dispensáveis as garantias, em virtude da ausência de risco para a Administração contratante, contudo deve evitar-se qualquer mácula que possa decorrer, ao ângulo formal, da ausência de uma das garantias legalmente exigíveis.

Ainda, deve atentar-se para o disposto no art. 57 da Lei Nº 8.666/93, que limita a duração do contrato a 5 (cinco) anos, incluídas as eventuais prorrogações.

Finalmente, em obediência às normas do art. 26 do estatuto federal, o reconhecimento da situação de inexigibilidade será necessariamente justificado por C e, no prazo de 3 (três) dias úteis, comunicado ao seu Presidente, para ratificação e publicação na imprensa oficial, *como condição de eficácia dos atos*.

ALBERTO DE LIMA VIEIRA — Advogado em Belo Horizonte; Professor da Faculdade de Direito MILTON CAMPOS