

Ainda a Inviabilidade de Competição para Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados*

Marçal Justen Filho
Professor Titular da UFPR

I. A LICITAÇÃO E A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição consagrou presunção de que a prévia licitação produz a melhor contratação para o interesse público — entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Sob um certo ângulo, poderia reconhecer-se como absoluta essa presunção imposta constitucionalmente. Mas é problemático assim se configurar a questão, eis que a própria Constituição admitiu limitações, a se fazerem por via da legislação infra-constitucional. Assim, a regra é a obrigatoriedade da licitação e a exceção, a contratação direta (nos casos previstos em lei). A ressalva constitucional adquire, por isso, extremo relevo para fins hermenêuticos.

Se a Constituição impusesse a prévia licitação como regra absoluta e não excepcionável, ter-se-ia de reconhecer não uma presunção, mas uma espécie de ficção jurídica.

A diferença entre os dois institutos foi longamente estudada nos diferentes ramos do Direito. A presunção absoluta consiste na determinação legal de determinado comando, a partir da experiência acerca do que normalmente ocorre. A ficção reside na imposição normativa de certo comando em dissonância com o conhecimento que se extrai do mundo físico ou social. Na presunção absoluta, o Direito acolhe e generaliza os dados recolhidos pelo conhecimento e pela experiência; na ficção, o Direito infringe e se contrapõe à ordem extrajurídica dos fatos.¹

Se, portanto, a Constituição proibisse em termos absolutos contratações sem prévia licitação, ter-se-ia de reconhecer uma ficção jurídica.

Estaria consagrado que, sempre e em todas as hipóteses, a contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, seria obtida através do procedimento licitatório. Ora, a experiência e o conhecimento demonstram que a licitação nem sempre conduz à consecução de tais objetivos. Seria incompatível com os princípios da República, da moralidade e da isonomia impor como obrigatória, em todos os casos, solução que conducente à frustração dos objetivos norteadores da atividade administrativa.

Justamente por isso, a própria Constituição ressalva, no art. 37, inc. XXI, a possibilidade de contratação sem prévia licitação, nas hipóteses disciplinadas pela legislação.

Tem de reconhecer-se, portanto, o dever do legislador infraconstitucional prever

* Artigo publicado em *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, Editora Fórum, v.2, n.17, maio 2003, p. 2057-2073.

¹ Para melhor exame, consulte-se ARAGÃO, E. D. Moniz. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE. v. 4-1, p. 110-113.

as hipóteses de contratação direta, atentando para os casos onde realizar prévia licitação comprometeria os valores da República, da moralidade e da isonomia.

Diante disso, poderia concluir-se com a constatação de que a maior peculiaridade da disciplina constitucional não consiste em “permitir” contratações diretas como exceção à regra geral da prévia licitação. Essa solução impunha-se como derivação direta e inafastável dos princípios constitucionais.

Daí se extrai que a contratação direta, sem licitação, envolve o compromisso da Constituição com a aplicação da melhor solução para o caso concreto. O instituto da contratação direta se enquadra no mesmo âmbito da discricionariedade administrativa. Em todos os casos, trata-se da impossibilidade de uma disposição normativa impor, exaustiva e aprioristicamente, uma solução determinada para problemas que podem configurar-se na realidade social com as mais variadas características. Trata-se, portanto, a imposição normativa de que o aplicador do Direito adote, no caso concreto, **a melhor solução possível**.

A consideração acima não significa afirmar que as hipóteses de contratação direta sejam disciplinadas sob regime de discricionariedade administrativa. Defendem-se, isto sim, outros dois postulados.

O primeiro é o de que a imposição constitucional da obrigatoriedade da licitação comporta exceções.

O segundo é o de que a interpretação das regras sobre contratação direta deverá ser norteada pelo princípio da supremacia do interesse público. Incumbirá ao aplicador do Direito produzir a melhor solução para o caso concreto.

Em suma, rejeitam-se interpretações **mecanicistas**, orientadas a defender soluções desvinculadas da avaliação dos efeitos concretos e da ponderação efetiva dos valores em jogo, na situação real existente. Esse postulado hermenêutico aplica-se não apenas na aplicação-interpretação da norma constitucional mas também das regras infraconstitucionais, contidas na Lei nº 8.666.

II. A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA RECENTE

A temática da ausência de licitação por impossibilidade ou inconveniência já estava reconhecida muito antes da CF/88 ou da edição da Lei nº 8.666. A longa experiência nacional acerca da matéria fora delineando as soluções e identificando os problemas. Sob esse ângulo, a atual disciplina legislativa reflete a cristalização de um processo histórico que, se não apresenta força normativa autônoma, propicia o aprofundamento da compreensão do instituto da inexigibilidade de licitação em virtude da “singularidade” do objeto. Vale a pena, então, aprofundar essa abordagem histórica.

II.1 A PRIMEIRA ETAPA: O CÓDIGO DE CONTABILIDADE DA UNIÃO

O Decreto Federal nº4.536, de 28 de janeiro de 1922, dispôs sobre diversos temas, inclusive sobre os requisitos para contratações administrativas. No art. 51, disciplina as hipóteses de “dispensa de concorrência”. Eram previstas cinco hipóteses principais, abrangendo situação de urgência ou sigilo, aquisição de animais para serviços militares, arrendamento ou compra de imóveis e ausência de interessados em disputa anterior. Mas a previsão que toca mais de perto ao caso era a contida na alínea “b”, cuja redação está abaixo reproduzida: “para o fornecimento de material ou de

gêneros, ou realização de trabalhos que só puderem ser efetuados pelo produtor ou profissionais especialistas, ou adquiridos no lugar da produção”.

O Código de Contabilidade da União disciplinou a matéria de licitações durante longas décadas, ainda que alguns setores tivessem merecido tratamento específico.

Não se chegou a constituir uma teoria orgânica e sistêmica a propósito do instituto da “licitação”, a ponto de um autor consagrado como CRETELLA JÚNIOR sequer aludir à matéria.²

II.2 A SEGUNDA ETAPA: O DECRETO-LEI N° 200

O Decreto-lei n° 200, de 1967 (com inúmeras e relevantes alterações), disciplinou a matéria das licitações por período relevante de nossa história recente. Instituiu um conjunto ordenado de princípios e regras sobre as formalidades prévias às contratações administrativas, valendo-se da experiência verificada ao longo da vigência do Código de Contabilidade.

O Decreto-lei n° 200 albergava autorização para contratação direta, mas compreendendo todas as situações sob a figura da “dispensa”. Convém destacar o disposto no art. 126, § 2°, ai. “d”, reproduzido textualmente a seguir:

É dispensável a licitação:

[...]

d) na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos, bem como na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização;³

A partir essencialmente desse dispositivo, a doutrina produziu significativos aprofundamentos.

Em primeiro lugar e não obstante a ausência de distinção legislativa, a doutrina reconheceu a impossibilidade de identificação entre os casos de inexigibilidade e de dispensa. Como afirmou o mais abalizado autor da época, Hely Lopes Meirelles, a **inexigibilidade de licitação** decorre, “da impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração”.⁴

Em obra clássica, Sérgio Ferraz e Lucia Valle Figueiredo desenvolveram o conceito de **objeto singular**, terminologia utilizada apenas acessoriamente pela legislação. Formulavam ponderação inicial que apresentava enorme relevância — mesmo para os dias atuais, quando asseveravam que “Cumprir precisar o conceito de ‘objeto singular’, apartando-o do ‘objeto único’. Este último conduziria a uma impossibilidade fática e lógica de licitar”.⁵

Apontavam, então, que o gênero “**objeto singular**” comportava duas espécies diversas. Havia a singularidade **subjéctiva** e a **objectiva**. Esta última se verificava quando

² Confira-se: *Direito Administrativo do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961. v. 3: Atos e Contratos Administrativos.

³ Não seria excessivo apontar que a redação do dispositivo tem inequívoca filiação à regra do Código de Contabilidade, tal como anteriormente referido.

⁴ *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 112.

⁵ *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 112.

a realidade apresentava um único objeto em condições de satisfazer o interesse público.

Já a singularidade subjetiva se identificava com a “notória especialização”, ao ver daqueles autores. Afirmavam que não poderia haver alguém notoriamente especializado sem características de singularidade — asserção compreensível em face da disciplina legislativa de então. Lembre-se, tal como acima referido, que o Decreto-lei nº 200 autorizava contratação direta de profissionais com notória especialização.

À mesma época, Celso Antônio Bandeira de Mello dedicou-se ao exame da temática da licitação, produzindo afirmativa que se tornou clássica e que fundamenta toda a teoria da inexigibilidade de licitação: “Só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais”.⁶

Como apontava Celso Antônio, a individualidade de um bem, impeditiva da competição, poderia derivar ou de ser ele singular em sentido absoluto ou em razão de evento externo a ele ou por força de sua natureza íntima. A exemplificação produzida pelo grande autor paulista permite apreender a complexidade do conceito examinado.

Um bem seria singular em sentido absoluto quando existisse uma única unidade. Assim se passaria, por exemplo, quando houvesse remanescido ~mi único exemplar de um selo de relevância peculiar.

A singularidade por evento externo decorreria da agregação de um significado especial em relação a um certo bem. O exemplo era de uma espada utilizada em determinado acontecimento histórico relevante. Nesse caso, poderiam existir diversos objetos semelhantes e idênticos, mas elementos externos acarretariam a diferenciação de uma específica unidade.

A singularidade em razão da natureza íntima se configuraria quando o bem fosse produzido a partir de realização artística, técnica ou científica, “caracterizada pelo estilo ou cunho pessoal de seu autor”⁷

Os serviços singulares se identificariam pelo estilo ou orientação pessoal. O autor produzia advertência relevante, no sentido de que “a singularidade mencionada não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicos”.⁸

II. 3 A TERCEIRA ETAPA: O DECRETO-LEI Nº 2.300 E A LEI Nº 8.666

O Decreto-lei 1102.300 (com as alterações introduzidas especialmente pelo Decreto-lei nº2.348/87) consagrou redação, a propósito da temática da contratação direta, que foi repetida em seus termos básicos pela Lei nº 8.666⁹. Adotou a distinção formal entre dispensa e inexigibilidade. Conceituou genericamente a inexigibilidade como situação em que a competição se evidencia como inviável, com exemplificação

⁶ *Licitação*. 2.tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 15. No mesmo sentido. FERRAZ e FIGUEIREDO assinalavam, então, que “para que haja uma licitação, mister a possibilidade de pautas objetivas para um critério de julgamento imparcial [...] Se preciso das peculiaridades — quer do objeto, quer do executor— não será admissível pôr em confronto, em cotejo, coisas dissemelhantes”. *Dispensa de licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 91.

⁷ *Licitação*, cit., p.16.

⁸ *Licitação*, cit., p.17.

⁹ Há diferenças fundamentais no elenco dos casos de dispensa, mas a redação dos dois diplomas acerca da inexigibilidade é essencialmente idêntica.

de três hipóteses. Uma seria o fornecedor ou representante exclusivo. Outro caso é o dos serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular, com profissionais de notória especialização. A terceira situação é a da contratação de artistas consagrados pela crítica.

A disciplina adotada pelo Decreto-lei nº 2.300 e pela Lei nº 8.666 é basicamente a mesma. Há apenas um ponto diferencial de maior relevância, consistente na disciplina da notória especialização exigida quanto aos prestadores de serviços técnicos profissionais especializados.

De fato, a redação legislativa dos dois diplomas é muito similar. A definição adotada no art. 12, parágrafo único, do Decreto-lei nº 2.300 foi reiterada, em seus termos básicos, no art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666. A diferença mais sensível foi a introdução de uma cláusula ainda mais restritiva no corpo da lei ora vigente. O dispositivo tem a seguinte redação:

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. (original sem negrito)

No Decreto-lei nº 2.300, a definição de notória especialização não envolvia as expressões “essencial e indiscutivelmente”.

A partir da vigência do Decreto-lei nº 2.300, foram se multiplicando as manifestações doutrinárias. Embora seja possível estabelecer uma espécie de vínculo com as concepções geradas a partir da legislação anterior, é evidente o enriquecimento verificado. Com o passar do tempo, foram surgindo diferenciações e aprofundamentos inclusive com uma avaliação muito mais crítica e rigorosa para as contratações no âmbito de serviços técnicos profissionais especializados.

De todo o modo, é viável sumariar alguns pontos comuns que, ao longo dos últimos quinze anos, cristalizaram-se como incontroversos.¹⁰

III. A PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DA LICITAÇÃO

Somente há sentido em realizar licitação quando presentes pressupostos lógico, fático e jurídico, segundo terminologia de Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹. A ausência desses pressupostos caracteriza o que se convencionou denominar de inexigibilidade de licitação.

Na fórmula legislativa já clássica do Direito brasileiro, dá-se a inexigibilidade de licitação quando for inviável a competição. O conceito de inviabilidade de competição não foi explicitado pela lei, retratando intencional amplitude de abrangência. Daí se extrai que todas as situações que caracterizarem a inviabilidade de competição podem

¹⁰ Sobre o tema, vale consultar a doutrina mais especializada, que envolve, de modo indispensável, as excelentes obras de: MOTVA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações & contratos*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 219-249. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 257-311. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 527 et seq.

¹¹ Curso de Direito Administrativo, cit., p. 492-493.

propiciar a ausência de licitação e a contratação direta.

A lei remete à verificação das circunstâncias de fato, reconhecendo implicitamente a impossibilidade de elenco exaustivo e adotado aprioristicamente. Configura-se, nesse ponto, a grande diferença prática entre as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

IV. DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Nos casos de dispensa de licitação, os pressupostos de competição estão presentes e, teoricamente, seria cabível submeter a contratação a um procedimento prévio de seleção. Porém, a lei eliminou a obrigatoriedade da licitação, por reputar inconveniente sua efetivação. Avaliando os benefícios (possíveis) e os prejuízos (inevitáveis) que poderiam concretizar-se em virtude do desenvolvimento do procedimento licitatório, o legislador permitiu a contratação direta. Em tais hipóteses, a autorização legal para contratação direta deriva da previsão do legislador de prejuízos superiores aos potenciais benefícios.

Ou seja, o legislador tomou a si a tarefa de discriminar os casos de contratação direta fundada em dispensa de licitação. Por isso, sua configuração depende de previsão explícita em lei, cujo rol é exaustivo e não pode ser ampliado.

Já nos casos de inexigibilidade, o legislador reconheceu a impossibilidade de promover um elenco exaustivo, por ser logicamente impossível antever todas as situações em que ocorrerá a inviabilidade da competição. Por isso, ainda que a lei indique situações de inexigibilidade, o rol normativo tem natureza exemplificativa. Nesse sentido, toda a doutrina se manifestou, como se pode ver em Celso Antônio Bandeira de Mello,¹² Carlos Pinto Coelho Motta,¹³ Carlos Ari Sundfeld¹⁴ e Diógenes Gasparini.¹⁵

V. A COMPLEXIDADE DO CONCEITO DE “INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO”

Uma das grandes virtudes do art. 25 da Lei nº 8.666 consiste na consagração de um elenco de hipóteses caracterizadoras da inexigibilidade. Aliás, há quem pretenda propor, nas costumeiras discussões sobre reforma da legislação de licitações, a supressão dos três incisos do aludido artigo. Argumentam que, admitindo-se a natureza meramente exemplificativa do repertório contido nos incisos do art. 25, seria desnecessária sua presença. O raciocínio é defeituoso, eis que a exemplificação é extremamente útil e relevante para o aplicador, especialmente no caso concreto.¹⁶

O exame dos três incisos do art. 25 evidencia situações **qualitativamente** distintas entre si. A análise dos dispositivos é muito elucidativa, nesse ponto. Evidencia que o conceito de “inviabilidade competição” não é simples, unitário, homogêneo. Compreende uma pluralidade de situações, que podem ser muito diversas entre si. A

¹² Curso de Direito Administrativo, cit., p. 499.

¹³ *Eficácia nas licitações e contratos*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 165.

¹⁴ *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 43.

¹⁵ *Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 441.

¹⁶ Acresce dizer que a função dos três incisos do art. 25 não é meramente exemplificativa. Estabelecem regras restritivas e severas a propósito dos requisitos de contratação direta, para as hipóteses por eles disciplinadas.

compreensão do conceito de inviabilidade de competição resulta, por isso, não apenas de uma interpretação semântica, fundada na significação verbal das palavras. Compreender o que significa “inviabilidade de competição” depende do exame das três situações apontadas nos incisos do art. 25, as quais são emblemáticas. Ali se indicam três manifestações fundamentais através das quais a competição não se pode instaurar.

Dito de outro modo, a aplicação do inc. II do art. 25 da Lei nº8.666 envolve a aplicação simultânea dos outros dois incisos do mesmo artigo. Esse é um dos exemplos mais cristalinos da natureza interdependente e sistêmica do processo hermenêutico.

V.1 A INVIABILIDADE DERIVADA DA AUSÊNCIA DE ALTERNATIVA: INC. I

O inc. I do art. 25 refere-se à hipótese de ausência de alternativas para a Administração. São os casos em que há um único fornecedor ou representante comercial em condições de comercializar o objeto necessário à satisfação do interesse público. Veja-se que essa ausência de pluralidade pode derivar tanto de circunstâncias materiais como de características jurídicas. A disposição abrange tanto os casos em que um único sujeito dispõe da habilidade material para produzir um certo objeto como os casos em que o Direito veda a apropriação por terceiros da faculdade de executar certas atividades.

Assim, por exemplo, pode imaginar-se a contratação direta de um guia para conduzir servidores públicos ao longo da floresta amazônica. A contratação deriva da circunstância de que esse guia é o único que conhece os caminhos a seguir — trata-se de circunstância fática. Já há casos em que um sujeito desenvolve certa solução tecnológica, obtendo uma patente de invenção. Inúmeros outros sujeitos disporiam de condições materiais para executar a atividade correspondente à idéia patenteada, mas o Direito assegura direitos de exclusividade — trata-se de circunstância jurídica.

Nos casos de objeto único, a realização de uma disputa “competitiva” seria um contra-senso, sob o próprio prisma lógico. Não há competição quando não existem alternativas diversas entre as quais optar. Quando existe um único objeto apto a satisfazer um interesse, é inconcebível cogitar-se de uma disputa.

Portanto, a competição é inviável quando não há opção para a Administração senão contratar determinado particular.

Ressalte-se que a hipótese do inc. I abrange tanto os casos de fornecimento de bens (explicitamente referida na lei) quanto de prestação de serviços. Não se argumente que o dispositivo legal alude explicitamente a aquisição de bens. Como o elenco do art. 25 é exemplificativo, todas as demais situações que envolverem inviabilidade de competição também estão albergadas no conceito de inexigibilidade de licitação. Portanto, a redação do inc. I é também exemplificativa, o que conduz ao cabimento de estender sua aplicação a casos similares.

V.2 A INVIABILIDADE DERIVADA DA AUSÊNCIA DE OBJETIVIDADE: INC. III

Mas a mera existência de pluralidade de alternativas não é suficiente para configurar a viabilidade de competição. A grande evidência está na determinação do art. 25, inc. III. Ali se prevê a inviabilidade de competição quando se tratar de

contratação de profissionais do setor artístico.

Ora, é absolutamente impossível, mesmo sob o ponto de vista abstrato, imaginar uma manifestação artística que se materialize na sociedade com ausência de pluralidade de alternativas. A riqueza da vida cultural traduz-se sempre em pluralidade de opções de contratação para a Administração Pública. Quer sob o ponto de vista fático, quer sob a égide do Direito, não se pode configurar **exclusividade** na execução da atividade cultural buscada pela Administração Pública.

Assim, suponha-se o interesse em contratar cantor para animação de festividades promovidas a propósito de eventos cívicos. Imagine-se o interesse em contar com a participação de uma dupla sertaneja. Seria inconcebível imaginar que a contratação direta por inexigibilidade apenas estaria autorizada **se houvesse uma única dupla sertaneja disponível**. Aliás, a proliferação de duplas sertanejas é um fenômeno social que marca a cultura popular brasileira na última década. Mas existirem inúmeras alternativas para a Administração não significa obrigatoriedade de licitação.

Sublinhe-se que essas duplas podem desempenhar **idêntica** atuação. Até se poderia imaginar que cantassem as mesmas músicas. Suponha-se que a Administração resolvesse impor o repertório a ser executado. Nem por isso, seria cabível a licitação.

A inviabilidade de competição deriva da impossibilidade de adoção de critério objetivo para seleção da **melhor dupla** sertaneja.

O desempenho artístico é uma manifestação da personalidade humana, dotada de elevada carga de subjetivismo — não apenas na execução, mas especialmente na avaliação. O canto reflete uma característica absolutamente pessoal: nenhuma voz humana é exatamente idêntica à outra. Mas a criatividade na execução do canto apresenta características equivalentes às verificadas em todas as demais manifestações artísticas, desde a pintura até o teatro.

Sob um certo ângulo, a exteriorização física do desempenho artístico é o substrato material para a veiculação de valores de cunho estético. É impossível dissociar, no fenômeno “arte”, as manifestações físicas e a perseguição de valores estéticos. A natureza do objeto cultural propicia, bem por isso, uma riqueza extraordinária no objeto a ser considerado.¹⁷

A natureza estética dos valores envolvidos acarreta uma impossibilidade de comparação objetiva entre os diferentes bens. Sem pretender encampar qualquer concepção relativista acerca do conceito de arte ou de valores estéticos, é impossível produzir avaliação comparativa destinada a eleger, no universo das infundáveis alternativas disponíveis, aquela que se configura como a melhor. Os critérios de escolha dependem de concepções subjetivas de cada ser humano.

Isso não equivale à inviabilidade de escolha. Cada pessoa tem mesmo a necessidade de selecionar, no âmbito das manifestações culturais subjacentes,

¹⁷ A referência a objeto cultural” revela a clara vinculação a determina linha filosófica. Abordar a matéria nesse ponto envolveria longa e impertinente digressão. De todo o modo, vale a pena conferir as considerações filosóficas desenvolvidas sobre o tema, especialmente as incorporadas ao pensamento jurídico através da corrente egológica do Direito, conduzida por: COSSIO, Carlos. *La Teoria Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. Sobre o tema, confira-se o trabalho de AFTALIÓN; GARCIA OLANO; VILANOVA. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Cooperadora deDerecho yCienciasSociales, 1972. p. 14-21.

aquelas preferidas.

O que é impossível é a adoção de um critério objetivo de julgamento, que acarrete uniformidade de decisão e permita decisões homogêneas e invariáveis de sujeito para sujeito.

Portanto, produzir a licitação para contratação de objetos de cunho estético seria incompatível com um princípio fundamental da licitação: a objetividade.

Não se contraponha que a Constituição impõe a objetividade como princípio fundamental, norteador da atividade administrativa do Estado (art. 37, *caput*).

É evidente que a determinação constitucional significa que, **quando for possível**, todas as decisões administrativas serão fundadas no princípio da objetividade. Pode até dizer-se que o agente estatal tem o dever de buscar a objetividade, como decorrência inafastável da natureza de sua situação funcional.

Mas isso não significa produzir-se uma **ficção**, por determinação constitucional. Essa ficção consistiria em transformar-se decisões essencialmente vinculadas a avaliações subjetivas em julgamentos alicerçados em critérios objetivos. A natureza psicológica do processo decisório, quando incompatível com critérios objetivos, não pode ser alterada por uma norma jurídica. Ou seja, o princípio da possibilidade limita e condiciona o princípio da objetividade.

Há ainda outro ângulo do fenômeno. Seria impossível compatibilizar o conceito de “vantagem” com a natureza da atividade artística.

A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Ora, não há forma de selecionar objetos artísticos sob o critério fundamental da vantagem.

Assim, por exemplo, suponha-se que a Administração pretenda adquirir uma pintura para decoração da parede de um gabinete oficial. Seria uma rematada tolice cogitar de promover um certame para escolher a proposta mais “vantajosa”.

No caso, a natureza do certame licitatório se alicerça em critérios de julgamento incompatíveis com a natureza da prestação a ser executada em prol da Administração Pública.

Daí se extraem duas outras facetas da inexigibilidade.

O conceito de inviabilidade de competição abrange também as situações em que a escolha não se faz sob um critério objetivo. Ou seja, não é viável a competição quando o julgamento fundar-se em avaliações subjetivas, incompatíveis com o princípio da objetividade que impregna as licitações.

Então, ao invés de mascarar-se a natureza subjetiva do julgamento, reconhece-se a não aplicação do procedimento licitatório formal. Sob esse enfoque, é inviável a competição quando for impossível decidir segundo critério objetivo.¹⁸

Anote-se que impor a obrigatoriedade de licitação em hipóteses dessa ordem geraria não apenas efeitos **inúteis**, mas também decorrências muito nocivas. Seria inútil licitar a contratação envolvendo objeto artístico porque a Administração não lograria selecionar proposta mais vantajosa sob o prisma econômico. Mas a nocividade decorreria do mascaramento de escolhas subjetivas, transformadas em objetivas. Isso

¹⁸ Não se contraponha com a hipótese do concurso, modalidade licitatória prevista na Lei de Licitações. O concurso não se destina, em princípio, a selecionar a proposta mais vantajosa sob o prisma econômico, mas a premiar a melhor performance artística ou intelectual. Nem tampouco exige-se nos concursos a necessária consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Ainda assim, é evidente e inquestionável a forte carga de subjetivismo na escolha do vencedor de um concurso.

propiciaria a ocultação de preferências arbitrárias. Como decorrência, acabariam sendo legitimadas escolhas que nunca seriam aceitas se produzidas **sem** licitação. É que a vitória na licitação seria o meio para neutralizar críticas por escolhas claramente abusivas.

V.3 A INVIABILIDADE DERIVADA DA AUSÊNCIA DE HOMOGENEIDADE: INC. II

Uma terceira alternativa se configura no caso do inc. II, ainda que existam semelhanças com a situação anteriormente examinada.

O inc. III disciplina hipótese em que a prestação buscada pelo Estado produzirá a materialização de valores estéticos. No caso do inc. II, a atuação do particular consubstancia valores de outra ordem.¹⁹

A categoria disciplinada pelo art. 25, inc. II, abrange diferentes manifestações de habilidade. Certamente, porém, essas habilidades não podem ser reconduzidas à dimensão puramente estética. Os contratos a que alude o dispositivo não se apresentam como via para execução de obras de arte — o que permite clara e inquestionável diferenciação com o repertório disciplinado pelo inc. III do mesmo artigo.

Consideram-se, no caso do inc. II, serviços técnicos (“profissionais especializados”), o que significa uma atuação de natureza utilitária ou pragmática. No caso do inc. lido art. 25, a contratação é instrumento de produção de alteração no mundo físico ou social, através da aplicação do conhecimento teórico-científico e da habilidade prática.

Por outro lado, os serviços técnicos albergados no inc. II refletem também, a atuação **pessoal** de um ser humano, com cunho de transformação do conhecimento teórico-geral ou da inventividade em solução prática-concreta.

No caso, a necessidade experimentada pela Administração Pública, que motiva a contratação administrativa do particular, poderá demandar a aplicação de instrumentos e equipamentos — mas apenas poderá ser satisfeita por meio da utilização da capacidade humana de transformar conhecimento teórico em solução prática.

Embora algumas características sejam melhor avaliáveis através do exame da natureza “singular” do objeto — tema que será examinado adiante —, os dados acima permitem identificar as particularidades da inviabilidade de competição peculiar à situação do inc. II.

A natureza da prestação produzida nos serviços técnicos profissionais especializados reflete a habilidade subjetiva de produzir a transformação de conhecimento teórico em solução prática.

Isso significa que cada prestação traduzirá um elemento subjetivo, decorrente da função de “intermediação” (entre conhecimento teórico e solução prática) desenvolvida pelo prestador do serviço. Cada presta-dor do serviço desenvolverá atuação peculiar, inconfundível, reflexo de sua criatividade — criatividade essa que é precisamente o que a Administração busca.²⁰

¹⁹ Ressalvada, sob certo ângulo, a hipótese contida no sri. 13, inc. VII, da Lei nH 8.666, que alude à restauração de obras de arte e bens de valor histórico, O tema é impertinente para o presente artigo, envolvendo determinar a natureza da atividade de restauração: trata-se de arte” ou técnica”? A resposta mais acertada parece ser a de que se trata tanto de uma como de outra.

²⁰ Nesse ponto, há evidente proximidade entre o pensamento exposto e as considerações de TERCIO

A contratação de serviços, nos casos do inc. II do art. 25, visa obter não apenas uma utilidade material. É evidente que interessa à Administração a produção de um certo resultado, mas a contratação também é norteadada pela concepção de que esse resultado somente poderá ser alcançado se for possível contar com uma capacidade intelectual extraordinária. O que a Administração busca, então, é o desempenho pessoal de ser humano dotado de capacidade especial de aplicar o conhecimento teórico para a solução de problemas do mundo real.

Ora, essas circunstâncias significam que cada sujeito encarregado de promover o serviço produzirá alternativas qualitativamente distintas. As soluções serão tão variadas e diversas entre si como as características subjetivas da criatividade de cada ser humano.

Considere-se o exemplo do exercício da advocacia forense. Consultem-se diversos advogados e cada qual identificará diversas soluções para condução da causa. Todas elas poderão ser cientificamente defensáveis e será problemático afirmar que uma é “mais certa” do que outra. Algumas alternativas poderão ser qualificadas como “erradas”, mas mesmo essa qualificação poderá ser desmentida pela evolução dos fatos e tendo em vista a natureza contextual dos problemas enfrentados.

A inviabilidade de competição, no caso examinado, envolve alguns pontos comuns com a situação prevista no inc. III, com inúmeras outras peculiaridades.

Em primeiro lugar, configura-se também a inviabilidade de seleção fundada em critérios objetivos, mas por outros motivos.

Não se trata de variações subjetivas inerentes à avaliação estética, mas da impossibilidade de comparação objetiva entre alternativas heterogêneas, cuja implementação dependerá da capacidade intelectual e da habilidade prática de cada ser humano. A cada profissional corresponde uma “proposta de solução” diversa para as necessidades da Administração Pública, sendo impossível determinar antecipadamente qual a melhor proposta de solução— inclusive porque essa avaliação dependerá da evolução dos fatos.

Ou seja, a impossibilidade de julgamento objetivo deriva da limitação da capacidade de avaliação humana. A heterogeneidade das alternativas inviabiliza comparação objetiva entre elas. Se houvesse um cotejo entre diferentes propostas, o julgamento ou se fundaria em critérios subjetivos do julgador ou em características alheias à proposta propriamente dita.

Assim, poderia selecionar-se um dos possíveis interessados segundo o critério de conhecimento teórico ou pelo desempenho anterior em contratos semelhantes. Isso não asseguraria que a Administração estaria julgando objetivamente a melhor proposta.

Por fim, não se olvide que a natureza da questão envolve uma impossibilidade de avaliar a prestação que será executada a partir meramente da *proposta* formulada. Outro exemplo permite compreender a profundidade da distinção. Consultem-se dois cirurgiões, a propósito de uma certa operação cirúrgica. Ambos poderão sugerir procedimento técnico essencialmente idêntico, mas o essencial será a habilidade

empregada para sua realização. Ou seja, não basta o domínio abstrato da teoria. Nos casos de serviços técnicos profissionais especializados, é imperioso ser titular de habilidades e conhecimentos que permitam executar concretamente, de modo satisfatório, a prestação de que a Administração necessita. E não há forma de avaliar, previamente, se o sujeito exercitará adequadamente a técnica durante a execução da prestação. Quando muito, será possível verificar a experiência anterior do sujeito, mas isso não fornece maior garantia de que a operação será bem sucedida ou de que se obterá vitória no processo judicial.

V.4 SÍNTESE: INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO

A função paradigmática dos incisos do art. 25 conduz à convicção de que o conceito jurídico-normativo de inviabilidade de competição não se identifica com a tradução literal e estrita do significado das palavras. Trata-se de conceito muito mais amplo.

A inviabilidade de competição se configura não apenas quando a ausência de pluralidade de alternativas afasta a possibilidade de seleção. Pode configurar-se inviabilidade de competição, para os fins do art. 25 da Lei n.º 8.666, mesmo quando existirem no mercado inúmeros particulares em condições equivalentes de desempenhar a prestação necessária à satisfação do interesse público. A inviabilidade de competição também se verificará nos casos em que houver impossibilidade de seleção entre as diversas alternativas segundo um critério objetivo ou quando o critério da vantajosidade for incompatível com a natureza da necessidade a ser atendida.

Essa síntese não esgota os temas relevantes da questão, pertinentes ao presente artigo.

VI. A SINGULARIDADE DO OBJETO

Não se pode ignorar que o inc. II do art. 25 somente admite a contratação direta para os serviços técnicos-profissionais especializados quando configurado um “**objeto singular**”.

VI.1 CONCEITUAÇÃO DE “OBJETO SINGULAR” NA DOUTRINA

Costuma-se definir o objeto singular em face da natureza da prestação ou do sujeito que a executa, na esteira do pensamento de Ferraz e Figueiredo, acima referidos. Assim, por exemplo, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em sua monografia acerca de contratação direta, assevera que: ‘A singularidade [...] é do objeto do contrato [...] Singular é a característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador.’²¹

O texto transcrito revela a preocupação em evitar concentrar-se a investigação apenas nas qualidades subjetivas do particular que viesse a ser contratado. Nisso há total pertinência a ressalva, que se destina a evitar que se reconduza o requisito do “objeto singular” à existência da “notória especialização”. Ou seja, não basta que o sujeito contratado seja titular de uma capacitação específica, mas é imperioso que a

²¹ Contratação direta sem licitação, cit., p. 588

prestação a ser realizada apresente características específicas.

Já outros doutrinadores insistem na relevância da qualificação do sujeito. Nessa linha, Adilson Abreu Dallari sublinha que “O trabalho pode ser considerado singular quando depender das características pessoais do executante”.²²

Essas abordagens não excluem enfoques abrangentes, sintetizados na arguta observação de Lucia Valle Figueiredo, no sentido de que não bastam requisitos subjetivos de especial capacitação do contratado, mas “deverá também estar presente a necessidade técnica da administração de contratá-los, tendo em vista a natureza do objeto pretendido”.²³

Na mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que serviços singulares são “todas as produções intelectuais, realizadas isolada ou conjuntamente — por equipe —, sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal (ou coletiva) expressada em características científicas, técnicas ou artísticas importantes para o preenchimento da necessidade administrativa a ser suprida”.²⁴ Logo adiante, o ilustre pensador assinala que “a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessária, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido”.²⁵

Mas é possível evoluir no tratamento do tema, extraindo outras considerações sobre ele.

VI.2 NATUREZA REFLEXA DA SINGULARIDADE DO OBJETO: O INTERESSE PÚBLICO

Há um ângulo da questão que escapa à expressa manifestação da doutrina, embora esteja implicitamente contido no pensamento dos diversos autores acima referidos. É que o enfoque centrado na singularidade da prestação ou na capacitação peculiar do contratado não exaure a complexidade do problema. Aliás, isso é implicitamente reconhecido por toda a doutrina, inclusive pelos autores acima referidos.

A questão nuclear reside na singularidade (peculiaridade) do **interesse público** a ser satisfeito.

É pouco útil, para fins hermenêuticos, a afirmativa de que a singularidade consiste na configuração especial e peculiar da atividade desenvolvida pelo particular. Ponderação similar pode fazer-se sobre a asserção de que a singularidade se caracteriza como resultado das características peculiares impressas pelo prestador do serviço a sua atividade.

Essas ponderações conduzem a um impasse porque, sob determinados ângulos, **todos** os serviços são singulares, na medida em que a necessária participação de um ser humano se reflete em características pessoais e inconfundíveis.

Ora, considerar a questão sob esse ângulo tomaria inútil a cláusula legislativa do

²² *Aspectos jurídicos da licitação*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 52.

²³ *Direitos dos licitantes*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 29. Em sentido similar, VERA LÚCIA MACHADO D'AVILA aponta que “Singular é o serviço que, por suas características intrínsecas, não é confundível com outro”. Mas acrescenta que a contratação direta apenas poderá ocorrer quando comprovada a notória especialização e a necessidade dessa especialização (DI PIETRO, Maria Sylvia Zaneila (Org.). *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 65.66).

²⁴ *Curso* [...], cit., p. 495.

²⁵ *Curso* [...], cit., p. 502

art. 25, inc. II. É que todo e qualquer serviço (mesmo os não caracterizáveis como técnicos-profissionais especializados) teria de ser reconhecido como comportando objeto singular.

O que se defende é alterar o núcleo do enfoque, deixando de considerar como mais relevante o objeto a ser executado. O fundamental é o interesse público a ser satisfeito. A singularidade do objeto adquire relevância para fins do art. 25, inc. II, como mero reflexo da peculiaridade do interesse público a ser satisfeito.

Em outras palavras, *singular* não é o objeto do serviço, mas o interesse público concreto titularizado pela Administração. Não obstante, neste aspecto, Celso Antônio Bandeira de Meio refira-se que são singulares os estilos ou orientação pessoal dos prestadores de serviço, o que “não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço.”²⁶

O interesse público, a ser satisfeito através da contratação, será “**singular**” na medida em que escapar ao padrão de normalidade das atividades e dos recursos disponíveis no âmbito da Administração. Mais ainda, quando a necessidade administrativa apresentar tamanha complexidade e heterodoxia que não haja disponibilidade para sua satisfação através quer dos recursos materiais e humanos da própria Administração, quer por parte de um sujeito ou empresa de capacitação comum, média, regular.

Portanto, a prioridade do exame não se dirige nem ao sujeito a ser contratado nem à atividade que desempenhará, mas às necessidades e peculiaridades da própria Administração. A singularidade consiste na caracterização da anomalia — mas verificada em face das características da própria Administração.

Daí deriva a impossibilidade de caracterizar como singular uma certa prestação de serviço considerada em si mesma. A qualificação da singularidade depende da circunstância concreta, em face de cada caso específico, tomando em vista a entidade administrativa que desempenha atuação determinada.

Logo, a singularidade do objeto variará no tempo e no espaço, podendo ser diversamente qualificada em cada oportunidade. Determinada contratação poderá envolver singularidade de objeto em um caso, mas ser diversamente considerada em outro.

Utilize-se como paradigma de enfoque a temática da prestação de serviços advocatícios. Imagine-se uma entidade administrativa encarregada da construção de rodovias. Afigura-se evidente que sua participação em processos judiciais de desapropriação não caracterizará, de regra, hipóteses de um serviço de natureza singular. É que a atuação diuturna da Administração Pública, no âmbito daquela unidade administrativa, pressupõe a permanente e rotineira participação em litígios dessa natureza. Logo e em princípio, não caberá recorrer a serviços de terceiros, não integrantes da Administração Pública, para o desempenho de atividades advocatícias nesse setor. No entanto e se presentes os pressupostos para tanto, a solução mais adequada será promover a licitação — com ressalvas de situações que serão adiante expostas.

Contraponha-se a situação de uma entidade administrativa cuja missão seja a prestação de serviços de saúde e que, num caso concreto, veja-se diante da necessidade de promover desapropriação para edificar determinado hospital. Um

²⁶ *Curso [...]*, cit., p. 495

processo judicial daí derivado poderá ser qualificado como prestação de serviço de natureza singular.

Ou seja, considerando-se todas as situações concretas que deverão ser satisfeitas pela Administração Pública, pode-se estabelecer uma média de normalidade. Haverá singularidade quando o interesse público escapar a essa média. Isso se passa quando o interesse público não puder ser satisfeito segundo as soluções comuns e normais. Em tal hipótese, os recursos de que dispõe a Administração são insuficientes para atender às exigências. Mais ainda, a singularidade para fins de contratação direta se configurará quando os recursos disponíveis pela média dos particulares também se apresentam como inadequados.

A singularidade do objeto consiste na existência de peculiaridade no interesse público que exige solução não padronizada, específica para o caso concreto. Verifica-se a necessidade de produzir, para cada caso, a solução adequada a satisfazer interesse público peculiar. Isso se passará em todas as hipóteses de produção de um objeto diferenciado daqueles fornecidos por uma pluralidade de agentes no mercado. A singularidade se relaciona com a necessidade de solução original, que contenha resposta às exigências incomuns que o interesse público apresenta.

A singularidade do interesse público acarreta espécie de “infungibilidade” entre as prestações imagináveis para sua satisfação. Não é possível supor que qualquer prestação, integrante de uma categoria, atenderia ao interesse público, em termos equivalentes. Apenas as prestações que apresentem alguma característica especial, correspondente à peculiaridade do interesse público, é que servem para o Estado.

VI.3 A RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE “INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO”

É possível — ou melhor, necessário — reconstruir toda a disciplina da inviabilidade de competição a partir do enfoque centrado na singularidade do interesse perseguido pela Administração Pública. Em última análise, a questão estará presente em todos os casos de contratação direta por inexigibilidade e não apenas nas situações de serviço técnico profissional especializado.

No entanto, é relevante apontar que a singularidade do interesse público permite compreender muito mais adequadamente o instituto da inviabilidade de competição, inclusive no tocante a hipóteses não enquadráveis direta e imediatamente na disciplina dos três incisos do art. 25 da Lei n.º 8.666. Essa era a tese defendida, por exemplo, por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que o art. 25, *caput*, continha uma regra geral autorizadora da contratação direta nas hipóteses em que a realização da licitação frustrasse a finalidade da atividade administrativa. É o que se retrata no trecho seguinte:

Em suma: sempre que se possa detectar uma **induidosa** e **objetiva** contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo

no art. 25, **caput**.²⁷

De modo similar, Hely Lopes Meirelles já assinalava, anteriormente, que “casuísmo e a inépcia do legislador não podem ser invocados para impor o procedimento licitatório quando este se mostrar absolutamente incompatível com a orientação pretendida pela Administração”.²⁸

A inexigibilidade de licitação abrange também os casos em que a contratação necessária a satisfazer o interesse público é incompatível com a natureza do procedimento licitatório. Mas a apuração dessa situação depende da verificação das circunstâncias de cada caso — não é possível estabelecer cláusulas genéricas e abstratas acerca do assunto. Sobre o tema se voltará adiante, para esclarecer como a relevância e a peculiaridade do interesse público a ser satisfeito poderá desembocar na contratação direta.

VI. 4 A ORIENTAÇÃO DOUTRINÁRIA TRADICIONAL

As considerações acima realizadas não refletem discordância acerca da essência do entendimento tradicionalmente exposto a propósito da singularidade do objeto. São encampados todos os posicionamentos doutrinários acerca da inviabilidade de competição no caso de serviços técnicos-profissionais especializados, de natureza singular.

Destaca-se, tão-somente, a necessidade de avaliar as características e circunstâncias da entidade contratante, como fórmula essencial para identificar a singularidade do objeto.

Sob esse ângulo, as meditações anteriores refletem inclusive preocupação que se encontra, tal como acima já apontado, subjacente em todas as manifestações doutrinárias — especialmente no pensamento de Lucia Valle Figueiredo. Assim é possível afirmar porque as concepções tradicionais sempre apontam que o serviço contratado com base no art. 25, inc. II deve ser **necessário** para a Administração. Através dessa fórmula, insiste-se no requisito da **pertinência** entre as características especiais da atividade a ser desempenhada pelo particular e a situação concreta da Administração. Está aí implícita a afirmação da relevância da situação concreta da Administração como critério para identificar os casos de inviabilidade de competição.

Afigura-se, no entanto, que o pensamento doutrinário tradicional não atribuiu à necessidade pública a posição de primazia fundamental que apresenta e que permite identificar o núcleo do conceito de singularidade. Essa relevância apenas acessória acaba por dificultar a solução dos problemas práticos, eis que induzo aplicador do Direito a imaginar a possibilidade de identificar a singularidade como algo externo ou prévio à contratação, desvinculado da situação concreta de cada caso ou estranho ao interesse estatal que a contratação visa a satisfazer.

Em última análise, as considerações acima não envolvem discordância com a doutrina tradicional, mas apenas o destaque a um ângulo que não recebeu destaque correspondente à sua relevância.

²⁷ *Curso [...]*, cit., p. 501.

²⁸ *Estudos e Pareceres de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 11, p. 25..

VII. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO E ESCOLHA DISCRICIONÁRIA

Por outro lado, a ausência de critério objetivo predeterminado para seleção de melhor proposta não é incompatível com o sistema jurídico. De modo geral, a situação é similar àquela que se passa quando a Administração exercita competência discricionária.

VII.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DISCRICIONARIEDADE

Não caberia nos limites deste estudo uma investigação mais aprofundada **acerca do instituto da** discricionariiedade. Bastam, porém, algumas considerações genéricas.

Seria desnecessário insistir acerca da diferença entre discricionariiedade e arbitrariedade. A discricionariiedade consiste numa autonomia de escolha exercitada sob a égide da Lei e nos limites do Direito.

Isso significa que a discricionariiedade não se confunde com a prepotência do governante. Não indica a faculdade de escolher ao bel-prazer, por liberalidade ou para satisfação de interesses secundários ou reprováveis.

A discricionariiedade administrativa se configura quando a solução a ser dada ao caso concreto não se encontra predeterminada (total ou parcialmente) na disciplina legislativa. A regulação legislativa reconhece uma margem de autonomia para o administrador formular sua decisão em face das circunstâncias apuradas na situação real, o que significa a admissão de soluções diversas para hipóteses fáticas similares.

As manifestações de autonomia autorizadas pelo legislador podem ser mais ou menos intensas. Não existe uma fórmula única nem se pode reputar que a discricionariiedade administrativa se vincule especificamente a um ângulo ou aspecto da própria norma atributiva da competência.

Ou seja, admite-se que a discricionariiedade se manifeste tanto na chamada “hipótese de incidência” (*fattispecie*) normativa como no tocante ao mandamento. Daí deriva que a margem de autonomia reconhecida ao administrador tanto poderá abarcar a avaliação dos pressupostos para exercício de um poder decisório como o próprio conteúdo da decisão a ser adotada. Sob um certo ângulo, essa característica da discricionariiedade é exposta na fórmula “oportunidade e conveniência”. A oportunidade se relaciona com o “momento” (hipótese de incidência), enquanto a conveniência se vincula ao “conteúdo” (mandamento) da decisão.

As fórmulas de atribuição normativa de autonomia ao administrador são variáveis. A lei pode estabelecer parâmetros de natureza diversa, com graus distintos de vinculação para o administrador.

Em alguns casos, o legislador adota conceitos próprios das ciências exatas — o que submete o administrador a adotar providências dependentes da apuração da verdade dos fatos “científica”. Então, a escolha do administrador não se fará segundo uma avaliação pessoal e subjetiva dos pressupostos ou das soluções a adotar. Deverá apurar a solução indicável segundo os critérios das ciências físico-químicas. O exemplo clássico é o da determinação do sacrifício de animais contaminados por determinada doença contagiosa.²⁹

²⁹ Costuma-se utilizar a expressão “discricionariiedade técnica” para indicar essas situações. Há

Em outros casos, remete-se a valorações predominantes no âmbito da vida social, o que exclui critérios rigorosamente objetivos, dotados de alguma força de convicção modelada pelo pensamento da física newtoniana. Em tais situações, o administrador terá o dever de adotar a solução compatível com as valorações sociais. O menor grau de certeza acerca da melhor solução equivale à atribuição ao administrador de competência para decidir segundo uma visão estritamente pessoal. O caso sempre lembrado é aquele das providências de defesa da moralidade pública.

Há situações em que a lei não estabelece como parâmetro decisório senão a finalidade: a satisfação excelente do bem comum. Nesse caso, o administrador dispõe da competência para avaliar os fatos e circunstâncias e escolher, segundo critérios os mais lógicos possíveis, a melhor solução para o caso concreto. Assim se pode configurar, por exemplo, a determinação pela autoridade administrativa das mãos de direção para o tráfego das vias urbanas.

Seria um equívoco imaginar, no entanto, que essas três alternativas sintetizam as fórmulas de atribuição da autonomia à autoridade administrativa. Existem inúmeras outras modalidades, num universo quase ilimitado produzido pela tradição e pela cultura de determinada civilização.

VII.2 DISCRICIONARIEDADE E LICITAÇÃO

A competência para selecionar o particular a ser contratado envolve, por igual, uma certa margem de autonomia para a Administração, ainda quando decorrente de uma licitação.

Nos casos de licitação, a lei não determina a identidade do sujeito a ser contratado. Impõe, no entanto, que a Administração fixe critérios objetivos para uma seleção a fazer-se futuramente. Sob um certo ângulo, a decisão acerca do sujeito a ser contratado poderia ser aproximada ao primeiro exemplo acima referido (discricionariedade técnica). Numa licitação, pode verificar-se objetivamente quem apresentou a melhor proposta. A escolha diz-se vinculada apenas na acepção de que a Administração não pode infringir os critérios de escolha previamente eleitos.

Já nas hipóteses de contratação direta, a margem de autonomia da Administração será variável em função das circunstâncias. Assim, por exemplo, será inexistente a autonomia de escolha do particular a ser contratado nos casos de inexigibilidade de licitação por ausência de pluralidade de alternativas. Muito diferente será a situação quando contratação envolver profissional do setor artístico.

Mas a existência de uma margem de autonomia para a seleção do particular, nas hipóteses de contratação direta, não é incompatível com a ordem jurídica. Trata-se de mais uma manifestação de competência discricionária, dentre tantas consagradas em nosso sistema.³⁰

respeitável orientação no sentido de negar o cunho piopflamente discricionário da figura. Confira-se a exposição em obra específica do autor sobre o tema (*O Direito das Agências Reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 525 et seq.).

³⁰ Acerca da discricionariedade administrativa como instrumento jurídico para seleção da solução mais

Ressalte-se que isso não significa admitir que decisão sobre a identidade do particular a ser contratado seja justificada pela simples condição de titularidade da competência. Discricionariedade não autoriza que o administrador escolha uma certa alternativa porque “quer”. Ela significa uma margem de autonomia de vontade, mas também se identifica como exercício de **função**. A autonomia de vontade a que se alude não é aquela existente no âmbito da atividade privada. Não é a vontade do príncipe, do proprietário privado, do “dominus”. É a vontade do exercente da função pública, encarregado de realizar o bem comum.

Justamente por ser vontade **sob** o Direito, admite limitações e controles, de acordo com os instrumentos jurídicos tradicionalmente desenvolvidos para controle da atuação administrativa (desvio de finalidade, abuso de poder etc.).

A ausência de critério objetivo para selecionar a melhor proposta significa a inaptidão para escolher a melhor alternativa através da subsunção do caso concreto a critérios determinados e precisos. Trata-se da impossibilidade de utilização de critério único, que retrate automaticamente a solução mais satisfatória para o interesse público.

Mas isso não equivale a liberar o administrador a realizar qualquer escolha. A ausência de critério objetivo não significa atribuição de arbítrio para a decisão.

Logo, serão inválidas as escolhas fundadas no puro e simples subjetivismo do administrador, o que configurará arbítrio incompatível com a ordem jurídica.

Então, ausência de critério objetivo não equivale a subjetivismo decisório, O administrador tem o dever de avaliar todas as alternativas disponíveis e escolher aquela que se afigurar como a melhor. Isso significa a adoção de certos critérios relacionados com o atingimento do fim de interesse coletivo.

Portanto, a decisão acerca do particular a ser contratado refletirá uma avaliação das necessidades públicas, das características da prestação a ser realizada e da identidade e das condições propostas pelo particular. Essa avaliação deverá fazer-se segundo o critério de razoabilidade, ainda quando as peculiaridades do caso concreto impeçam a formulação de juízo dotado de certeza científica.

Poder-se-ia aplicar uma fórmula tradicional ao Direito Administrativo, afirmando que a decisão acerca da contratação direta comporta controle negativo. Ou seja, a dificuldade acerca da comprovação da correção do mérito do ato não exclui a possibilidade de controle acerca de sua incorreção.

Dito de outro modo, será reprovável a decisão administrativa quando evidenciável que a escolha, para fins de contratação direta, recaiu sobre alternativa inadequada lógica ou faticamente para realização do interesse público.

A impossibilidade de identificação da melhor solução não significa a ausência de reprovação do ato quando evidenciado ser a pior alternativa. Mais do que isso, quando a decisão for inadequada à realização do interesse público, deverá ser invalidada porque maculada pela ilegalidade. Mais ainda, somente será válida a decisão quando se enquadrar como uma “possível” solução mais adequada.

Assim colocada a questão, afasta-se inclusive a violação ao princípio da isonomia.

VII.2 DISCRICIONARIEDADE E ISONOMIA NA CONTRATAÇÃO DIRETA

Lembre-se que a licitação se orienta não apenas a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, mas também a promover a realização do princípio da isonomia. Por ocasião da licitação, a escolha de um certo particular para contratar com a Administração deve justificar-se nas vantagens por ele oferecidas, que se revelam objetivamente como a melhor alternativa. Logo, a escolha de um certo particular para contratar com a Administração não importará um benefício indevido ou reprovável.

Alguém poderia afirmar que, na contratação direta, põe-se em cheque o princípio da isonomia. Afinal, uma escolha desvinculada de critérios rigorosamente objetivos seria caracterizável como discriminatória.

Sob um certo ângulo, o argumento prova demais, eis que conduz a um impasse. Se a escolha fosse inválida porque não fundada em critérios rigorosamente objetivos, qualquer decisão seria viciada. Mais ainda, qualquer decisão de natureza discricionária poderia gerar idêntica crítica. Logo, acabaria por eliminar-se a contratação direta, senão a competência discricionária. Enfim, a crítica conduziria a resultado mais maléfico do que o potencial efeito negativo decorrente da situação criticada.

Mas o argumento é, em si mesmo, improcedente.

Quando a Administração seleciona alternativa teoricamente adequada e que reúne condições de ser qualificada como a melhor, não se caracteriza infração ao princípio da isonomia — pelos mesmos motivos pelos quais não se pode imputar infração ao princípio da supremacia do interesse público. Os mesmos argumentos que validam a escolha sob o ângulo da satis

fação do interesse público também se prestam a imunizá-la em face do princípio da isonomia.

A impossibilidade de afirmar que aquela escolha não é a melhor conduz à impossibilidade de reconhecer a infração ao princípio da isonomia. Sim, porque se a decisão for a melhor, então não há ofensa à isonomia.

VIII. OS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO NA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A seleção de um particular para fins de contratação direta configura ato administrativo discricionário. Como tal, sujeita-se aos princípios e controles albergados genericamente no âmbito do Direito Administrativo. Não cabe produzir investigação sobre essas questões gerais, mas é necessário enfrentar as restrições específicas à contratação direta.

VIII.1 O REQUISITO DA “NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO”

Apurada a necessidade da contratação e configurada a inviabilidade de competição para contratação de um prestador de serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular, a Administração deverá selecionar um sujeito em condições adequadas e satisfatórias. Essa escolha é discricionária, o que não significa — como visto — ausência de limites às escolhas subjetivas da Administração.

A primeira e mais evidente delimitação da liberdade consta do próprio art. 25, inc. II, da Lei nº8.666. Ali se determina que a escolha do particular a ser contratado deverá recair sobre profissional titular de notória especialização.

A notória especialização configura-se pela conjugação de diversos aspectos.

Em primeiro lugar, exige-se uma qualidade subjetiva do sujeito. A Administração deve escolher um profissional titular de especialização. Ou seja, deve verificar-se a adequação entre a singularidade do interesse público a ser satisfeito e as qualidades subjetivas do particular a ser contratado.

Nesses casos, o interesse público apresenta especialidades anômalas que inviabilizam seu atendimento quer através do corpo de servidores da entidade Administrativa como por profissionais destituídos de especialidade.

Sob um certo ângulo, pode dizer-se que o motivo determinante da ausência de licitação é a especialidade do interesse público a ser satisfeito.

Por decorrência, a contratação somente pode realizar-se em favor de um sujeito **capacitado** ao desempenho satisfatório do objeto contratual.

Mas a avaliação acerca da especialização do sujeito não é deferida à autoridade administrativa. Ou melhor, a Administração Pública disporá da discricionariedade de escolha de um dentre os profissionais que, objetivamente, disponham de requisitos de especialização.

Para tanto, a Lei exige a necessidade da **notória** especialização. Isso significa que a comunidade deve prestar ao contratado o respeito correspondente a essa especialização, reconhecendo-o como um profissional qualificado para o desempenho de atividades especiais.

A notória especialização deriva não da reputação difusa que o sujeito possa deter, mas do desempenho anterior da atividade profissional. Configura-se como qualificação técnica retratada em eventos materiais objetivos, tais como a titularidade de grau de pós-graduação, o exercício continuado da profissão especializada, a autoria de livros e assim por diante., A Lei não exaure o elenco de situações comprobatórias da especialização, mas exige a existência de elementos objetivos.

Determina-se, ademais, que o reconhecimento especializado acerca das qualidades do sujeito e a experiência anterior de que seja titular induzam à convicção de que sua atuação será a mais adequada para satisfazer o interesse público.

A disciplina legal comporta duas considerações.

A primeira é a de que a escolha do profissional a ser contratado será, sempre, norteadada pela apuração da complexidade do interesse público a ser satisfeito. Sempre será possível distinguir níveis de complexidade (singularidade) acerca da prestação a ser executada. Muitas vezes, a singularidade exigirá a contratação direta, mas sem que importe a necessidade de contratação do “melhor profissional disponível”.

A ressalva se destina a evitar constranger a Administração a realizar a contratação com um sujeito titular de especialização superior à necessária. A ressalva é relevante porque, usualmente, a dimensão da remuneração exigida pelos particulares é proporcional à dimensão de sua especialização e de seu renome.

Em suma, a escolha deve ser norteadada pelo princípio da eficiência, de molde a assegurar que a Administração obtenha a contratação de que necessite, mas desembolsando a menor importância possível.

Em segundo lugar, a redação legislativa não pode ser interpretada na acepção da existência de um único sujeito em condições de satisfazer o interesse público. Não é possível imaginar que a Administração disporia de condições de identificar uma certa solução como a **melhor** possível segundo critérios objetivos. Essa possibilidade não existe, na situação disciplinada pelo art. 25, inc. II, da Lei de Licitações. Tal como

exposto acima, exige-se que a solução adotada pela Administração se revista de requisitos e cautelas que evidenciem a **possibilidade** de ser ela a melhor solução.

VIII.2 A CLÁUSULA “ESSENCIAL E INDISCUTIVELMENTE”

Não parece ao signatário que a cláusula “essencial e indiscutivelmente”, inscrita no texto do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666 seja apta a afastar as considerações acima.

Quando se trata de avaliação da capacitação pessoal de um particular desempenhar atividades teórico-práticas, a notória especialização nem sempre pode propiciar alguma convicção excludente de qualquer dúvida. Aliás, somente em situações muito raras poderia configurar-se situação dessa ordem.

O motivo fundamental deriva da própria natureza da atividade e das circunstâncias que tornam **inviável a competição**. Trata-se da ausência de critérios objetivos de julgamento.

Por outro lado, uma solução dessa ordem conduziria a impasse hermenêutico invencível. Um exemplo prático permite compreender que a finalidade da norma não pode ser extraída através da mera leitura das palavras.

Suponha-se situação esdrúxula em que existam dois profissionais de **idêntica** notoriedade. O exame das circunstâncias conduz à convicção de que **qualquer um dos dois** poderia executar do modo o mais satisfatório possível a contratação.

Se fosse afirmado que, nesse caso, haveria viabilidade de competição, surgiria o risco de abrir-se o certame e nenhum dos dois comparecer para licitar. Logo, qual seria a solução? A Administração poderia, então, revogar a licitação e contratar diretamente um deles? Mas, se o fizesse, não estaria a exercer o mesmo juízo de discricionariedade de que se cogita na contratação direta? A resposta é positiva, eis que tanto faria contratar um ou outro. Se a contratação de um ou outro é indiferente, a escolha pode realizar-se discricionariamente pela Administração. E, se tal é admissível no momento posterior, também o seria no momento anterior.

A questão fundamental, no entanto, é outra. Reside na impossibilidade de definir com absoluta certeza ser um determinado sujeito inquestionavelmente aquele que se encontra em melhores condições de executar objeto de que necessita a Administração.

Em última análise, a própria exigência da **singularidade** do objeto acaba por tornar impossível a certeza acerca da condição do sujeito. A singularidade se traduz na capacitação subjetiva para produzir prestação única e inconfundível. Bem por isso, é impossível estabelecer um padrão de comparação dessa natureza.

Daí extrair-se que a Administração deverá contratar aquele que disponha de notória especialização e que apresente condições de executar, do modo mais satisfatório imaginável, o objeto do contrato. Isso não conduz, no entanto, à necessidade de comprovar-se — prova impossível de ser produzida — ser a atuação daquele sujeito a mais adequada em termos de certeza absoluta.

VIII.3 OS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO CONCRETA

Pode supor-se, então, a disponibilidade no mundo real de diferentes profissionais especializados, em situação equivalente. É perfeitamente admissível que determinada atividade, de cunho singular, possa ser desempenhada por sujeitos distintos. Imagine-se que todos eles sejam titulares de notória especialização, com desempenho anterior

significativo e evidenciador da titularidade dos requisitos para contratação pela Administração Pública.

É evidente que a solução não será realizar licitação entre eles. Adotar esse entendimento corresponderia a infringir diretamente o art. 25, inc. II, da Lei nº 8.666, gerando uma disputa que não será decidida segundo critérios objetivos. A competição será inviável, por todos os inúmeros argumentos tantas vezes repetidos neste estudo.

Nem seria satisfatório produzir a escolha segundo um critério aleatório, tal como o do sorteio. Somente se admite esse desenlace, nas licitações subordinadas à Lei nº 8.666, quando todas as alternativas se revelarem vantagem efetiva e equivalente sob o ponto de vista objetivo. Em tal situação, torna-se indiferente para a Administração a contratação de qualquer dos licitantes.

Seria absolutamente antijurídico produzir a escolha por sorteio num caso de atribuição de competência discricionária para decidir. Poderia caracterizar, inclusive, desvio de finalidade. Afinal, se a Lei configurou a competência como discricionária, isso apenas pode derivar da necessidade de identificação, no caso concreto, da melhor solução. Aplicar o sorteio equivaleria a uma forma de recusa ao cumprimento do dever de identificar a solução mais adequada. Ou seja, a aleatoriedade do destino não é motivo válido para uma decisão de cunho discricionário.

Logo, a escolha da Administração terá de fazer-se segundo critérios discricionários, a partir da análise concreta das condições de cada sujeito e dos interesses públicos a serem satisfeitos.

A Lei não fornece critérios restritivos específicos, eis que cada situação apresentar-se-á como eivada de características próprias.

De modo genérico, a escolha da Administração deverá fundar-se num critério de **confiança**. A afirmativa não deve causar espanto, eis que nela não se contém qualquer infração à ordem jurídica.

Lembre-se a tese tradicional de que o contrato administrativo é pactuado *intuitu personae*. Isso significa que a identidade do particular e suas condições pessoais são relevantes para a Administração, a qual nelas fundamenta sua escolha.

O critério da confiança não deve ser confundido com a “simpatia”. Não se trata de produzir a escolha através de preferências derivadas de processos psicológicos inconscientes. A confiança não consiste na opção arbitrária por um sujeito que compartilhe de gostos e idiosincrasias com o agente administrativo.

A confiança é um vínculo de natureza subjetiva fundado em dados do mundo real. Confia-se em certo profissional por ele revelar, na sua conduta e nos seus antecedentes, a habilidade necessária para satisfazer as necessidades públicas. Para fins da contratação, a confiança é decorrente do respeito despertado por um certo sujeito, que apresenta indicativos externos de capacitação para produzir a melhor solução para o caso. Mas se revela como algo mais do que o simples respeito. Até pode verificar-se que todos os profissionais de notória especialização merecem respeito equivalente, mas nem todos despertarão idêntico grau de confiabilidade.

A confiança a que se alude é aquela produzida a partir de um conjunto de aspectos dotados de alguma objetividade, ainda que seja impossível enumerá-los todos ou avaliá-los segundo pautas rigorosamente científicas. Reflete a identificação de qualidades profissionais especialmente adequadas à execução do objeto contratual, o que exige um desempenho eivado de habilidades peculiares e especiais, derivadas diretamente da capacidade criativa.

Talvez se pudesse resumir essa proposta com a afirmativa de que a confiança relevante para a contratação é aquela relacionada à habilidade evidenciada pelo particular para solucionar o problema concreto enfrentado pela Administração.

É evidente que a Administração deverá realizar as diligências possíveis para formular esse juízo de conveniência acerca da melhor solução. Isso significa estabelecer contacto com diferentes profissionais, ouvir suas avaliações acerca da problemática enfrentada e verificar se os projetos delineados se coadunam com as perspectivas adotadas pela própria Administração.

IX. A JURISPRUDÊNCIA DO TCU

Pode encontrar-se respaldo para as formulações acima não apenas na doutrina, já invocada. Também a orientação da jurisprudência administrativa confirma as propostas aqui produzidas.

A temática já foi submetida por diversas vezes ao C. Tribunal de Contas da União. As decisões variaram em vista da natureza das circunstâncias e das características de cada caso. Mas há manifestação clássica do ilustre Mm. Carlos Átila, estabelecendo parâmetros com os quais se harmoniza o entendimento acima exposto. Questionava-se contratação direta de serviços de consultoria, efetuada pelo Banco do Brasil S.A. com base no art. 25, inc. II, da Lei nº 8.666. O voto prevalente reconheceu que a norma referida atribui competência discricionária ao gestor administrativo, assujeitando-o ao controle inclusive do Tribunal de Contas. O texto abaixo reproduzido, embora mais alongado, sintetiza entendimento perfeitamente consoante com aquele acima delineado:

Nessa ação de fiscalização e de controle, penso que o Tribunal deve buscar essencialmente verificar se, diante dos elementos de informação que se possa coligir, a decisão adotada pelo administrador atendeu **de forma razoável** às exigências da lei. De posse dos dados e informações sobre o caso concreto, ao fazer essa avaliação, considero essencial, igualmente, que a Corte de Contas esteja criteriosamente atenta à margem de poder discricionário que a lei expressamente confere ao administrador, para decidir em tais situações. A não ser diante de casos em que, como adiante acima, fique flagrante e desenganadamente caracterizada interpretação abusiva do art. 25 da Lei das Licitações, entendo que o Tribunal deve respeitar a opção adotada pelo administrador no momento de aplicá-lo.

[...]

Se concordo inteiramente com a instrução nesse particular, dela divirjo entretanto, data vênua, quando afirma que somente pode haver uma única — e não mais de uma — empresa com notória especialização em determinado setor de atividade. Não é isso o que dispõe a Lei nº 8.666/93 [...]

Note-se que o adjetivo “singular” não significa necessariamente “único” [...] Se “singular” significasse “único”, seria o mesmo que “exclusivo”, e portanto o dispositivo seria inútil, pois estaria redundando o inc. I imediatamente anterior.

[...]

Ressalvadas sempre as hipóteses de interpretações flagrantemente abusivas, defendo assim a tese de que se deve preservar margens flexíveis para que o gestor exerça esse poder discricionário que a lei lhe outorga.³¹

De qualquer forma, a posição do C. Tribunal de Contas da União é no sentido de que cada caso seja analisado criteriosamente. Na Representação apresentada por equipe de auditoria da SECEX/BA em razão de supostas irregularidades na contratação de escritório de advocacia pela Companhia Hidro Elétrica do São Francisco — CHESF para atuação judicial, aquele Tribunal entendeu pela improcedência, conforme se extrai do relatório do Ministro Ubiratan Aguiar:

Poder-se-ia discutir se, no caso, como quer a parte final do parágrafo 1º do art. 25, se o trabalho do executante a contratar “é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”. Quanto à essencialidade, nenhuma dúvida, pois não se pode sequer admitir-se a não interposição da apelação; quanto à indiscutibilidade de ser o mais adequado, tem-se aqui um dado de difícil aferição, pois há um forte componente de subjetividade no entendimento do que possa ser o mais adequado; se a Diretoria entende que é o mais adequado, dada a elevada consideração que se tem do Escritório [...] nos meios forenses nacionais, mesmo que isso signifique desconsiderar a possível capacitação dos advogados do quadro da Empresa, o entendimento pode ser acolhido à luz do volume de prestígio do referido Escritório se considerada a everestiana soma em causa; registre-se essa circunstância, como causa de socorrer-se a Empresa de advogado externo: é o montante do valor em litígio que aconselha essa contratação e não a falta de competência dos advogados do quadro.³¹

O critério discricionário foi expressamente aprovado em outra oportunidade tal como se observa na Decisão no 439/98, que envolvia solução para contratação de instrutores para realização de cursos de treinamento de pessoal. O voto do Mm. Ademar Ghisi consignou que “é difícil estabelecer padrões adequados de competição para escolher isentamente entre diferentes professores ou cursos, tornando-se complicado comparar o talento e capacidade didática dos diversos mestres”.³³

X. CONCLUSÃO

A inviabilidade de competição, nas situações referidas no art. 25, inc. II, da Lei de Licitações configura-se pelo concurso de inúmeros requisitos.

Em primeiro lugar, tem de examinar-se a natureza do interesse público concreto a ser atendido e as condições de seu atendimento através dos recursos disponíveis no âmbito interno do próprio ente administrativo.

Nesse ponto, está em jogo não propriamente a definição da inviabilidade de competição, mas a apuração da necessidade de contratação de um sujeito privado, alheio aos quadros da entidade.

³² TC 006.761/2002-8, publicado no *Diário Oficial da União*, em 17/02/2003.

Quando a peculiaridade do interesse a ser satisfeito for de ordem tal que sua satisfação não se evidencie como cabível através dos recursos disponíveis no âmbito da própria administração caberá a contratação de terceiros.

A apuração do cabimento ou não da licitação dar-se-á em momento logicamente posterior. Deverá cotejar-se peculiaridade do interesse público a ser satisfeito com as características de prestações a serem oferecidas pelos sujeitos disponíveis no mercado, titulares de especialização e de notoriedade.

Para esse fim não é determinante a existência de uma pluralidade de sujeitos disponíveis para prestar o serviço para o Estado. Como reconhece toda a doutrina, a inviolabilidade de competição na hipótese do inc. II do art. 25 não se relaciona com a existência de mais de um particular em condições de prestar o serviço.

A inviolabilidade de competição na hipótese, configura-se em primeiro lugar pela peculiaridade do interesse público a ser satisfeito, que não exige atuação criativa de uma pessoa física ou de um conjunto de pessoas, capacitadas a transformar o conhecimento teórico em soluções práticas.

A particularidade da situação, para caracterizar a inviolabilidade de competição, pressupõe que essa habilidade, derivada diretamente da personalidade e capacidade criativa, não esteja difundida entre os profissionais, mesmo especializados.

Ademais disso, a especialidade da situação envolve variáveis tão vinculadas à personalidade do executor da atividade que não comporta seleção dos diversos profissionais segundo um critério de julgamento objetivo. Não há fórmula objetiva que permita identificar uma proposta como a mais vantajosa.

A inviabilidade de competição reflete, no caso, a necessidade de selecionar o particular segundo critérios de natureza subjetiva, que envolvam avaliação complexa acerca da estimativa de que um sujeito se revelará como o mais adequado para atender ao interesse público. Essa escolha deverá orientar-se a obter a melhor solução possível, mas refletirá uma avaliação subjetiva acerca da confiabilidade apresentada por um sujeito — desde que tal pessoa seja dotada de notória especialização.

Um exemplo prático permite uma análise mais detalhada. Suponha-se que uma empresa estatal pretenda contratar uma consultoria externa para elaborar um dado parecer.

Todas as empresas de relevo mantêm corpo de profissionais altamente especializados e qualificados. Mas isso não lhes permite deixar de contratar consultorias externas.

Há dois motivos fundamentais para isso. O primeiro reside no risco da perda de avaliação crítica. A homogeneidade interna e os processos de socialização podem conduzir funcionários à incapacidade de revisão dos processos decisórios adotados. Instaura-se uma espécie de tendência à manutenção do *status quo*, impeditiva do diagnóstico de problemas ou dificuldades relevantes.

Por outro lado, existem necessidades específicas somente atendíveis através de especialistas altamente qualificados, cuja manutenção nos quadros da empresa é impossível e ao mesmo tempo inconveniente.

A medida da singularidade a ser satisfeita se relaciona diretamente com a relevância do tema sobre as quais versar. A complexidade do problema em cada caso concreto poderá demandar a colaboração de sujeitos de elevada capacitação, a qual nunca poderá ser avaliada ao longo de um procedimento licitatório formal.

Realizar licitação nessas situações acarretaria na contratação de um particular

destituído das virtudes indispensáveis, as quais não podem ser avaliadas através de licitação. Talvez até pudesse propiciar uma contratação de valor econômico módico – o que significaria, ainda assim, infração ao dever de eficiência, eis que pagar algo ainda que pouco por uma prestação inútil infringe o princípio da República.