

Um estudo completo sobre a hipótese de inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos especializados

Por Luiz Cláudio de Azevedo Chaves*

Resumo

O sistema normativo que regula as contratações governamentais impõe enorme dificuldade ao aplicador quando da necessidade de contratar serviços técnicos especializados de natureza singular. A complexidade desse conceito, requisito indispensável para o enquadramento da hipótese que configura afastamento do *dever geral de licitar*, constitui barreira a ser vencida pelo intérprete, elevando sobremaneira o grau de dificuldade do desafio de bem contratar tais serviços. Este trabalho é uma iniciativa na busca de melhor aclarar os conceitos envolvidos, tais como, o de *singularidade* e de *notória especialização*, com o objetivo de que as normas licitatórias sejam adequadamente cumpridas, sem desvios de finalidade, mas também, sem perda de eficiência e eficácia.

Palavras-chave: Licitação. Inexigibilidade. Singularidade. Notória especialização.

Abstract

The regulatory system that regulates governmental contracting imposes enormous difficulty on the applicator when it comes to contracting specialized technical services of a unique nature. The complexity of this concept, an indispensable requirement for framing the hypothesis that constitutes a departure from the

general obligation to bid, constitutes a barrier to be overcome by the interpreter, greatly increasing the degree of difficulty of the challenge of hiring such services. This work is an initiative in the search to better clarify the concepts involved, such as the one of singularity and notorious specialization, with the objective that the bidding rules be adequately fulfilled, without deviations of purpose, but also, without loss of efficiency and efficiency.

Keywords: *Bidding. Inexigibility. Singularity. Notable specialization.*

1. Introdução à situação-problema 2. Traços marcantes da inexigibilidade de licitação fundada no art. 25, II. 3. O conceito de serviço técnico especializado: o rol do art. 13 da Lei 8.666/1993 é taxativo ou exemplificativo? 4 - O enfrentamento do conceito de singularidade na doutrina pátria. 4.1. A imprevisibilidade do resultado da execução como elemento identificador da singularidade do objeto. 4.2 - A singularidade no especial caso dos serviços treinamento e aperfeiçoamento de pessoal. 5. Notória especialização: requisito formal ou uma necessidade? 5.1. O reconhecimento da notória especialização. 5.2. O caráter discricionário do ato de escolha do executor. 5.3. Quando o notório saber é do profissional e quando é da empresa 5.4. A criteriosa escolha do executor. 6 – Conclusões.

1 - Introdução à situação-problema

É sempre acalorada a discussão sobre como os órgãos e entidades da Administração Pública devem proceder para contratar serviços técnicos especializados, aqueles assim considerados como impossíveis de comparação objetiva, conciliando as normas legais para contratação de serviços (Lei 8.666/1993) e as peculiaridades inerentes a essa especial prestação de serviço. As dificuldades são inúmeras e diversos são os fatores que contribuem para aumentar a insegurança no momento da celebração de tais ajustes.

O primeiro ponto diz respeito obrigação de se realizar licitação. Considerando que o *dever de licitar* é imperativo (CF, art. 37, XXI) e, além disso, fazê-lo pelo critério do menor preço é a regra geral, o problema surge a partir da imensa dificuldade (na verdade, impossibilidade) de se estabelecer, para essas hipóteses, critérios de aferição idôneos que apontem com segurança a proposta efetivamente mais adequada, elevando a níveis insuportáveis o risco de insucesso da contratação. Em tempos hodiernos, em que muito se fala em governança e gerenciamento de riscos das contratações¹, impõe-se especial atenção a tais contratos, posto que, não raro, quase não possuem margem de correção de desvios no decorrer da execução, dificultando sobremaneira a recuperação de prejuízos causados por falhas na conduta do executor. A escolha deste, surge como ponto nodal na garantia de obtenção de um resultado efetivamente adequado aos interesses da Administração contratante.

Para ilustrar, imagine-se um curso contratado no formato *in company*, customizado de acordo com as necessidades do órgão contratante², com carga horária de 24 horas e, após iniciado o treinamento percebe-se que o mesmo não irá atender os objetivos, por exemplo, devido à pouca capacidade didática ou falta de conhecimento prático sobre a matéria por parte do docente. Ainda que essa circunstância seja verificada logo após o início do treinamento, será quase impossível corrigir tal falha de modo a evitar um dano relevante para o contratante, pois isso exigiria, no mínimo, a substituição do docente. Os prejuízos seriam praticamente irreparáveis, pois concatenar a agenda dos servidores a quem o curso se destinava, o espaço da sala de aula (que pode estar ocupada com outros treinamentos), e a agenda do novo professor, é um exercício hercúleo de gestão. A experiência tem demonstrado que contratos dessa natureza, quando licitados, em sua esmagadora maioria, anotam má prestação de serviço e atendimento muito aquém dos objetivos colimados.

¹ Vide: Instrução Normativa Conjunta no. 001/2016/CGU/MP; Instrução Normativa no. 05/2017/MPDG, art. 20; Lei 13.303/2016, arts. 1º, § 7º, IX; 6º, §1º, VI; 42, X c/c §1º, I, d.

² O TCU já firmou entendimento segundo o qual, a contratação de cursos e treinamentos são de natureza singular: “Considere que as contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal, bem assim a inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros, enquadram-se na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei no 8.666/1993. Decisão 439/1998 Plenário”

Por lado outro, é bastante cediço que muitas das contratações tidas por *singulares*, de singular, em verdade, nada revelam. Muitas vezes o administrador “força a barra” para enquadrar determinado serviço como sendo inexigível, sustentando a tese da inviabilidade de licitação com elementos supérfluos, irrelevantes ou mesmo impertinentes a esse desiderato.

Finalmente, deve-se apontar como um dificultador importante a fragilidade –em termos gerais – da instrução dos respectivos processos, que, o mais das vezes, deixam de observar os requisitos mínimos exigidos pela legislação de regência.

A fim de viabilizar a compreensão desse instituto, cumpre a adiante pormenorizar os requisitos e conceitos a ele relacionados, o que permitirá uma melhor compreensão do mesmo e reconhecimento, no campo prático, das situações casuísticas em que ele se amoldará.

2 - Traços marcantes da inexigibilidade de licitação fundada no art. 25, II

Na inexigibilidade de licitação, é a impossibilidade de submeter a oportunidade de negócio à competição que afasta o Dever Geral de Licitar, insculpido no art. 37, XXI da Carta Política de 1988. Essa impossibilidade invariavelmente, decorre do objeto, seja porque único, como nos casos de produto exclusivo, seja porque, mesmo não sendo exclusivo, se mostra inconciliável com a ideia de comparação objetiva de propostas. E é essa última em que justamente se espelha a hipótese ora em estudo. Veja-se a redação do dispositivo correlato:

Art. 25 – É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - *omissis*

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 - *omissis*

§ 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.

Art. 13. 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 ou tributárias;
[\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.
- VIII - [\(Vetado\)](#). [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

Como se vê, o art. 25, II da Lei Geral de Licitações reconhece que determinados serviços, os “técnicos especializados”, quando “singulares”, são incomparáveis entre si. O elemento central dessa hipótese de afastamento da licitação, a despeito da presença de vários executores aptos, é a inviabilidade de estabelecer-se comparação objetiva ente as várias possíveis propostas, conforme lição do festejado mestre, Celso Antônio Bandeira de Mello³, *in verbis*:

“são licitáveis unicamente (...) 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”.

Assim, para configuração da inviabilidade de competição, não bastará que a contratação se concentre em um dos serviços apontados em um dos

³ Curso de Direito Administrativo. 17ª, ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 497.

incisos do art. 13 da Lei 8.666/1993. Será essencial determinar que o objeto do contrato também possa ser considerado *singular*.⁴

A norma acima transcrita oferece nas entrelinhas um roteiro prático e ordenado para o correto enquadramento da hipótese no caso concreto. Note que o inciso II, ao relacionar os requisitos que devem compor a instrução do processo são, na ordem: a) o serviço ser técnico e estar enumerado no art. 13; b) ter natureza singular; e, c) o executor ser um profissional ou empresa de notória especialização. Aliás, há muito o Tribunal de Contas da União firmou o entendimento segundo o qual a contratação calcada no dispositivo em tela só é regular se houver a demonstração da presença desses três requisitos:

“ENUNCIADO: A contratação direta por inexigibilidade de licitação, com base no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, comporta a presença simultânea de três requisitos: constar no rol de serviços técnicos especializados mencionados no art. 13 da Lei 8.666/1993, possuir o serviço natureza singular e ter o contratado notória especialização. O ato praticado com a ausência de qualquer um dos três requisitos importa na irregularidade da contratação.”
(TCU, Acórdão 479/2012-Plenário Rel. Min. Raimundo Carreiro)

Nota-se que há um encadeamento lógico. Se a instrução não demonstrar ser o serviço pretendido, *técnico especializado*, sequer se avançará para verificação da presença da *singularidade*. Em interpretação a contrario sensu, o dispositivo somente aceita a noção de singularidade se o serviço for técnico especializado. E, caso haja a perfeita configuração do serviço ser técnico especializado e de natureza singular, se o escolhido não puder ser considerado um *notório especialista*, irregular será a despesa. Mais uma vez servindo-nos de interpretação a contrario sensu, de nada adiantará escolher um notório especialista, se o serviço não for técnico especializado e de natureza singular.

⁴ Nesse sentido: TCU, Súmula 252; JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14^a. ed. Dialética. São Paulo, 2010, p. 367; MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Op. Cit.*, p.508; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Direito Administrativo*. 5^a. ed., Atlas. São Paulo, 1995, p. 273; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 11^a ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2004, p. 226; JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses, *Op. Cit.* p. 605; MUKAI, Toshio, *Op. Cit.*

Nada obstante, uma das falhas mais frequentes encontradas pelo controle externo e interno nas auditorias e tomadas de contas é a inversão desses valores, em que a área técnica ou a própria autoridade superior justifica a contratação a partir da escolha do executor. Tece longas laudas de justificativa para “elogiar” o escolhido, sem debruçar uma linha sequer sobre a razão pela qual se entendeu, no caso concreto, ser aquele um serviço de natureza singular.

Afinal, um notório especialista pode, perfeitamente, executar um serviço compossível de comparação objetiva, que qualquer outro profissional habilitado faria. Logo, é a singularidade que provoca a impossibilidade de comparação objetiva, daí porque ela tem que ser apontada antes. Como se verá mais adiante, a presença do *notório especialista* na execução de um serviço singular é uma necessidade, não um mero requisito formal. Por isso que, a despeito de haver opiniões em sentido contrário⁵, é equivocado o entendimento segundo o qual a singularidade pode decorrer da notória especialização de seu executor.

Para essa corrente doutrinária, a notória especialização envolveria uma singularidade subjetiva. Todavia, se imaginarmos que a inviabilidade pode decorrer da pessoa do contratado, teríamos que admitir a absurda ideia de que um mesmo objeto seria, a um só tempo, singular e não singular, conforme a pessoa que o executar. Ora, o serviço é ou não é singular. Um projeto arquitetônico para casas populares, desprovido de qualquer complexidade ou vanguardismo técnico, não pode ser classificado como singular apenas porque sua contratação recaiu em um escritório mundialmente reconhecido e prestigiado, pois o projeto, em si, continuaria comparável objetivamente. Jacoby Fernandes⁶, de forma bastante arguta, salienta que o processo de contratação de obras e serviços inicia-se, necessariamente, pela definição do objeto, o que envolve a elaboração do projeto básico e/ou executivo, e não pela escolha do executor.

⁵ Reconheço que parte da doutrina entende que a singularidade pode estar vinculada à notória especialização. Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed. Malheiros. São Paulo, 1994, p. 258; MUKAI, Toshio, *A natureza singular na contratação por notória especialização*, RJML de Licitações e Contratos, n.26, p. 13/15

⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses, *Contratação Direta sem Licitação*. 9ª ed. Fórum. Belo Horizonte, 2011, p.604.

Acrescenta que “quando os órgãos de controle iniciam a análise pelas características do objeto, percebe-se quão supérfluas foram as características que tornaram tão singular o objeto, a ponto de inviabilizar a competição.”

Dito isto, e com o propósito de organizar a concatenação de ideias, será tratado, na ordem proposta pela norma legal, um a um os requisitos ensejadores da contratação de serviços singulares, como propõe a lei. Aliás, é exatamente nessa ordem que devem ser instruídos os respectivos processos de inexigibilidade de licitação.

3 – O conceito de serviço técnico especializado: rol do art. 13 da Lei 8.666/1993 é taxativo ou exemplificativo?

Como dito alhures, o primeiro requisito a embasar a contratação fulcrada no art. 25, II da Lei 8.666/1993 é o serviço ser “*técnico enumerado no art.13*”. Como visto na transcrição acima, o dispositivo em comento inaugura a Seção IV da Norma Geral, cujo título é exatamente o mesmo da cabeça do art. 13: “Dos Serviços Técnicos Especializados”.

Mas, convenhamos, todo e qualquer serviço é técnico e é especializado. A manutenção de equipamentos de climatização por dutos tem como obrigação principal um *fazer*⁷, logo, é um serviço. Se fosse uma obrigação de *dar*, seria uma compra e venda. E, sem margem de dúvidas, é um serviço técnico. Justen Filho⁸ se ocupa de tentar aclarar o conceito de serviço *técnico* discorrendo sobre o fato de ser aquele que importa na “aplicação de conhecimentos teóricos e da habilidade pessoal para promover uma alteração no universo físico ou social.” Conclui o renomado autor que será técnico o serviço que depender de uma habilidade e/ou conhecimento humano que transforma o conhecimento teórico em prática. Assim, pode-se afirmar com elevado grau de certeza, que todo serviço é técnico, pois, se é um *fazer* humano, sempre envolverá a colocação em prática de conhecimentos teóricos.

⁷ “Serviço pode ser conceituado como a prestação por pessoa física ou jurídica de esforço humano (físico-intelectual) produtor de utilidade (material ou imaterial), sem vínculo empregatício, com emprego ou não de materiais, com ajuda ou não de maquinário.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Imposto sobre Serviços na Constituição*, São Paulo: RT, 1985, p. 83.)

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed., São Paulo: Dialética, 2010, p.173.

Já sabemos que a manutenção de equipamentos de climatização por dutos é um *serviço* e é *técnico*. Também é especializado. Somente um profissional com *especialização* em sistemas de refrigeração reúne condições técnicas para executar os serviços de manutenção em tais equipamentos. Assim, forçoso reconhecer que todo serviço é técnico e também especializado, considerando o conceito doutrinário para a expressão *técnico* acima tomada de empréstimo.

O serviço técnico, por ser aquele, reprisando, em que se coloca em prática conhecimentos teóricos, sempre envolverá a especialização de quem o executa, sendo desimportante se tais conhecimentos teóricos foram absorvidos de modo empírico ou por meio de um curso de formação ou especialização.

Ora, se todo serviço é técnico e é também especializado, mas o art. 13 da Lei 8. 666/193 arrolou apenas algumas espécies de serviços, por óbvio que o conceito normativo tem um significado especial, pois, do contrário, o mesmo alcançaria todos os serviços, o que dispensaria uma seção especialmente destacada. É necessário que se estabeleça, por meio interpretativo, o real alcance da norma, de acordo com a sua finalidade, pois em uma interpretação literal, a norma não faria sentido lógico. Humberto Eco⁹, explica que “entre a intenção do autor e a intenção do intérprete que simplesmente desbasta o texto até chegar a uma forma que sirva a seu propósito existe uma terceira possibilidade. Existe a intenção do texto”.

O método interpretativo que melhor se amolda à hipótese é o *sistemático*, que “consiste em comparar o dispositivo sujeito à exegese, com outros do mesmo repositório ou de Leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”, conforme lição lapidar de Carlos Maximiliano¹⁰. Segundo o Mestre, tal método parte do confronto entre a prescrição positiva e outra de que proveio ou que da mesma emanaram, verificando-se o nexos entre a regra e a exceção; entre o geral e o particular, a fim de obter-se os necessários esclarecimentos. A regra, assim submetida ao exame, “longe

⁹ ECO, Humberto. *Interpretação e Superinterpretação*. (Trad., MF) – São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 28 e sgs.

¹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 104-105.

de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é melhor compreendido”.

Dito isto, ao analisar os serviços listados nos incisos do artigo 13 ora *sub examine* (pareceres, estudos, assessorias, consultorias etc), percebe-se, a olhos vistos, um traço que os une; que lhes tornam conexos. É o fato de a lista reunir apenas serviços cuja execução é predominantemente intelectual. Não se queira afastar da execução desses serviços, máquinas, ferramentas, programas de computadores etc. Mas, nesses serviços, o cerne da execução reside na capacidade intelectual do executor. Ao mesmo tempo, não se pretende estabelecer que os demais serviços não utilizem o intelecto de seus executores. Para a elaboração de um projeto arquitetônico, o profissional certamente se servirá de programas de computadores, mas não deixará de ser predominantemente intelectual, pois a escolha do estilo das linhas, os materiais, as cores, as soluções e demais características do projeto sairão do intelecto do arquiteto.

Por tal motivo, a correta interpretação do rol do art. 13 é no sentido de que se trata de uma lista exemplificativa. Tanto assim que a redação fora construída de forma exemplificativa, como se vê dos plurais utilizados (estudos, assessorias, consultorias etc). Caso o rol fosse exaustivo, a redação seria mais objetiva; bem ao contrário, nota-se o cristalino espírito da norma em alcançar o maior número possível de serviços que pudessem se encaixar no conceito legal de *técnico especializado*. Ademais disso a natureza dos serviços intelectuais não comporta limitação, mormente, em dias de acelerado avanço tecnológico e científico. Profissões que hoje são useiras e vezeiras, há 10 anos sequer existiam. Quanto ao caráter exemplificativo do rol do art. 13, veja-se a posição de Justen Filho¹¹:

“A relação do art. 13 é meramente exemplificativa. O conceito de serviço técnico profissional especializado comporta, em tese, uma grande variedade de situações. Não há dúvidas de que, além dos casos indicados no art. 13, existem inúmeras outras hipóteses que comportam qualificação como serviço técnico profissional especializado.”

¹¹ *Op. Cit.* , página 175 .

Assim, será considerado um serviço técnico especializado, aquele cujo cerne da execução for predominantemente intelectual, não importando se ele se encontra expresso ou não no rol do art. 13 da Lei. 8.666/1993.

Caso o serviço que se pretenda contratar não se amolde ao conceito de *técnico especializado*, ou seja, não for de execução predominantemente intelectual, de plano já será sabido que não poderá ser contratado sob o fundamento do art. 25, II da Lei 8.666/1993.

4 – O enfrentamento do conceito de singularidade na doutrina pátria

Ultrapassada a primeira barreira e corretamente caracterizada a natureza *técnico-especializada* do serviço a ser contratado, o próximo passo será identificar se o objeto deste serviço intelectual reserva natureza singular. Se do exame da natureza do objeto, não restar configurada tal característica, inviabilizada estará a contratação no fundamento legal alvo do presente estudo.

Mas não é simples a tarefa de se estabelecer um conceito técnico-jurídico para *singular*, que seja preciso sob o ângulo prático, a ponto de viabilizar sua identificação diante dos casos concretos. É de se reconhecer que se trata de um dos conceitos jurídicos mais desafiadores dentre todos os institutos presentes no arcabouço normativo das contratações governamentais. Isto porque a lei não deixa nenhum traço objetivo que possibilite sua identificação. Muito embora haja, na doutrina, diversas propostas de conceituação desse instituto, formuladas pela pena de renomados jurisconsultos, ainda não há entre eles uma uniformidade que esgote o tema.

À guisa de exemplo, veja-se a doutrina de Marçal Justen Filho¹², que entende que a *singularidade*:

“(…) caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por qualquer

¹² *Op. Cit*, p. 368.

profissional ‘especializado’. Envolve casos que demandam mais do que especialização, pois apresentam complexidades que impedem a obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado)”.

Já o eminente e saudoso jurista, Carlos Pinto Coelho Motta¹³, citando Régis Fernandes de Oliveira, concordando com este último, explica que a singularidade “implica em característica própria de trabalho, que o distingue dos demais.” Petrônio Braz¹⁴, conclui que a expressão (singularidade) “traz sentido especial, com peculiaridades que permitem distinguir a coisa, não podendo a expressão ser entendida literalmente.”

A despeito de não discordar de nenhum desses conceitos, no campo prático o que se verifica ao se tentar aplicá-lo (especial, inusitado, anômalo etc), por se tratarem de conceitos abertos, não encerram um guia definitivo para o aplicador, abrindo um perigoso espaço de discricão onde a vinculação é absolutamente imprescindível.

Veamos ainda a definição de Jacoby Fernandes¹⁵, que em excelente obra de referência aponta que “singular é a característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador.”

Não se nega que quando o serviço se mostra peculiar, especial ou inusitado; quando o objeto em si possui características intrínsecas que o diferencie dos demais, o mesmo deve ser considerado *singular*. Mas dizer isso, apenas isso, é insuficiente para se chegar a uma conclusão definitiva que possibilite, nos mais variados casuísmos que são diuturnamente enfrentados pelas repartições, a identificação do

¹³ *Eficácia nas Licitações e Contratos*. 11ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 305.

¹⁴ *Processo de licitação, contrato administrativo e sanções penais*, 2ª ed. Leme: Mizuno, 2007, p. 182.

¹⁵ *Contratação Direta Sem Licitação*, 9ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 609.

elemento jurídico *sub examine*. Afinal, que atributo (objetivo) o serviço precisa apresentar para que se diga, com precisão, que o mesmo é *peculiar* ou *inusitado*? Que “característica própria de trabalho” distingue um serviço *singular* de um *não singular*? Os conceitos abertos não oferecem resposta definitiva para essas indagações.

Equívoco bastante frequente e que deve desde já ser espancado, é o de interpretar-se a *singularidade* como associado a algo extraordinário, altamente complexo, inovador. Definitivamente, não se pode confundir *singularidade* com exclusividade, ineditismo, complexidade ou mesmo raridade, conforme já se manifestou o próprio Tribunal de contas da União, em decisão unânime do Plenário, cujo voto condutor da lavra do eminente Ministro Benjamim Zymler deixou assim consignado:

“Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento.” (Ac. 2.616/2015, Plenário, Rel. Benjamim Zimler)

Se fosse único ou inédito, seria caso de inexigibilidade por ausência de concorrentes e a contratação seria capitulada na cabeça do art. 25 da L. 8.666/93, e não em seu inciso II. A raridade, de per si, não elide a competição, pois o fato de o objeto ser prestado por poucos profissionais ou empresas não impede que estes disputem o objeto. O serviço de telefonia móvel é prestado por quatro ou cinco operadoras no País e nem por isso são serviços singulares (tampouco intelectuais), sendo normalmente licitados por todos os órgãos. Também a complexidade do objeto não acarreta a inviabilidade de competição. Há inúmeros objetos, altamente complexos nas áreas de telecomunicações, tecnologia da informação, petróleo e gás, que são normalmente licitados. O que dizer da licitação, por técnica e preço, da informatização do voto, em 1995. Tratava-se de um objeto absolutamente inédito, tanto em relação a projeto de *hardware* como para os programas que seriam utilizados, e nem por isso, a

competição ficou inviabilizada. No raciocínio da raridade ou do ineditismo, fatalmente o TSE seria conduzido a declarar inexigível a licitação.

Outro erro muito comum é de associar a existência de pluralidade de executores com a viabilidade da competição. O fato de haver vários possíveis executores não é excludente da hipótese de *singularidade*, porquanto o que se discute é a impossibilidade de realização de cotejamento entre as várias alternativas presentes no mercado.

4.1 – A imprevisibilidade do resultado da execução como elemento identificador da singularidade do objeto a ser contratado

Como se demonstrou acima, os conceitos propostos na doutrina não esgotam a matéria, deixando ampla margem de subjetivismo para o aplicador da norma. Se analisados os inúmeros precedentes e casuísmos existentes na rotina diária das repartições públicas, percebe-se que há um elemento comum está presente em todos os serviços singulares, qual seja, o da **imprevisibilidade ou incerteza do resultado da execução**. O serviço é singular quando seu resultado não é previsível ou é incerto; quando o contratante, apesar de apontar as características do que pretende contratar, não tem como saber exatamente qual será o produto receberá com a conclusão da execução; é o serviço cujo resultado pode variar de executor para executor, ou seja, cada executor entrega coisa diferente do outro.

Quando o serviço não é singular, seu resultado é perfeitamente previsível, ou seja, o contratante sabe exatamente, desde a contratação, o que irá receber das mãos do executor antes mesmo da execução. E por isso mesmo, tem total possibilidade de identificar objetivamente sua inconsistência ou desconformidade com o que se contratou. Ao mesmo tempo, e justamente porque já sabe qual será o resultado da execução, a comparação entre os vários produtos entregues pelos vários possíveis executores se dá por meio de comparação absolutamente objetiva, permitindo perfeitamente o cotejamento entre as várias possíveis propostas. Cumpre deixar desde

já consignado que não se está falando da variabilidade da forma de execução (metodologia), mas do resultado em si.

Um sistema informatizado de gerenciamento logístico pode ser construído a partir de diversas metodologias de produção (*Flowcharting*, SSDAM, programação *Top-down*, etc), mas o resultado será o mesmo e é previsível. Se o contratante quer um sistema que possibilite administrar o estoque e a logística de distribuição de materiais do almoxarifado, com a possibilidade de gerar relatórios gerenciais de demanda, de fluxo etc, o resultado será exatamente esse quem quer que o execute, muito embora, a arquitetura do sistema possa ser elaborada de modo variado de acordo com a metodologia empregada pelos diversos especialistas. Portanto, o serviço não seria singular, porquanto previsível o resultado. Veja-se outro exemplo.

Imagine que um órgão pretenda contratar um projeto arquitetônico (art. 13, I da L. 8.666/93), definindo as características que a edificação deverá apresentar, tais como: espaço para biblioteca que acomode 60.000 exemplares; um departamento de saúde com capacidade para atendimento ambulatorial para 10 pacientes simultâneos; vaga coberta para no mínimo 200 automóveis; que edificação possua sistema de captação de energia solar para conversão em energia elétrica. O resultado que será apresentado já é sabido mesmo antes de iniciada a execução (que é a elaboração do projeto). Ou seja, o contratante antes mesmo de receber os projetos dos profissionais, já sabe o que lhe será entregue, pois cada projeto contará com aquelas características solicitadas e, ainda que se diferenciem aqui e ali (tipo de fachada, materiais de acabamento etc), tais distinções não importariam em critério de avaliação. Logo o resultado é perfeitamente previsível, e, portanto, licitável. E se é previsível, a comparação entre os vários projetos a serem apresentados se dará de forma totalmente objetiva. Se um executor não contemplar o departamento de saúde, o projeto não será aceito; se não contemplar as vagas cobertas para a quantidade mínima de automóveis, também não será aceito. Todos que apresentarem os projetos contemplando as características exigidas seriam aprovados. E, nesse caso, a escolha poderia se dar pelo preço.

Mas, se o contratante solicitasse o mesmo projeto, porém, além daquelas características, exigisse que suas linhas arquitetônicas fossem capazes de transformar a edificação em um símbolo de modernidade a ponto de se tornar uma marca que tornará a cidade reconhecida internacionalmente, impregnando a memória afetiva das pessoas. Se a principal intenção fosse essa, os vários possíveis executores apresentariam seus respectivos projetos cada qual com a sua particular leitura dessa exigência, e o contratante não teria como conhecer antecipadamente o resultado. No serviço singular o resultado da execução é **imprevisível**, ou seja, o contratante faz o pedido, mas não tem ideia do produto que lhe será entregue.

No primeiro caso, as linhas arquitetônicas eram desimportantes; neste, constituem o elemento primordial. No primeiro caso, a comparação entre os vários resultados é objetiva; no segundo, a comparação, isto é, a verificação do atendimento da característica principal (linhas arquitetônicas que se tornem uma marca de modernidade para a cidade) é de ordem subjetiva, sendo igualmente subjetiva a comparação entre os vários projetos executados, pois todos, sem exceção, segundo a leitura de seus respectivos autores, “atenderiam” ao requisito.¹⁶

Vamos a mais um exemplo.

Digamos que um Tribunal de Justiça deseje contratar um projeto de *web design* para o seu portal institucional na internet. Se a ideia é que o Portal ofereça informações da estrutura orgânica do órgão, história, currículo do desembargadores e também ofereça serviços ao usuário, como emissão de certidões e acesso à pesquisa de acervo da biblioteca e de jurisprudência, bem como andamento de processos, os

¹⁶ A cidade do Rio de Janeiro teve um caso icônico análogo à hipótese aventada. Tratou-se da contratação do renomado arquiteto Santiago Calatrava para a elaboração do projeto do que se tornaria o Museu do Amanhã, instalado na Zona Portuária da Cidade. Segundo Leonardo Mercher, (MUSEU DE ARTE DO RIO E MUSEU DO AMANHÃ: DUAS FERRAMENTAS À PARADIPLOMACIA CULTURAL DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: https://seminarioculturavisual.fav.ufg.br/up/778/o/2013-031-eixo1_Leonardo_Mercher.pdf) os objetivos da construção do museu foi fortalecer a identidade cultural e internacional da cidade do Rio de Janeiro que sempre foi muito conhecida pelas suas praias e eventos, como o carnaval, mas havia a necessidade do fortalecimento da paradiplomacia cultural.

vários profissionais poderão apresentar resultados diferentes (abas, janelas *pop up*, paletas de cores etc.). Mas ainda sim o resultado é previsível e objetivamente cotejável entre os projetos apresentados. Mas, se além daqueles requisitos, o projeto deverá contemplar arquitetura que “atraia o interesse do internauta”, não apenas dos usuários, visando integrar o órgão à sociedade, fica nítido que tal requisito dependerá de uma leitura personalíssima do executor. Essa característica inviabiliza qualquer previsão sobre qual resultado será apresentado.

4.2 - A singularidade no especial caso dos serviços treinamento e aperfeiçoamento de pessoal

Uma vez estabelecido o conceito de singularidade com base na previsibilidade ou não do resultado da execução, já é possível verificar se a hipótese da contratação de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal (art. 13, VI, da L. 8.666/1993) se acomoda na exceção do dever de licitar inculpada no art. 25, II, da Lei 8.666/93, uma vez que se trata de um dos serviços que mais atrai debates quanto à presença ou não do elemento caracterizador da singularidade.

Logo de plano é bom que se destaque que não seria razoável interpretação restritiva para considerar que o art. 13, VI, da norma acima referida, pretendeu limitar como conceito de serviço técnico especializado apenas as ações de *treinamento*, mesmo porque, o conceito clássico já se encontra em desuso nas organizações, por apresentar limitações frente aos seus objetivos. Idalberto Chiavenato¹⁷ anota que:

“(…) o treinamento tem sido entendido como o processo pelo qual a pessoa é preparada para desempenhar de maneira excelente as tarefas específicas do cargo que deve ocupar, mas, com um conceito mais moderno, o treinamento é considerado um meio para desenvolver competências nas pessoas para que elas se

¹⁷ CHIAVENATO, Idalberto. *Gestão de Pessoas – O novo papel dos recursos humanos nas organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 294..

tornem mais produtivas, criativas e inovadoras, a fim de contribuir para os objetivos organizacionais.”

O correto, portanto, é entender o inciso alcança todas as ações que envolvam desenvolvimento de pessoas, em todos os níveis. Desenvolver pessoas não é o mesmo que treinar pessoas. O conceito de desenvolvimento de pessoas é mais amplo, pois tem como o objetivo principal capacitar as pessoas para serem profissionais de sucesso. Conforme descrevem Milkovich e Boudreau¹⁸,

"Desenvolvimento é o processo de longo prazo para aperfeiçoar as capacidades e motivações dos empregados a fim de torná-los futuros membros valiosos da organização".

Assim, qualquer que seja o nome que se dê para o serviço (treinamento, aperfeiçoamento, desenvolvimento, capacitação, ensino) o mesmo estará alcançado pelo dispositivo legal em tela. Estão incluídos nesse contexto a contratação não só de instituições de ensino e empresas de treinamento, mas também de professores, instrutores e conferencistas e palestrantes quando chamados por via direta (pessoa física); contratação de cursos de extensão (curta ou longa duração), de graduação ou de pós-graduação na forma *in company*; inscrição em cursos de extensão, de graduação ou de pós-graduação abertos a terceiros na forma presencial ou no sistema EAD. Valerá também para ações de capacitação que tenha por escopo a mudança de comportamentos e atitudes, ou seja, as de caráter comportamental, tais como *coaching*, inteligência emocional, cultura e clima organizacional, negociação estratégica.

Dito isto, o próximo passo será determinar se, e em que casos, tais serviços assumem características singulares a ponto de tornar a licitação inviável. E para esse exame é mister que se faça uma análise sobre o que compõe o resultado da execução a fim de identificar se o mesmo é previsível ou imprevisível.

¹⁸ MILKOVICH, George T.; BOUDREAU, John W. *Administração de recursos humanos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 338 e sgs.

Nos serviços de treinamento, o resultado que se busca alcançar, ou seja, aquilo que se perfaz como produto da execução é o aprendizado do público-alvo. As características do projeto da ação de capacitação, isto é, os objetivos gerais e específicos, público alvo, metodologia e o conteúdo programático e recursos instrucionais, constituem requisitos da execução do serviço para que o resultado seja alcançado. As aulas, a palestra, a condução de oficinas de trabalho ou rodadas de debates constituem a própria execução do serviço. Mas é o aprendizado o resultado que se espera da execução.

A execução do serviço de treinamento se materializa, sem dúvida, com a aula (o *fazer*) que o docente ministra. É por meio desta ação que o profissional, fazendo uso de metodologia didático-pedagógica, utilizando os recursos instrucionais já definidos e aplicando o conteúdo programático estabelecido, realiza o objeto com o fito de possibilitar o alcance do resultado pretendido, qual seja, o aprendizado.

O aprendizado é alcançado, fundamentalmente, com a aplicação de três grandes ferramentas: a metodologia e material didático e a intervenção direta do docente. Mas, dependendo do tipo de ação de capacitação, uma dessas se mostra preponderante sobre as demais, na produção do resultado (aprendizado). É nesta caracterização que se vê revelada, ou não, a singularidade do objeto *desenvolvimento de pessoas*.

Se o resultado, para ser alcançado, depender essencialmente da intervenção do docente, por óbvio, que este será imprevisível. Afinal de contas, cada professor possui sua técnica própria, sua forma de lidar com grupos, sua empatia e didática. Fará suas exposições com base não só em seus conhecimentos técnicos, mas também a partir das suas experiências pessoais, seu ritmo e tom de voz. Aliás, o próprio professor poderá executar o serviço de forma distinta a cada aula proferida, ainda que do mesmo tema, provocado, por exemplo, por uma mudança de visão e conceitos, em constante evolução. Quer dizer, as aulas sempre serão diferentes, seja na condução,

seja no conteúdo, seja na forma de exposição. Tudo isso faz com que seja absolutamente impossível ao contratante desse serviço prever o resultado que irá receber com a execução, ou seja, qual será o nível de aprendizado que o público-alvo irá apresentar ao final da ação de capacitação. Não se poderá admitir que, quem quer que seja o executor, desde que aplicando os recursos didáticos pré-definidos, vá obter os mesmos resultados. Não há como negar, diante desse contexto, a singularidade desse específico objeto.

O mesmo não ocorre com os treinamentos cujo aprendizado se alcança primordialmente a partir do emprego da metodologia e/ou material didático a ser aplicado. Nesses, a intervenção do professor passa a ser acessória, não sendo o principal condutor da obtenção dos resultados esperados. A metodologia, sim, é que seria o principal elemento responsável pelo alcance desses resultados, o que induz a percepção de que, seguindo a metodologia e utilizando os materiais didáticos pré-definidos, o resultado é previsível, não se alterando substancialmente mesmo quando executado por profissionais ou empresas distintas.

Os cursos na metodologia *Kumon* é um excelente exemplo. Este método preconiza um “estudo individualizado que busca formar alunos autodidatas (...) com material didático próprio e auto-instrutivo, que permite ao aluno desenvolver os exercícios **com o mínimo de intervenção do orientador....**”¹⁹ (grifamos). O fio condutor do resultado esperado é o método e o material didático empregado. Nesse caso, não se vê presente o requisito da singularidade, pois quem quer que seja o orientador, desde que capacitado no método, em razão de sua mínima intervenção, trará resultados uniformes e homogêneos, logo, previsíveis.

Outro exemplo, agora praticamente em desuso, seria os cursos de datilografia. Nestes, o instrutor apenas conduz o aluno dentro da metodologia, fazendo um mero acompanhamento. Qualquer instrutor treinado na metodologia atrairá

¹⁹ Disponível em: www.kumon.com.br

resultados homogêneos entre os alunos. Em outro dizer, no momento da contratação, antes de iniciada a execução, já é possível antever que todos os alunos sairão datilógrafos, ainda que um ou outro seja mais talentoso do que a maioria, o resultado é homogêneo, portanto, previsível.

Assim, é correto afirmar que, sempre que a intervenção pessoal do instrutor for o elemento determinante para o alcance dos resultados pretendidos, revelada estará a natureza singular do serviço. Em contrapartida, caso o método supere a intervenção do mestre para esse desiderato, o treinamento será licitável. Percebe-se disto que a lógica do dever geral de licitar (art. 37, XXI, CF), em relação a estes serviços se inverte, sendo, a singularidade a regra geral, na medida em que a quase totalidade das ações de capacitação são umbilicalmente dependentes da intervenção direta e pessoal do professor. Somente em caráter excepcional é que um treinamento anotará características tão próprias que exigirá menor interferência do orientador.

Para afastar de vez a confusão que ainda possa existir em relação ao conceito de singularidade, abordemos um exemplo clássico: um curso de atualização em Língua Portuguesa. Na trajetória acadêmica todos já experimentaram professores muito habilidosos, que, com uma didática excepcional, faziam-se entender mais facilmente, ao passo que outros, a despeito de serem detentores de elevado conhecimento, não eram capazes de transmitir adequadamente o conteúdo. No caso, não é a gramática o principal fio condutor do resultado, mas a intervenção pessoal do professor de língua portuguesa que gerará o resultado. Em contraponto com a (falsa) ideia de que o serviço singular é sempre de alta complexidade, vê-se que no exemplo agora oferecido, a matéria do treinamento seria de baixa complexidade (nível médio). Também em contradição com outra (falsa) ideia de que o serviço singular é raro, há no mercado inúmeros professores habilitados, e ainda assim o mesmo guarda a característica de singularidade, pois não é possível estabelecer comparação objetiva entre os vários docentes aptos a executar o programa.

5 – Notória especialização: requisito formal ou uma necessidade?

Considerando que já foram enfrentados os dois primeiros requisitos para a configuração da inviabilidade de competição na contratação de serviços singulares, resta avançarmos sobre o último. Determinou-se o alcance do art. 13, da L. 8.666/1993, bem como foi visto como se detecta o elemento que torna singular o serviço. O próximo desafio é a caracterização da notória especialização do executor escolhido.

Em primeiro plano, bom que se diga que ao elencar como requisito intrínseco da inexigibilidade de licitação fundada no art. 25, II, da Lei regente da espécie, que a execução seja realizada por profissional ou empresa *notória especialização*, a norma intencionou, de fato, atribuir a execução do objeto a alguém que fosse notável no campo de sua especialidade relacionado com o objeto do contrato. Vimos, antes, que todo serviço é técnico e é especializado. Assim, ao determinar que os serviços tidos por singulares fossem executados por um *notório* especialista, reconheceu que o serviço *singular* não admite ser executado por qualquer profissional (ou empresa), mas por alguém especial. E faz todo o sentido com o conceito de singularidade que estabelecemos no capítulo anterior.

Convenhamos, se o resultado da execução é imprevisível e a comparação entre os vários executores e os respectivos conteúdos de suas propostas somente se dá a partir de critérios subjetivos, fica nítido que a execução deva ser entregue a quem possui algum atributo capaz de atrair a segurança necessária para a execução.

Se ficarmos no exemplo dos serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoas (art. 13, VI, da L. 8.666/1993), em que o principal condutor do aprendizado seja o docente, imagine que a execução ficasse a cargo de qualquer profissional (ainda que habilitado), não se considerando características subjetivas a ele inerentes, tais como capacidade didática, forma de condução de grupos etc.; nesse caso, a probabilidade de o resultado não ser satisfatório seria enorme. Trata-se de

caracteres relacionados ao grau de confiança que o gestor deposita na pessoa do indicado, que é impossível de medição objetiva. Nesse sentido, o posicionamento do TCU:

“ENUNCIADO: A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos. (TCU, Acórdão no. 2.762/2011-Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer)

Assim, desponta com clareza que a presença do notório especialista não é um mero requisito formal, mas uma verdadeira necessidade a ser atendida com probidade pelo Gestor, uma vez que a contratação envolve objeto de resultado não previsível.

5.1 – O reconhecimento da notória especialização

Ao contrário do conceito de *singularidade*, a norma regente da espécie se ocupou de delinear o conceito de notória especialização. E o fez de forma bastante pragmática, muito embora, nos corredores e mesas de trabalho de gestores e assessorias jurídicas ainda se acaloram intensos debates. A redação do dispositivo, à primeira vista, traz uma falsa ideia de que notório especialista deva ser amplamente conhecido, famoso mesmo. Não é bem assim. Basta uma leitura um pouco mais atenta para se alcançar o ponto nodal do texto da lei, o que solucionará eventuais impasses. Senão vejamos:

Art. 25 - *Omissis*

(...)

§ 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. (grifo acrescentado)

Do texto acima transcrito não é possível encontrar nada que chegue perto da ideia de fama ou algo do gênero. Notório especialista é o profissional (ou empresa) que nutre entre seus pares, ou seja, “...no campo de sua especialidade...” a partir do histórico de suas realizações, quer dizer “...decorrente de desempenho anterior...ou de outros requisitos relacionados com suas atividades...” elevado grau de respeitabilidade e confiança, de forma que se “...**permita inferir** que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

O parágrafo *sub examine* indica a referência a partir de quais peculiaridades ou requisitos serão considerados idôneos para aferir se um profissional é ou não notório especialista, a saber: “...desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica...”. Mais ainda. A expressão “...ou de outros...” dá bem o tom de rol exemplificativo desses requisitos. O legislador admite, portanto, que outros conceitos e requisitos, não ditados no texto expresso da lei, podem servir de base à conclusão de que o profissional escolhido é o mais adequado à satisfação do contrato. Nota-se também, que a enumeração dos requisitos é alternativa. Significa que não é obrigatório que estejam todos contemplados na justificativa da escolha, bastando apenas o apontamento de um deles para balizar a escolha. É bom que se diga que essa análise deve estar relacionada com as finalidades do objeto. Para Marçal Justen Filho²⁰ a notória especialização “dependerá do tipo e das peculiaridades do serviço técnico-científico, assim como da profissão exercitada.” Um exemplo bem ilustrará a aplicação prática deste conceito.

Se uma determinada Secretaria Estadual de Segurança Pública, viesse a organizar evento sobre criminalidade e segurança pública, e pretendesse contratar um policial civil para proferir uma palestra direcionada aos policiais civis,

²⁰ *Op. Cit.*, p.371.

militares e corpo de bombeiros sobre o tema “Ética na abordagem policial”, sob o argumento de que se trataria de um profissional altamente respeitado no meio policial, em nada importaria se o escolhido possui formação acadêmica de nível médio, sem nenhum livro ou artigo publicado e sem histórico na atividade docente ou como conferencista. Afinal, o que teria motivado a escolha do profissional seria outros atributos efetivamente relevantes para o alcance dos resultados esperados, que seria o fato de se tratar de profissional muito conhecido e respeitado no meio policial pela sua lisura, ética e retidão no exercício das suas atividades. Tais atributos certamente renderiam resultados adequados justamente porque suas palavras seriam melhor assimiladas pelo público alvo a que se destinava a palestra. Nesse, como não reconhecer *notória especialização*?

Como dito antes, para os objetivos da palestra, pouco ou nenhuma importância há se o profissional possui nível superior; se já publicou artigos e livros. A palestra era operacional e o palestrante escolhido reuniria as condições que permitiam inferir que ele, no caso concreto, era indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação dos interesses da Administração. Claro, se a palestra tivesse tema mais complexo, por exemplo, sobre Processo Penal, dirigida a Magistrados, Promotores e Procuradores de Justiça, faltar-lhe-ia requisitos importantes justamente por não se tratar de “seu campo de especialidade”. Mas para esse mesmo público alvo, caso o tema da palestra fosse algo relacionado à atividade operacional do policial, para esse fim, mais uma vez poderia ser considerado *notório especialista*.

5.2 – O caráter discricionário do ato de escolha do executor

Não há discrepância na doutrina, tampouco na jurisprudência, quanto ao entendimento, bastante espancado neste trabalho, de que a singularidade não significa exclusividade. Se assim o fosse, tratar-se-ia de inviabilidade fática de licitação, tal qual o é a aquisição de produto exclusivo, e a contratação fundar-se-ia na cabeça do artigo 25 da norma geral de licitações. Logo, para a execução do serviço certamente haverá algumas alternativas dentre as quais uma deverá ser selecionada pela autoridade competente.

José dos Santos Carvalho Filho²¹ aponta que a norma não é capaz de ditar com rigor todas as condutas que um agente administrativo deve assumir para exercer as funções que lhe são cometidas. Ante essa impossibilidade, para variadas situações a “própria lei oferece a possibilidade de valoração da conduta”. São os casos em que o agente, para expedir o ato, avaliará, com seu sentir íntimo a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar porquanto na qualidade de administrador dos interesses coletivos. É exatamente o que ocorre no presente caso.

Ao conceituar “notória especialização”, o dispositivo legal encerra com a expressão “*que permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato*”. Não restam dúvidas de que essa escolha dependerá de uma análise subjetiva da autoridade competente para celebrar o contrato. Nem poderia ser diferente, pois se a escolha pudesse ser calcada em elementos objetivos a licitação não seria inviável. Ela é impossível justamente porque há impossibilidade de comparação objetiva entre as propostas.

Conseqüentemente, uma vez que a escolha se dará por meio de uma avaliação subjetiva, ou seja, juízo de valor pessoal de quem detém a competência para realizar a escolha, partir da soma de informações sobre a pessoa do executor (experiências, publicações, desempenho anterior etc), em comparação com esses dados dos demais possíveis executores, nítido está que a escolha é essencialmente discricionária. Será a autoridade competente que, respeitando o leque de princípios a que se submete a atividade administrativa, notadamente, *legalidade, impessoalidade, indisponibilidade do interesse público e razoabilidade*, e ainda, sopesando as opções à sua disposição, com fulcro em seu juízo de conveniência, indicará aquele que lhe parecer ser o “*indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.*” Mais uma vez nos socorreremos de excerto do já citado Acórdão 439/98-Plenário, TCU, que traz citação de brilhante lição de Eros Roberto Grau:

²¹ *Manual de Direito Administrativo*. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 36

“Sobre a prerrogativa da Administração de avaliar a notória especialização do candidato, invocamos novamente os ensinamentos de Eros Roberto Grau, na mesma obra já citada: ‘...Impõem-se à Administração - isto é, ao agente público destinatário dessa atribuição - o dever de inferir qual o profissional ou empresa cujo trabalho é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado àquele objeto. Note-se que embora o texto normativo use o tempo verbal presente (‘é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’), **aqui há prognóstico, que não se funda senão no requisito da confiança.** Há intensa margem de discricionariedade aqui, ainda que o agente público, no cumprimento daquele dever de inferir, deva considerar atributos de notória especialização do contratado ou contratada.’ (Eros Roberto Grau, in Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei, Malheiros, 1995, pág. 77) (grifamos)

Em relação a essa afirmação, no mesmo precedente, encontramos as palavras de Jacoby, *in verbis*:

“Portanto, cabe ao administrador avaliar se determinado profissional é ou não notório especialista no objeto singular demandado pela entidade, baseando-se, para tal julgamento, no desempenho anterior do candidato e nas demais características previstas no § 1º do art. 25 da Lei de Licitações. Quem, senão o administrador, poderá dizer se determinado instrutor é ‘essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’, (...) Apenas ele, mediante motivação em que relacione as razões da escolha, poderá identificar no professor ou na empresa contratada os requisitos essenciais impostos pelas particularidades do treinamento pretendido. (‘in’ Contratação Direta

sem Licitação, Brasília Jurídica, 1ª ed., 1995, pág. 306) (grifo acrescentado)

É idêntica a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello²², que, com a habitual precisão, esclarece que:

“É natural, pois, 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 presumivelmente *mais indicados do que os de outros*, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso. Há, pois, nisto, também um componente inelimitável por parte de quem contrata.”

O requisito da confiança também foi reconhecido pela Suprema Corte, na caracterização da notória especialização, ao apreciar o Inquérito n. O 3077-AL a cuja relatoria coube ao Min. Dias Toffoli:²³

"Penal e Processual Penal. Inquérito. Parlamentar federal. Denúncia oferecida. Artigo 89, caput e parágrafo único, da Lei n. 08.666/93. Artigo 41 do CPP. Não conformidade entre os fatos descritos na exordial acusatória e o tipo previsto no art. 89 da Lei n. o 8.666/93. Ausência de justa causa. Rejeição da denúncia. (...) 2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia, foram de, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL. **3. O que a norma extraída do texto**

²² *Op. Cit.*, p. 507.

²³ DJe-188, de 25-9-2012

legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico. (...) 5. Ausentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não há justa causa para a deflagração da ação penal em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei n. 08.666/93. 6. Acusação, ademais, improcedente (Lei n. 08.038/90, art. 6. caput)."

Destarte, não pode, pois, ser subtraído do próprio alvitre da autoridade, e só a ela competirá, a decisão sobre qual notório especialista deva recair a contratação. O que não se admitirá é que a escolha não seja calcada em argumentos que não se direcionem à conclusão de que o escolhido possui notória especialização, nem tampouco que os atributos indicados sejam flagrantemente desarrazoados; que a escolha seja pautada por um capricho ou uma preferência meramente pessoal. Entre vários profissionais ou empresas, a autoridade poderá, sim, optar pelo que se mostrar, em seu sentir, mais adequado, mesmo que seja autor da proposta mais elevada. Em resumo, a *notória especialização* é caso de eleição do gestor, com base na confiança que este deposita no indicado, confiança essa que decorre da identificação de algum atributo que lhe permite intuir (inferir) que o resultado da execução será adequado aos fins pretendidos.

5.3 – Quando o notório saber é do profissional e quando é da empresa

Outro questionamento de ordem prática que comumente é suscitado é o problema de se identificar se é a empresa ou o profissional o detentor da notória especialização. Em princípio, pode parecer um obstáculo de simples solução. É que o art. 25, II da Lei cita ambos a partir do emprego da conjunção alternativa *ou* (...com profissionais ou empresas...). De fato, a norma admite que possa ser considerado

notório especialista tanto a pessoa física — o profissional — como a pessoa jurídica. Quanto ao profissional, não há qualquer dificuldade de reconhecimento.

Cumpra-se destacar que a empresa (pessoa jurídica), para ser considerada *notória especialista*, deve haver indicação de atributos correlacionados com a atividade empresária. Do rol exemplificativo de atributos sugeridos no § 1º do art. 25 da L. 8.666/1993, extrai-se de forma direta: *desempenho anterior, organização, aparelhamento, equipe técnica*. Se o gestor indicou para execução do serviço singular uma sociedade empresária, significa que os atributos que o conduziram à percepção de que ela era a mais adequada à plena satisfação do objeto devem se referir à estrutura empresarial.

Não que os demais atributos arrolados no dispositivo citado, ou outros, como ele mesmo sugere, não possam ser considerados. Mas, *e.g.*, se o atributo for *estudos* ou *publicações*, só poderá ser considerada *notória especialista* quando a própria empresa for responsável pela produção técnica ou científica que deu azo à sua escolha.

No segmento de treinamento e consultoria, por exemplo, há três tipos de empresas: a) as de organização de eventos; b) as de consultoria, ensino e pesquisa; e, c) as constituídas pelos profissionais *notórios especialistas*.

As empresas organizadoras de eventos, não possuem produção técnica ou científica. Se ocupam exclusivamente em captar no mercado, profissionais renomados para que se apresentem nos eventos por ela organizado. Em geral, os conteúdos dos cursos ou das palestras são de autoria destes profissionais, e não das empresas. Elas atuam na divulgação do evento, na captação de inscrições, na reprodução do material didático. Também se responsabilizam por toda a logística para a realização do evento, tanto no que concerne ao espaço, sonorização, equipe de apoio, como para os palestrantes ou conferencistas, providenciando passagens, reservas de hotéis, traslados, alimentação e, claro, seus honorários.

Em um primeiro momento pode-se pensar que atividades acima descritas são perfeitamente licitáveis, e não justificaria o afastamento do *Dever Geral de Licitar*. Todavia, o que deve ser considerado é a capacidade técnica da empresa em organizar um evento com nível técnico de excelência. Nessa ordem de ideias, uma empresa que organiza e executa um seminário com os nomes mais renomados do segmento, é, sem dúvida, *notória especialista*, na medida em que possui capacidade de atrair e reter profissionais de renome do mercado. Assim, poder-se-ia indicar, tranquilamente, como atributos de notória especialização o *desempenho anterior* e *equipe técnica*.

No segundo grupo, vêm as instituições ou empresas cujo objetivo social é voltado ao ensino e pesquisa, seja ela vinculada ao poder público ou de natureza privada, com ou sem fins lucrativos, a escolha certamente se dará em função dos atributos de *publicações, estudos, experiências*, ou seja, da produção técnica ou científica que leva a assinatura da instituição, ou seja, aquilo que confere notoriedade para a instituição, tais como, cursos cuja autoria é da empresa, anuários, periódicos, relatórios, pesquisas, além daqueles requisitos exemplificados no §1º do art. 25, II, ou seja, “...*organização, aparelhamento, equipe técnica*...”.

Finalmente, no terceiro grupo, temos as empresas que são formadas exclusivamente pelos profissionais. Estas empresas não dispõem de grandes estruturas empresariais (não raro, nenhuma estrutura), porquanto são formadas exclusivamente por um ou um pequeno grupo de profissionais. Tais profissionais constituem empresas para viabilizar a contratação, considerando que, como pessoa física remunerado por meio de Recibo de Pagamento a Autônomo-RPA é mais dispendioso para o contratante, pois além dos honorários, o contratante deve recolher 20% da remuneração ao INSS, o que eleva a despesa total. Assim, as organizações evitam contratar por essa forma, a saída encontrada é a abertura de PJs.

Neste específico caso, os atributos da *notória especialização* podem recair no próprio profissional, pois, em verdade, a pessoa jurídica apenas dá suporte formal à contratação, mas a contratação se deu em razão dos atributos pessoais daquele profissional.

5.4 – A criteriosa escolha do executor

Reconhecendo que a eleição do profissional é uma decisão essencialmente discricionária, mas que, ao mesmo tempo, deve fundar-se em argumentos razoáveis, relevantes e verídicos, ao comparar-se os profissionais, ver-se-á que mais de um reúne excelentes condições de execução do objeto. Após a análise dos requisitos que o §1º, do art. 25 enumera (não se nega que são exemplificativos, ao mesmo passo que constituem eficiente bússola a orientar a análise) a indicação poderá ser direcionada por razões, que, talvez, isoladamente, não seriam suficientes para tanto. Sejamos práticos.

Digamos que um hospital público pretenda contratar um professor para ministrar curso de elaboração de termo de referência destinado aos servidores das áreas técnicas responsáveis pela especificação de insumos e equipamentos médico-hospitalares. Em pesquisa, verificou-se que há vários ótimos profissionais no mercado, com formação acadêmica, publicações importantes e vasta experiência docente no tema e com ótimas avaliações, estando três deles disponíveis para o projeto. Em qual deles poderia recair a escolha? Qualquer um. Assim, a autoridade competente terá de traçar algum parâmetro que justifique sua decisão. Dentre os três profissionais disponíveis um demonstrou ter ministrado anteriormente o treinamento em tela em hospitais públicos. Seria justificável a sua escolha exatamente por esse aspecto. A autoridade competente poderia inclinar-se licitamente na direção deste, sob a justificativa de que “dentre os profissionais disponíveis, este seria o mais adequado por ter vivenciado a experiência de ministrar cursos em órgãos da Saúde Pública, o que permite inferir que sua expertise docente conta com o conhecimento das peculiaridades inerentes aos produtos e equipamentos que habitualmente são adquiridos nessas unidades administrativas.

6 - Conclusões

Já tivemos oportunidade de reconhecer²⁴ que as contratações fundadas nas exceções ao dever de licitar (dispensa e inexigibilidade de licitação) geram grande desconfiança quando submetidos ao controle de legalidade, tanto prévio (art. 38, VI, da L. 8.666/1993), quanto a *posteriori* (CF, art. 70), porquanto costumam apresentar elevados índices de irregularidades e falhas processuais, o que acaba acarretando maior rigor na investigação por parte desses órgãos. Tal rigor, via de consequência, provoca certo melindre, um verdadeiro “temor geral” nos setores responsáveis em instruir os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, bem como nas mesas de trabalho das assessorias jurídicas e do controle interno, que, não raro, acabam sendo também mais rigorosos do que o necessário, vendo embaraço onde ele não existe.

O esforço de tentar elucidar o conceito de singularidade encontra razão no fato de que os diversos órgãos e entidades do Poder Público, na difícil tarefa de bem conduzir suas políticas de gestão, não raro, se deparam com a necessidade de realizar contratações que não se compatibilizam com a ideia de comparação objetiva de propostas. Mas a insegurança dos setores técnicos, os variados entendimentos jurídicos e o, não menos desprezível, temor pela prática de ilegalidades que possam ser detectadas pelo Controle Externo, muitas vezes conduzem a contratações (por licitação) ruins e prejudiciais ao interesse público, ou mesmo à inviabilização dos projetos. Por lado outro, as conceituações clássicas do requisito da *singularidade*, possibilitam manter as portas da ilegalidade escancaradas, pois o enquadramento do serviço como sendo singular a partir de considerá-lo, *peculiar* ou incomum dependerá basicamente da valoração subjetiva do agente que o define.

Diante de todo o exposto, é possível oferecer a seguinte síntese:

- a) a contratação sem licitação, fulcrada no art. 25, II da L. 8.666/1993 exige a presença de três elementos, cuja instrução do processo deverá segui-los de forma rigorosa, a saber: (i) o serviços ser considerado técnico-especializado, constante do art. 13 da mesma Lei; (ii) possuir características que o tornem

²⁴ CHAVES, Luiz claudio de Azevedo. *Contratação de serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal na Administração Pública: uma breve análise da Decisão 439/98, Plenário do TCU*. Revista do TCU, no. 129, Jan/Abr/2014, p.73

- singular; e, (iii) ser executado por profissional ou empresa de notória especialização;
- b) por serviço técnico-especializado, deve-se entender serviços cuja execução seja predominantemente intelectual, podendo, inclusive, não estar arrolado nos incisos do art. 13, que é de natureza exemplificativa;
 - c) singularidade não pode ser confundida com complexidade, raridade, ineditismo ou exclusividade, pois há serviços que são raros e complexos, mas que permitem competição entre os executores;
 - d) singular é o serviço cujo resultado da execução, em razão das suas características, é imprevisível, ou seja, o contratante não faz qualquer idéia do que irá receber das mãos do executor, a execução dependerá de uma leitura personalíssima de cada executor;
 - e) notório especialista é o profissional ou a empresa que apresenta algum atributo relacionado a sua atividade profissional ou empresarial, que permite ao gestor inferir (intuir, deduzir, concluir) que se trata do indivíduo mais indicado para a plena satisfação do objeto;
 - f) a notória especialização não se caracteriza pela formação acadêmica ou pela fama do executor;
 - g) não basta a presença de um notório especialista para que se caracterize a singularidade do objeto, pois mesmo o notório especialista pode executar serviços não singulares (quem pode o mais, pode o menos);
 - h) a decisão sobre a escolha do notório especialista é de margem discricionária do gestor, que deverá, em homenagem aos princípios da eficiência, da razoabilidade e da indisponibilidade do interesse público, motivar a criteriosa escolha do executor.

*Luiz Claudio Chaves é especialista em Direito Administrativo e professor da Escola Nacional de Serviços Urbanos-ENSUR e professor convidado da Fundação Getúlio Vargas e da PUC-Rio. Autor das obras: *Curso Prático de Licitações-Os Segredos da Lei no. 8.666/93*, Lumen Juris, 2011; *Licitação Pública – Compra e Venda Governamental*

Para Leigos, Alta Books, 2016; *A Atividade de Planejamento e Análise de Mercado nas Contratações Governamentais*, JML, 2018. Articulista nos seguintes periódicos: Revista do TCU (TCU, Brasília); RJML de Licitações e Contratos (ed. JML, Curitiba); e, Informativo de Licitações e Contratos-ILC (Zênite, Curitiba). Ministra regularmente, em âmbito nacional, cursos e palestras sobre Licitações Públicas e Contratos Administrativos.