

A NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO NO DECRETO-LEI Nº 2.300/86

TOSHIO MUKAI

1. A notória especialização na doutrina, na legislação e na jurisprudência. 2. Antes e depois do Decreto-lei nº 2.300/86. 3. A inexistência por notória especialização nas empresas estatais.

1. A notória especialização na doutrina, na legislação e na jurisprudência

1.1 Antes da edição do Decreto-lei nº 2.300/86

Sob a égide do Decreto-lei nº 200/67, a hipótese da notória especialização vinha contemplada como um dos casos de dispensa de licitação. Esse diploma legal era muito insuficiente, vez que, em primeiro lugar, não apontava quais os serviços que poderiam ser considerados técnico-especializados, e, em segundo lugar, não traçava nenhuma característica objetiva para se entender qual o profissional ou a firma que poderiam ser considerados de notória especialização.

Daí os abusos que a hipótese acabou propiciando, em inúmeras contratações divorciadas do verdadeiro escopo da regra, chegando-se mesmo, no Brasil, a se transformar, na prática administrativa, aquilo que deveria ser exceção, em regra.

Isto levou o Tribunal de Contas da União a editar uma súmula (nº 39) que praticamente “revogou” a hipótese ventilada, posto que nela o referido Tribunal afirmara que “só seria cabível a dispensa de licitação, no caso, se se tratasse de um ‘serviço inédito ou incomum’, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação”.

Criticando essa posição do TCU, Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, com procedência, verberaram: “Nossa dissidência cinge-se ao trecho destacado: se o serviço é rigorosamente inédito, isto é, nunca visto, original, como pode

haver especialistas em sua execução? Se é apenas incomum, tudo dependerá do caso concreto objetivado. Se, por incomum, só apresenta um possível executante, a hipótese é de impossibilidade de licitação.”¹

Não obstante, a doutrina esforçou-se para assentar orientações a respeito, que aproximassem a hipótese da dispensa de licitação de um razoável e adequado patamar de lógica possível para tal dispensa.

Por sua vez, a legislação paulista fornecera um rol de serviços técnicos especializados que poderiam ser contratados com profissional ou firma de notória especialização (art. 10 da Lei nº 89/72), a par de considerar que ambos (aquele ou aquela) deveriam ser de reconhecida capacidade no campo de sua especialidade.

Hely Lopes Meirelles já prelecionava que somente se justificaria a dispensa de licitação, na hipótese, quando, para a realização de seus fins, a notória especialização avultasse como condicionante da obtenção ou realização segura do propósito da Administração; e tal se daria quando necessitasse esta de trabalhos exatos e confiáveis, sem as delongas naturais da licitação, e que somente poderiam ser realizados por determinados especialistas.²

Foi ainda o saudoso publicista quem asseverou: “Justificam a dispensa da licitação apenas os serviços de alta especialização e de conhecimentos pouco difundidos entre os demais exercentes da mesma atividade.”³

O que levou Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz a afirmarem: “Com essa precisão, torna-se possível reduzir a amplitude da fórmula ‘notória especialização’, sem mais conotações, adotada na lei federal ou nas leis do estado e do município do Rio de Janeiro. Em primeiro lugar, há de se entender que não é qualquer serviço que ensejará a invocação da dispensabilidade: se se deseja a notória especialização do prestador, por imperativo lógico o próprio serviço há de ser especializado.”⁴

Também Celso Antônio Bandeira de Mello, em 1985, afirmara: “Com efeito, segundo nos parece, o caso da notória especialização diz respeito a trabalho marcado por características individualizadoras. Daí a referência a profissional ou firma de notória especialização. A situação ocorre quando o serviço pretendido se caracteriza, como se passa com as produções intelectuais, com as produções artísticas, por um estilo, por u’a marca pessoal ou coletiva, que, de todo modo, singulariza o serviço, pois nele se estampa um cunho próprio do seu autor.”

¹ Figueiredo, Lúcia Valle & Ferraz, Sérgio. *Dispensa de licitação*. Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 76.

² Meirelles, Hely Lopes. Contratação de serviços técnicos com profissional ou firma de notória especialização. In: *Revista do TC do Distrito Federal*, v. 4, p. 29.

³ Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, p. 44-5.

⁴ Figueiredo, Lúcia Valle & Ferraz, Sérgio. op. cit. p. 76.

*Segue-se que não bastará tratar-se de pessoa ou firma especializada e com prestígio no ramo, se o trabalho pretendido for de natureza banal ou que demande atividade predominantemente material, para as quais, então, seriam despidendas as características especializadas do autor.*⁵

E mais: “Em suma, a hipótese de dispensa por notória especialização só se configura quando concorrem dois elementos: a) trata-se de serviço cuja natureza demande uma qualificação incomum, uma perícia técnica, artística ou científica ou então um cunho pessoal do autor; b) notoriedade, isto é, reconhecida capacidade do profissional ou firma na pertinente matéria.”⁶

1.2 Após a edição do Decreto-lei nº 2.300/86

O Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que trouxe uma nova disciplina global sobre as licitações e contratos da Administração federal, também veio contemplar normas gerais atinentes à matéria, inclusive estabelecendo novas disposições sobre as hipóteses de dispensa e de inexigência de licitações, sendo este último grupo de contratações diretas uma novidade da nova legislação.

No seu art. 23, o novo diploma legal veio contemplar as hipóteses de inexigência de licitações, exemplificativamente em cinco incisos, dentre as quais a do inciso II — “para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 12, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização”.

Portanto, de certo modo, o legislador do Decreto-lei nº 2.300/86 seguiu a orientação da doutrina, ao exigir que os serviços técnicos especializados fossem os que enumera o art. 12, mas, não bastando isso, exigiu que tais serviços fossem de natureza singular.

Dissemos anteriormente que o direito positivo seguiu, “de certa forma”, a orientação da doutrina, manifestada antes da edição do novo diploma legal, porque aquele utilizou-se de uma feliz expressão não usada por aquela doutrina, que foi “de *natureza* (singular)”.

Com efeito, a inclusão da expressão “de natureza” antes do vocábulo “singular” deu tal conotação às exigências do serviço que o coloca num patamar fático adequado e ponderado pelo bom-senso, pois, de um lado, afasta os serviços corriqueiros, ainda que técnicos, e, de outro, não o restringe a ponto de ser incomum, inédito, exclusivo, etc.

Basta que se trate de um serviço técnico, tal como arrolado num dos incisos do art. 12, e que contenha em si um tal grau de complexidade que esteja

⁵ Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Licitação*. Ed. Revista dos Tribunais, 1985. p. 19.

⁶ Id. *ibid.* p. 20.

a justificar e a exigir a contratação de um profissional ou uma firma de notória especialização para realizá-lo. Eis o significado da expressão “de natureza singular”.

É o que observamos ao comentar esse inciso II do art. 25: “Aqui, ‘o trabalho é marcado por características individualizadoras’, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Licitação*, p. 19), o que não decorre de condições jurídicas, mas sim materiais.”⁷

Comentando também a hipótese do inciso II do art. 23, Diógenes Gasparini interpreta a disposição semelhantemente a nós:

“A contratação de qualquer desses serviços será legítima se se tratar de um dos listados no art. 12, e, ainda assim, se portador de natureza singular e o profissional ou empresa que se deseja é de notória especialização. Por ‘natureza singular’ do serviço há de se entender aquele que é portador de uma tal complexidade que o individualiza. Assim, não basta que seja serviço constante da lista. Deve constar da lista e ter natureza singular. Fora disso, a licitação é necessária.”⁸

Raul Armando Mendes, analisando a disposição mencionada, afirma: “*Serviços de natureza singular* são aqueles que, embora não sendo únicos, revestem-se de singularidade, cuja execução só pode ser atribuída a um determinado profissional ou empresa especializada. A Administração escolhe discricionariamente um deles, pois pode haver vários, mas há de ser também de notória especialização, ou seja, ostentar as condições enumeradas no parágrafo único do art. 12 do Estatuto. Não se exige que o selecionado tenha todas as condições ou qualidades legais, bastam algumas delas ou até mesmo uma só, desde que suficiente a caracterizar ou indicar a notoriedade.”⁹

É forçoso observar que também não basta, para a contratação, que o profissional ou a firma sejam de notória especialização, quer dizer, de reconhecida capacidade no campo de sua especialidade. Segundo a parte final do parágrafo único do art. 12, do Decreto-lei nº 2.300/86, a contratação, no caso, somente estará justificada e será, portanto, legítima se ficar demonstrado no processo de contratação do profissional ou da firma notoriamente especializados (comprovação de que eles gozam conceitualmente de reconhecida capacidade no campo de sua atividade, através de atestados de desempenho anterior, experiências, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades), além da reconhecida capacidade, que ele ou ela são, no caso específico, e para aquela atividade, os mais adequados à plena satisfação do objeto do contrato.

⁷ Mukai, Toshio. *Estatutos jurídicos de licitações e contratos administrativos*. 2. ed. Saraiva, 1990. p. 45.

⁸ Gasparini, Diógenes. *Direito administrativo*. Saraiva, 1989. p. 225.

⁹ Mendes, Raul Armando. *Comentários ao Estatuto Jurídico das licitações e contratos administrativos*. Saraiva, 1991. p. 78-9.

Portanto, o Decreto-lei nº 2.300/86 cercou de cautelas esse tipo de contratação direta: de um lado, não basta que o serviço de que se trate esteja arrolado no art. 12; há que ser de natureza singular, isto é, de uma complexidade tal que exija a exigência de um profissional ou firma de notória especialização para executá-lo. De outro lado, pelas condições demonstráveis objetivamente, através das indicações feitas pelo parágrafo único do art. 12, há que se buscar e demonstrar que o profissional ou a firma de notória especialização sejam os mais adequados, dentre outros existentes, para dar plena satisfação ao objeto contratual.

Essas as condições legais da contratação direta, na hipótese ventilada, dadas pelo Decreto-lei nº 2.300/86. A nosso ver, em certos aspectos, tais condições acabaram caracterizando a contratação por notória especialização de um modo um pouco diferente do que ensinava a doutrina.

E, a nosso ver ainda, foi feliz o legislador nessa caracterização, deixando muito clara a hipótese; ademais, como já o dissemos, equacionou com adequação, ponderação e moderação essa hipótese que tantos problemas vinha causando, em termos de aplicação prática.

Portanto, com essas condições e características, está plenamente justificada a inexigibilidade de licitação de que fala o *caput* do art. 23 do Decreto-lei nº 2.300/86, já que, no caso, se o serviço técnico deve, pela sua alta complexidade (natureza singular), exigir para sua execução um profissional ou uma firma de notória especialização, escolhidos, dentre vários existentes, como sendo aqueles que seriam os mais adequados à plena satisfação do objeto contratual, parece-nos evidente que a lei aí criou as condições para que, na hipótese, esteja presente a inviabilidade de competição, condição básica da inexigência de licitação, também segundo o *caput* do art. 23 do citado Decreto-lei nº 2.300/86.

Podemos, então, resumir o que foi explanado, em face desse decreto-lei.

Quanto aos serviços técnico-profissionais especializados, se formos ao *Dicionário Aurélio* veremos que “singular” pode significar: “1. pertencente ou relativo a um único, particular, individual; 2. que não é vulgar, especial, raro, extraordinário; 3. diferente, distinto, notável.”

Mas, como o Estatuto emprega a expressão “de natureza singular” e não “singular”, haveremos de entender que ele se utilizou do segundo significado mencionado, ou até mesmo do terceiro.

Enfim, tratar-se-á de serviços que não são vulgares, serviços especiais, raros, extraordinários, diferentes, não-rotineiros, que mesmo sendo técnicos, não devem ser generalizados.

Quanto ao profissional ou à firma de notória especialização, como podem existir vários, o Estatuto impõe que a escolha seja feita pelo critério da melhor adequação do profissional ou da firma à plena satisfação do objeto pretendido,

o que será inferido por atestados de desempenho, publicações, equipe técnica, aparelhamentos, experiências, organização, além de outros requisitos relacionados com suas atividades.

2. *A hipótese de inexigência de licitação por notória especialização: norma geral de observância obrigatória pelas empresas estatais*

Todos os casos de dispensa de licitação devem ser considerados como sendo normas gerais sobre licitações, já que implicam o afastamento dos princípios específicos e basilares do instituto.

Com efeito, já o Pleno do STF, na Repr. 911-RJ, em 20.5.81, deixou ementado: “Não pode lei estadual ampliar os casos de dispensa de licitação” (Rel. Min. Antonio Neder).

Portanto, as normas sobre dispensa de licitação, bem como sobre inexigência de licitação, são normas gerais sobre a matéria. E, sendo assim, aplicam-se indistintamente às empresas estatais, *ex-vi* do disposto no art. 22, XVII, da Constituição Federal, que diz competir à União baixar “normas gerais de licitação e contratação para a Administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de Governo, e empresas sob seu controle”.