

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

PLENO

SESSÃO DO DIA 16.06.04

ASSUNTO: RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTO PELO INSTITUTO DE GESTÃO FISCAL – GRUPO SIM, CONTRA DECISÃO NO INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 684973 (DOCUMENTO Nº 157687-1)

RELATOR: CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Trata-se de pedido de Recurso de embargos de declaração interposto pelo Instituto de Gestão Fiscal – Grupo SIM, contra decisão desta Corte no Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 684973, proferida em Sessão Plenária do dia 14/4/2004, que, no mérito, por maioria de votos, decidiu *"adotando a tese que preconiza a irregularidade da contratação do suscitante, no que tange aos serviços que não se revistam do caráter de singularidade exigido pela Lei de Licitações"*.

O recorrente fundamenta seu pedido nas disposições expressas nos artigos 242, inciso III, e 257 e seguintes do RITCMG, no artigo 5º, LV, da Constituição Federal/88, bem como no parecer exarado, a seu favor, pelo Professor Toshio Mukai.

Entende merecer necessários esclarecimentos no que tange à natureza extremamente singular dos serviços demandados pelo Grupo SIM, bem como aos critérios adotados por esta Corte para deferir a contratação por inexigibilidade à Bridge Consultoria e Assessoria Ltda., empresa que presta serviços similares aos da recorrente.

O nobre Relator, Conselheiro José Ferraz, assevera, na preliminar, *"que os embargos de declaração sequer deveriam ter sido recebidos por esta Corte, porquanto o art. 245, § 1º, II, do RITCMG prevê o indeferimento liminar da petição, quando o Recurso for manifestamente impertinente. Não vislumbro*

qualquer omissão, contradição ou obscuridade na decisão recorrida. Vislumbro, na realidade, a tentativa do recorrente de ver reexaminada a matéria por este Tribunal Pleno.

Contudo, em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório, receberei o expediente como pedido de reconsideração, ressaltando não se tratar de Recurso de reconsideração previsto na Lei Orgânica e no RITCMG, mas de corolário de direito de petição previsto no art. 5º, 'a' da Constituição da República."

Os Exmos. Conselheiros Eduardo Carone Costa e Elmo Braz manifestaram-se de acordo com o Exmo. Relator, conhecendo a interposição como Pedido de Reconsideração.

Já o eminente Conselheiro Moura e Castro expressou-se pela autuação da documentação como Recurso de Embargos de Declaração.

Pedi vista da documentação para me pronunciar quanto à Preliminar e, desde logo, acompanho o eminente Relator, Conselheiro José Ferraz, pelo não-conhecimento dos Embargos de Declaração, por não estarem presentes os requisitos para a sua admissibilidade, quais sejam: obscuridade, omissão ou contradição.

Entretanto, em estrito cumprimento aos princípios de ampla defesa e do contraditório e do direito de petição aos poderes públicos, uma vez estatuídos, respectivamente, nos incisos LV e XXXIV do art. 5º da Constituição da República de 1988, adoto o entendimento do eminente Relator, no que concerne à autuação do expediente como Pedido de Reconsideração.

Destaco, por oportuno, que resta manifestar-se o nobre Conselheiro Sylo Costa.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Sr. Presidente, embora esse processo trate de Incidente de Uniformização, ficou claro que não existiam

decisões contraditórias e que, por isso mesmo, não era caso de se uniformizar.

Vejo, nas notas taquigráficas, que o primeiro a votar nesse processo foi o Conselheiro Eduardo Carone, que entende e aceita receber como Embargos.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Não, isso foi o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Como Pedido de Reconsideração.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Como Pedido de Reconsideração.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

O Relator é o Conselheiro José Ferraz.

Eu aceitava receber como reconsideração, para poder decidir.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Bem, como reconsideração ou como embargos... O fato é que fica esclarecido que é desnecessária essa uniformização, porque não há decisões contraditórias.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Conselheiro, essa indagação eu fiz ao Relator, e V.Exa. participou do debate. Está nas notas taquigráficas. Indaguei de S.Exa.: quais são as decisões conflitantes? O Relator me explicou que, no curso do seu voto, é que iria explicar isso. Não obtive o esclarecimento que solicitei. Está lembrado?

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

A lembrança de V.Exa. é oportuna. O Pleno tinha decidido que tal matéria deveria ser sumulada porque, à primeira vista, houve o entendimento de que havia decisões conflitantes e que o assunto, então, teria de ser sumulado. Uniformizado o entendimento do Pleno, seria o assunto sumulado. Trata-se de contratação realizada mediante processo de inexigibilidade de licitação, sob a alegação de que o serviço é singular.

A Corte entendeu, por unanimidade, que não havia singularidade no serviço prestado e que estava havendo, na verdade, uma confusão entre a singularidade do prestador do serviço e a singularidade do serviço prestado. A Corte entendeu que a singularidade é do serviço prestado, e não do prestador do serviço.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Discordei na época, fui voto vencido.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Com o voto vencido do Conselheiro Edson Arger.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Nesse instante, Conselheiro, a Comissão de Súmula recebeu a ordem do Tribunal e começou a preparar a Súmula. Sobreveio o Recurso, e eu determinei que fosse tudo sobrestado.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

O Recurso sobre...

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Essa matéria.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

... a uniformização, porque não cabe Recurso contra Súmula.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Como é do Regimento que o incidente resolvido tem que ser sumulado, comecei a cumprir a decisão. No entanto, sobreveio o Recurso e determinei que fosse sobrestada a Súmula.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

(...)

Vou votar pelo não-conhecimento do Recurso.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Tudo bem, eu também não admiti. Acho que houve um lapso. Eu não admiti porque entendi que o princípio da fungibilidade, que seria o caso – porque se inventou agora um outro Recurso que estou lendo: direito de petição, ali também não é o caso de direito de petição...

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Não sei nem que nome dou para isso.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Então, eu entendi que o princípio da fungibilidade só é aplicável – e é como o Supremo entende – quando não há erro grosseiro, e ele cometeu um erro grosseiríssimo, a meu ver, de chamar aquilo de Embargos de Declaração quando ele pleiteia outra coisa dentro do pedido.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Essa foi a confusão que fiz.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Eu também não admiti.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Não há nada a esclarecer. O argumento do peticionário é improcedente. Na verdade não existe decisão conflitante com a decisão que foi tomada no processo dele. São decisões iguais.

Por isso mesmo o Conselheiro Eduardo Carone protestou, porque não há decisões diferentes, as decisões são iguais; então, não há necessidade de uniformização.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Mas eu votei na preliminar porque, à minha indagação, eu não recebi a resposta que precisava para tomar a decisão.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Mas V.Exa. argumentou, durante a leitura do relatório do Conselheiro Relator, que foi o Conselheiro José Ferraz, que não sabia o porquê da uniformização, já que não havia decisões conflitantes.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Isso é verdade.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Por isso mesmo, a desnecessidade de se uniformizar uma coisa que estava uniformizada.

Na verdade, eu entendo que o Conselheiro Relator precisava era da oportunidade para explicar que não existiam decisões conflitantes. Os exemplos citados eram iguais, não houve decisões diferentes, não. Pelo contrário, foi uma oportunidade para mostrar que o Pleno procedeu da mesma maneira que vinha procedendo anteriormente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Conselheiro, apenas para posicionar a matéria que nós estamos votando.

Estamos na preliminar, se o recurso é Embargos Declaratórios ou ... (interrompido).

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Se se admite como embargos, como recurso, como reconsideração, isso...

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

O Relator recebeu, pelo princípio da fungibilidade, como Recurso de Reconsideração, no que foi acompanhado pelo Conselheiro Eduardo Carone, pelo Conselheiro Elmo Braz, contra o voto do Conselheiro Moura e Castro...

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Mas ele explicou. Ele não recebeu em preliminar, devido a erro grosseiro, e eu vou acompanhar o Conselheiro Moura e Castro. Eu também acho que não cabe. Eu não recebo em preliminar.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Conselheiro, eu não divirjo disso não. Mas é que o Relator ainda não esclareceu ao Pleno que não existem decisões conflitantes.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Eu vou esclarecer.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Mas é na preliminar, porque, se eu obtiver esse esclarecimento, tenho que tomar outra posição.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Então, vamos passar para a segunda preliminar.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Sim, mas essa é a primeira preliminar. Eu apenas estou dizendo que não recebo, porque não cabe Recurso.

Por enquanto, estamos decidindo um Incidente de Uniformização que foi mandado sumular, mas temos de esclarecer o porquê da necessidade de uniformizar uma coisa que está uniformizada. Nós não temos decisões conflitantes.

Eu não recebo em preliminar. Se for vencido na preliminar, superada essa preliminar, e a outra que for levantada, estou preparado para enfrentar o mérito.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Eu levanto a segunda preliminar: se há decisões conflitantes. Isso não é mérito não. Isso é problema de direito.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

É a outra preliminar.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Mas aí vai misturar-se com a questão principal.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Não, vai encerrar.

Sim, Sr. Presidente, um minuto.

A primeira preliminar levantada...

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

A cabência de Recurso.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

...vai terminar aqui, porque sou o último Conselheiro a votar.

Em preliminar, eu não conheço do Recurso que está com o nome de Reconsideração. Não conheço, porque é incabível na espécie.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Perfeitamente. O Conselheiro Edson Arger, como votou?

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Eu votei acompanhando o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Então, quanto à primeira preliminar:

ACOLHIDA A PRELIMINAR, POR QUATRO VOTOS. VENCIDOS OS CONSELHEIROS MOURA E CASTRO E SYLO COSTA.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Vamos ao mérito.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Não, Sr. Presidente, levanto a segunda preliminar: se há decisões contraditórias, porque isso é matéria de direito, não é matéria de mérito não. Se há decisões contraditórias. Isto é o que eu quero saber. Se há, nós vamos invadir o mérito; se não há, vai morrer esse processo nesta preliminar.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Não existe.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Então, pronto, está respondido.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Resta, sim, que a uniformização, nós já decidimos da sua desnecessidade. Ele entrou com Recurso em cima dessa decisão.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

No processo principal já foi decidido isso, não é?

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Conselheiro Sylo, foi o contrário. Tanto que mandaram para fazer Súmula. Não teve necessidade de Súmula!

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Tudo bem! Acho que deveríamos votar essa preliminar. Ele está dizendo que não existe contraditório. Então, eu fico por aqui mesmo; já que não existe, nós não temos mais nada a decidir.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Vamos à segunda preliminar, então.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Mas essa decisão nossa irá repercutir na competência do Conselheiro Eduardo Carone, como vice-Presidente, de sumular, porque o Pleno também decidiu pela sumulação.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Eu tive que sumular.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Nós podemos sumular, mas não podemos sumular como incidente.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Sim.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Tem de sumular, não como Incidente de Uniformização, porque não existe divergência nas decisões.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Mas com a passividade do direito.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Eu gostaria de ouvir a segunda parte do voto do Conselheiro José Ferraz, para eu poder me posicionar. Porque o Grupo SIM alega que, em igualdade de condições, este Tribunal denegou a ele a singularidade, apesar de ter lá pessoas altamente especializadas, e que concedeu a uma empresa concorrente.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Sr. Presidente, eu insisto na minha preliminar.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Acho importante a colocação do Conselheiro, porque nós trouxemos a decisão, inclusive as decisões da Segunda Câmara — que foram citadas no Recurso — que é inteiramente ao contrário.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Ao contrário. Quer dizer, não existe contraditório. Então, está resolvida a preliminar. Se não existe, não temos nada que votar.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Mas, como há alegações que devam ser esclarecidas, eu gostaria de ler o mérito do recurso.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Nós temos uma questão processual.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Mas a preliminar é de direito, nós estamos resolvendo uma preliminar de direito. Se não existe, é prevalente a preliminar. Ela tem que ser acatada, tem que ser recebida. E morre por aí o assunto.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Há uma decisão, já, na preliminar, em que o Recurso de Reconsideração foi aceito. Então, eu iria me pronunciar sobre o Recurso de Reconsideração.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Muito bem, mas eu estou levantando uma segunda preliminar, antes de V.Exa. votar.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Então, vamos votar essa segunda preliminar.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Entendo que, não havendo decisões contraditórias, não há o que examinar.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Está esclarecido no meu voto, mas pode colocar em votação. Não tem problema, não.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

O meu voto é dessa forma.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Vou colocar em votação mas, na minha posição pessoal, acho que essa matéria de ter, ou não, decisão contraditória já foi decidida no processo principal, *data venia*. O que está sendo examinado, agora, é o Recurso, a revisão daquela decisão.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Sim, a revisão dessa decisão. Mas o problema é que estou levantando uma segunda preliminar, de direito. Eu pergunto: para manifestar esse Recurso você tem que buscar onde pode ser viável o Recurso. É o segundo momento. Ele passa a ser inviável, pela segunda preliminar.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Talvez o Recurso caiba, não contra a Uniformização, mas contra uma decisão do Tribunal em determinado convênio. Porque Uniformização não é, porque, se não há...

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Em outro problema, em outro processo.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Porque se não há, então, não há Uniformização.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Já foi decidido que era desnecessário.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Era desnecessário porque não havia o que ser examinado, Conselheiro. Por isso, proponho a preliminar. Vamos colocar em votação.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Acho que essa segunda preliminar de V.Exa. é mérito.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Não, ela não é mérito, é de Direito porque o direito tem que ter causa, tem que haver o nexo causal. Não há nexo causal para nós examinarmos esse Recurso. Se não há nexo causal, Conselheiro, *data venia*, muito embora se tenha admitido contra o meu voto, mas tenha-se admitido que é um Recurso, que não conheço o nome desse Recurso, mas é um Recurso que é infundado. Então, estou propondo uma preliminar logo: existe? Não existe. Então, não temos por que examinar, não há nexo causal. *Data venia*, vamos perder tempo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Entendo que isso já foi decidido na votação do primeiro processo.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Sr. Presidente, o Tribunal é Pleno, ele pode modificar o que quiser, ele não está modificando contra a lei!

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

O Conselheiro José Ferraz propôs que não há matéria contraditória.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Não há.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

E todos o acompanharam, dizendo que não há matéria. Agora, vai perguntar, numa preliminar, se existe?

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Não, não existe. Ele já disse que não existe. Então, não tem por que se examinar o Recurso.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Ele disse, no julgamento do feito principal, do processo principal.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Tudo bem, mas ele vai chegar à conclusão de que não existe contraditório; então, vai dizer assim: não recebo o Recurso porque não existe o contraditório.

Como eu entendo que isso é uma preliminar de direito, estou propondo esta preliminar. Se não há nexos causal, não há por que ele ser examinado. É esta a preliminar que proponho, uma preliminar de direito e, não, de mérito.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Mas há um argumento: ao contrário, seria aceitável uniformizar? Por exemplo, se o Tribunal decidiu que não há decisão conflitante — interpôs-se o Recurso, vamos supor que o Recurso seja acolhido —, nós vamos uniformizar o quê?

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Nada.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Nada.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Nada.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Isso é uma dedução lógica.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Vamos sumular para pacificar o assunto.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Se não há possibilidade de sumular, como se pode tratar de Incidente de Uniformização?

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Devemos sumular para pacificar o assunto.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Mas não como incidente.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Não como incidente.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Não como incidente, claro.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Correto.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Mas só vamos sumular se houver cinco decisões nesse mesmo sentido, não é? É evidente.

Estou colocando um outro argumento: e se prevalecer a tese de que se deve examinar o Recurso, não havendo decisão conflitante? Se isso prevalecer, se o Tribunal decidir dar

provimento a esse Recurso, qual seria a decisão a ser executada?

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Nenhuma.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Exatamente. Isso é o que me causa espécie.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Nenhuma, por isso é que não deve ser examinado como Recurso.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Por isso é que estou levantando a preliminar, porque estamos decidindo sobre nada.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Eu estou justificando dentro da lógica.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Nós não estamos atrás de nenhuma decisão, ela já está tomada.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

É evidente que esse recorrente, no processo específico de seu interesse, pode suscitar o Recurso, mas não sobre a autuação de Incidente de Uniformização.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Claro que não!

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Porque, se o Plenário decidir pela procedência do Recurso, como se executar a decisão?

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

O problema é que o precedente desses Embargos... Seria o caso de ponto obscuro, ou contraditório, ou omissos.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Não são Embargos, já não está declarado que é recurso de Reconsideração?

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Está.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Ele não tem nenhuma característica... O problema é que eu não sei nem como é que se dá nome a esse recurso. Não sei que nome! Pode-se dar o nome que quiser.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

A maioria recebeu como Recurso...

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Recurso inominado.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Como Recurso de Reconsideração.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Mas não é um Recurso de Reconsideração.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Eu gostaria de ouvir o mérito do Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Porque não se pode interpor Recurso de Reconsideração contra um pedido de uniformização, isso não existe!

Uniformização de Jurisprudência, e alguém entra com Recurso contra? Uma decisão que a Corte toma para uniformizar o procedimento?

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Não há o que examinar.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Não há o que examinar.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Mas a parte pode usar reconsideração, revisão, pode entrar com outros Recursos.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Dar nome próprio.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Isso pode.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Dentro do prazo!

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

O Recurso de Reconsideração cabe, talvez, contra a ação principal, não contra o Incidente de Uniformização.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

É isso!

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Recurso de Reconsideração contra uniformização? Isso não existe.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Ele não foi uniformizado.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Poderia até caber Recurso...

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Ele entrou com embargos em cima da decisão da uniformização.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

É verdade!

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Que não são embargos.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Que não são Embargos.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Então, não há o que examinar.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

E eu, pelo princípio da fungibilidade, recebi como Reconsideração e vou decidir como reconsideração.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

E levanto a segunda preliminar, a preliminar de Direito: se não há o que examinar, por que estamos tentando examinar o que não vai ser examinado?

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Vou tomar o voto dos Srs. Conselheiros.

(...)

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Como o nobre Conselheiro insiste, devo submeter a votação. O problema é este: o Conselheiro entende que não cabe nenhum Recurso, conforme decisão anterior.

Qual é o voto de V.Exa.?

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Eu recebi, e acompanhei o voto do Conselheiro José Ferraz. Estou ansioso para ouvir as razões de mérito dele.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Eu acho que não cabe Recurso. Voto de acordo com a preliminar do Conselheiro Moura e Castro.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Mantenho a minha posição.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Mantém a sua posição, pelo princípio da fungibilidade.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Sr. Presidente, tendo sido esclarecido, agora, de forma bastante explícita, a inocorrência de divergência, eu não posso deixar de acompanhar a preliminar suscitada, porque não há, nesses autos de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, o que ser uniformizado; a menos que o Tribunal recebesse o Recurso contra decisão da Câmara, que não acolheu a notória especialização, a singularidade; mas, nesse processo, não cabe.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

O que não é o caso dos autos.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Não é o caso dos autos. Por isso, nesse processo, eu acolho a preliminar, mas ressalvo que a parte interessada poderá interpor o Recurso que entender cabível contra a decisão da Câmara, porque o Tribunal, explicitamente, manifestou que não há divergência de decisões sobre essa matéria. Agora, atendido no pedido de esclarecimento que suscitei na assentada anterior – e eu fiz o pedido de esclarecimento exatamente para me posicionar –, acolho a preliminar, com todas as observações que já manifestei na assentada. Acolho a segunda preliminar suscitada pelo Conselheiro Moura e Castro.

CONSELHEIRO ELMO BRAZ:

Sr. Presidente, o próprio Conselheiro Sylo Costa fala que não há nada que se examinar.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Ele já declarou que não há!

CONSELHEIRO ELMO BRAZ:

Mas eu prefiro, no caso, ouvir o mérito do Conselheiro José Ferraz.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Com o Relator?

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Mas ele declarou que não há!

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Mas ele não disse o mérito todo! Vamos ouvir as razões.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Empatou.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Houve um empate. Três acolhem a segunda preliminar e três não acolhem.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

E V.Exa. decide.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Eu decido. Considerando que esta matéria, *data venia*, *data maxima venia*, já foi apreciada no julgamento anterior, voto, *data venia*, contrariamente à segunda preliminar, para que o Sr. Conselheiro Relator profira o seu voto.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Sr. Presidente, Srs. Conselheiros, Sra. Procuradora:

Recurso de Incidente de Uniformização de nº 684973, já decidido pelo acatamento da preliminar. Vou, então, entrar no mérito.

MÉRITO:

Alega o recorrente que a lei não exige, para a configuração da hipótese de inexigibilidade, que sejam os "serviços singulares" e sim que sejam "serviços de natureza singular."

A indagação deve ser respondida à luz da língua portuguesa.

Na expressão “serviços singulares”, a palavra “singulares” é um adjetivo que cumpre função de qualificar o substantivo serviços. Segundo o Dicionário Aurélio, adjetivo, do latim *adjectiva*, é palavra que modifica o substantivo, indicando qualidade, caráter, modo de ser ou estado.

O mesmo Dicionário, quando se refere à palavra natureza, na acepção que interessa ao caso, esclarece que natureza é sinônimo de espécie, qualidade.

Daí que afirmar que um serviço é de natureza singular é o mesmo que afirmar que um serviço é de qualidade ou caráter singular.

Portanto, se um adjetivo cumpre função de qualificar, caracterizar o substantivo, isto significa que ele – o adjetivo – aponta a qualidade, a característica, a natureza do substantivo.

Logo, dizer que um serviço é singular significa dizer que tem ele – o serviço – a qualidade, a característica, a natureza de ser singular, com o que se conclui que serviço singular e serviço de natureza (ou qualidade) singular é a mesmíssima coisa.

É óbvio que este Tribunal partiu do objeto dos contratos e não da natureza dos serviços para entender que os serviços constantes dos contratos do Grupo SIM não se revestiam do caráter, da natureza singular exigida pela Lei 8.666/93, pois não existe contrato sem objeto, e é justamente o objeto que determina a sua natureza.

Ainda que quisesse eu examinar detalhes e pormenores da contratação, não poderia destoar do objeto contratual e da análise técnica dos órgãos internos desta Corte.

A título de exemplo, não adianta nominar um contrato de obra como contrato de serviço se, pela natureza da prestação, há predominância de obrigações de fazer relativamente às obrigações de dar. Destarte, continuo a entender que um contrato cujo objeto é a prestação de serviços

de assessoria, consultoria, auditoria financeira, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, nas áreas de contabilidade, de pessoal, tributária, arrecadação, tesouraria, patrimônio, licitação, almoxarifado não se reveste do caráter de singularidade. Em outras palavras, o objeto do contrato é um verdadeiro guarda-chuva, no qual se encaixam desde os serviços mais complexos até os serviços mais ordinários a afetar a Administração contratada.

Note-se que, no voto condutor do incidente, existe a afirmação de que os serviços desempenhados pelo Grupo SIM – empresa sabidamente competente para prestá-los, tal como ressaltei naquela oportunidade – são amplos e corriqueiros, vale dizer, não são específicos e afetam corriqueiramente a Administração contratante. Logo, ou devem ser prestados pelo quadro funcional da entidade ou, na falta de estrutura adequada, licitados.

No que se refere à alegação de que o Tribunal estaria, nos seus julgamentos, a utilizar dois pesos e duas medidas, saliento que talvez a pressa de conseguir um pronunciamento favorável tenha impedido que o recorrente aguardasse a decisão final do processo citado na peça exordial, fls. 05, 11 e 12, e que envolve o Grupo SIM e a empresa Bridge Consultoria e Assessoria no processo nº 674469.

Com efeito, o trecho citado pelo recorrente, que integra o aludido processo, não é a decisão do órgão competente desta Casa, senão a manifestação do Diretor Adjunto da DAE à época, o servidor Antônio Moreira Marcelino, ratificada pelo Auditor Nelson Boechat Cunha, relativamente à Bridge Consultoria e Assessoria Ltda.

De fato, garimpei o Acórdão do processo nº 674469, julgado pela Segunda Câmara deste Tribunal no dia 25.03.2004 (data anterior à apreciação do incidente de uniformização), e não me surpreendi com o resultado: a Segunda Câmara do Tribunal de Contas, composta por mim, pelo Conselheiro Sylo Costa e pelo

Conselheiro Elmo Braz, à unanimidade, considerou irregulares as contratações do Grupo SIM e da Bridge Consultoria e Assessoria, justamente por ausência de singularidade dos serviços, no compasso do bem lançado voto do Conselheiro Elmo Braz, que peço vênha para reproduzir, aderindo às razões do voto que estou a proferir:

"No exercício de 1999, foram realizadas despesas mediante processos de inexigibilidade de licitação, com a contratação das seguintes empresas:

SIM - Sistema de Informação de Municípios Ltda., no total de R\$ 50.100,00 (cinquenta mil e cem reais), tendo como objeto a prestação de serviços de assessoria, consultoria, auditoria financeira e aperfeiçoamento de pessoal nas áreas de contabilidade, pessoal, tributária, arrecadação, tesouraria, compras, licitações e almoxarifado;

BRIDGE CONSULTORIA E ASSESSORIA LTDA., no total de R\$9.778,60 (nove mil setecentos e setenta e oito reais e sessenta centavos), tendo como objeto a prestação de serviços de consultoria e assessoria nas áreas administrativa e contábil, acompanhamento dos processos de prestação de contas, contratos, licitações e outros, elaborados pela Câmara e examinados pelo TCEMG.

O defendente alega, em síntese, às fls. 210/232, que a contratação da empresa SIM - SISTEMAS DE INFORMAÇÃO DE MUNICÍPIOS LTDA. já foi objeto de análise por esta Corte de Contas, e enumera três decisões deste Tribunal considerando regulares a contratação por inexigibilidade de licitação em casos semelhantes.

Prosseguindo nas suas argumentações, o defendente fez uma longa exposição procurando demonstrar a notória

especialização da empresa contratada e a singularidade do método de trabalho do grupo SIM.

Em relação à contratação da empresa BRIDGE CONSULTORIA E ASSESSORIA LTDA., o defendente, às fls. 233/239, discorda do exame técnico que apontou a ausência de finalidade específica da contratação e afirma que ela está muito bem definida no objeto, ou seja, 'contratação de empresa de consultoria e assessoria técnica nas áreas administrativa e contábil'.

Alega que os serviços 'não podem ser considerados corriqueiros, uma vez que, se assim o fossem, não teriam os legisladores tido a preocupação de destinar uma seção da Lei exclusivamente para abordar este tema'.

O defendente teceu considerações sobre os dispositivos da Lei nº 8.666/93 no que concerne aos serviços técnicos profissionais especializados, inexigibilidade de licitação, notória especialização e serviços de natureza singular e, particularmente, sobre este, às fls. 236, afirma que 'a singularidade do objeto não está no serviço e sim em como fazê-lo'. No reexame, o órgão técnico ressaltou que não há questionamento nos autos quanto à notória especialização dos contratados. Porém, apontou que os objetos estão descritos nos contratos de forma global, não contendo seus elementos característicos, em desconformidade com o art. 55, inciso I, da Lei nº 8.666/93, de forma a não permitir concluir que o serviço prestado seja singular.

Embora as contratações em tela tenham se realizado através de processos de inexigibilidade de licitação, estas deveriam ser processadas através de processo

licitatório na modalidade Convite, uma vez que não foram preenchidos os requisitos necessários exigidos pela Lei nº 8.666/93, para a não-realização de licitação.

Os serviços técnicos profissionais especializados relacionados no art. 13 da Lei 8.666/93 não justificam, automaticamente, a inexigibilidade de licitação prevista no art. 25. Além da inviabilidade de competição, premissa fundamental, impõem-se, ainda, que o serviço apresente singularidade e que seja realizado por empresa ou profissional de notória especialização.

Existindo possibilidade de competição, ou seja, se existir mais de uma pessoa ou empresa que possa realizar os serviços, deverá haver o procedimento licitatório.

Ao contrário do alegado pela defesa é importante salientar que a singularidade, como estabelece a Lei de Licitações, é do objeto do contrato. É o serviço pretendido pela Administração que é singular.

Os serviços rotineiros, corriqueiros, comuns, que vão desde a confecção de balanços, de auditoria contábil, operacional, etc., bem como assessoria, consultoria, cursos de treinamento, defesa administrativa em processo de prestação de contas, licitações, contratos, etc., não podem ser considerados singulares por não trazerem para seu desempenho grau de complexidade, posto que podem ser realizados por qualquer empresa ou profissional que possua habilitação e competência para fazê-los, impondo-se, dessa forma, a licitação.

A natureza singular se caracteriza como uma situação incomum, impossível de ser enfrentada por qualquer

profissional especializado, de forma satisfatória. Conclui-se que os serviços singulares se envolvem de uma tal complexidade que demandam mais que a especialização.

Portanto, entendo que a natureza singular não significa ausência de pluralidade de sujeitos em condição de desempenhar o objeto.

Com relação à notória especialização, deve-se registrar que ela envolve dois conceitos: o de especialização e o de notoriedade.

A especialização deve ser aferível, contrastável e, também, deve ser demonstrada; é um atributo que por si só não leva ao afastamento da realização da licitação, nem muito menos a credenciar a declaração de inviabilidade de competição.

A Lei nº 8.666/93 exige que a especialização seja notória e a definiu no § 1º do art. 25, estabelecendo os parâmetros a serem utilizados para a aferição da notoriedade, com a finalidade de reduzir a margem de discricionariedade e subjetivismo do administrador o que no presente caso não se discute.”

A decisão transcrita deixa ver a linha de coerência que este Tribunal está a adotar no exame dos contratos administrativos e respectivos objetos, precedidos de processos de inexigibilidade de licitação, que buscam fundamento de validade no art. 25, II, da Lei 8.666/93.

Pelo exposto, nego provimento ao pedido de reconsideração aviado pelo Grupo SIM.

É o voto.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Sr. Presidente, Srs. Conselheiros, como é sabido e ressabido, nos termos do art. 25 da Lei 8.666/93, a

inexigibilidade de licitação, que constitui exceção à regra prescrita no inciso XXI do art. 37 da vigente Constituição da República, está assentada na inviabilidade de competição para aquisição do bem ou contratação do serviço desejado pela Administração Pública.

A licitação é inviável se há único agente ou empresa capaz de realizar o objeto pretendido pela Administração Pública, ou ainda porque é único o objeto de interesse da Administração Pública.

Em se tratando de contratação de serviços técnicos especializados enumerados no art. 13 com profissionais ou empresas de notória especialização, excetuados os de publicidade e divulgação, a lei exige que os serviços sejam de natureza singular.

Nesse particular, a lei é textual ao exigir que o serviço pretendido pela Administração Pública é que deve ser singular e, não, o executor do serviço objeto da contratação.

E nem poderia ser diferente, pois, antes da contratação de obras ou serviços, o art. 7º da Lei 8.666/93 exige que seja feito projeto básico, que é definido pela própria lei (art. 6º) como sendo o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços da licitação.

Segundo sinaliza a abalizada lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *"somente depois de definir o objeto que pretende contratar é que a Administração Pública deverá buscar o profissional para executá-lo. Nunca, em hipótese nenhuma se procede de forma inversa. Aqui a ordem dos fatores altera a equação, pois quando se parte da definição do profissional certamente se agregam ao objeto características que individualizam o executor do serviço."*

Nessa esteira, o objeto dos contratos celebrados entre o Grupo SIM e os municípios contratados, e conforme

consta do parecer exarado pelo preeminente parecerista Dr. Toshio Mukai (fl. 47 do parecer anexo, que foi enviado como memorial), refere-se a:

"prestação de serviços de assessoria, consultoria, auditoria financeira e treinamento e aperfeiçoamento de pessoal nas áreas de contadoria, pessoal, tesouraria, tributária, arrecadação, patrimônio, compras, licitações e almoxarifado, incluindo os serviços-meio de Consultoria Jurídica, Organização e Métodos e Informática, como instrumentos eficazes e coerentes com a legislação."

A meu ver, tratam-se de serviços comuns de assessoria, auditoria, consultoria e treinamento de pessoal, que não tornam inviável a competição, pois, num mercado competitivo como é o atual, acredito, deve haver um sem-número de empresas ou profissionais qualificados e aptos a prestar essa modalidade de serviço à Administração Pública.

E como salientado de início, o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, consoante se extrai do "caput" de seu art. 25, estatui de forma textual que a essência da inexigibilidade de licitação repousa na inviabilidade de competição, o que não ocorrerá para o objeto em causa.

É óbvio que se o intérprete proceder a uma análise inversa, ou seja, examinar a contratação partindo do executor do serviço e, não, do objeto do contrato, como determina a lei, poderá se influenciar pela notoriedade e especialidade do executor ou por algum método invulgar de executar o serviço pretendido pela Administração.

Mas, como é assente na melhor doutrina, a notória especialização não torna inviável a competição. O que torna inviável a competição, premissa fundamental da inexigibilidade de licitação, repita-se, é a singularidade do objeto do contrato que se deve cingir aos serviços enumerados no art. 13 da lei, somada à notória especialização do executor.

No caso em tela, atendo-me ao transcrito objeto do contrato explicitado no mencionado parecer do preeminente parecerista, entendo que os serviços oferecidos pelo Grupo SIM, no contrato em espécie, não têm natureza singular, mas se referem a serviços comuns e corriqueiros de assessoria, consultoria, auditoria, aperfeiçoamento e treinamento de pessoal, que também podem ser executados por outros profissionais ou empresas, igualmente qualificados, existentes no mercado, o que não torna inviável a competição e, por conseguinte, o certame.

Por essas razões, Sr. Presidente, nego provimento, mas faço questão de constar, como se também fosse de meu voto, a parte do voto do Relator onde S. Exa., de forma clara, expressa e inequívoca, esclarece que o Tribunal não decidiu da forma como mencionado no parecer a respeito de caso análogo. Tomou-se por base decisão inexistente, porque é por deveras grave trazer à colação o que não existe.

Acompanho o Relator em todos os termos.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Por outro lado, se V.Exa. permite, com tal abrangência de contrato e especialização da empresa, esse certame já foi feito nas eleições. Com tal incumbência, e tamanha abrangência, praticamente o escritório passa a administrar o município. V.Exa., Conselheiro Eduardo Carone, listou ali as competências todas. Está aí no voto de V.Exa. É praticamente administrar o município. Esse certame foi realizado no dia da eleição.

CONSELHEIRO ELMO BRAZ:

Acompanho, na íntegra, o nobre Conselheiro José Ferraz.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Sr. Presidente, o apelo formulado pela parte, Grupo SIM, não traz nada de novo; pelo contrário, firma que ele não tem singularidade. (...) Mas, como também não manifesta direito, ou possível direito que possa ter em rever o Incidente de Uniformização – não há Incidente de Uniformização –, embora sendo obrigado a julgar como recurso, que eu chamo recurso entre aspas, eu não tomo conhecimento, julgo inteiramente procedente a manifestação do Relator.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Sr. Presidente, dada a relevância da matéria, no mérito, eu me dei ao trabalho de preparar o meu voto escrito:

MÉRITO

Quando se trata da singularidade do serviço, conforme estabelecido no art. 25, II, da Lei 8.666/93, deve-se, inicialmente, desfazer um equívoco muito comum. A singularidade não significa que o serviço seja único ou que só possa ser prestado por uma só pessoa ou empresa. A singularidade diz respeito a características intrínsecas ao próprio serviço e que o destacam dos demais. É o que afirma, com precisão, Vera Lúcia Machado D'Ávila: *"singular é o serviço que, por suas características intrínsecas, não é confundível com outro. Não ser confundível com outro não significa que seja o único, mas que contenha tal qualidade ou complexidade que impossibilite a sua comparação com outros"* ("Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos", 4ª ed, Malheiros Editores, p. 123).

Da mesma maneira entende Hely Lopes Meirelles:

"O fato de os serviços serem singulares não significa sejam únicos, nem que não possam ser executados por mais de um prestador. São serviços que não podem ser objetivamente comparáveis com outros do mesmo gênero,

que apresentam determinadas características que os individualizem, porque prestados por profissionais de notória especialização” (“Licitação e Contrato Administrativo”, 12ª ed, Malheiros Editores, p. 52).

Idêntico entendimento tem J. C. Mariense Escobar:

Configura-se essa singularidade quando o serviço, por suas características intrínsecas, não é confundível com outro. Não ser confundível com outro não quer dizer que seja único, mas sim que, por peculiaridades próprias do serviço, não é possível a sua comparação com outros de sua espécie. Sempre que o serviço possui natureza singular, a sua execução só pode ser atribuída – ensina Vera Lúcia Machado D’Avila (1994) – a um determinado profissional ou empresa especializada, que também não são únicos, mas têm a sua escolha justificada pela comprovada capacitação para prestá-lo. Daí dizer-se que essa singularidade também se caracteriza pelo toque pessoal, pelo modo particular com que o serviço é prestado, e o diferencia quando prestado por outrem. Serviço de natureza singular, ressalte-se, não significa único. Outras pessoas também podem prestá-lo, cada uma à sua maneira, em virtude das características individualizadoras que o serviço possui, daí Celso Antônio Bandeira de Mello (1985) assinalar que, de um modo geral, são singulares todas as produções intelectuais. (“Licitação. Teoria e Prática”. Livraria do Advogado, 1999 p. 90).

Ainda nesta senda, afirma Joel de Menezes Niebuhr:

Com efeito, a inexigibilidade ocorre mesmo que existam vários especialistas aptos a prestarem o serviço pretendido pela Administração, visto que todos eles se distinguem por características marcadas pela subjetividade, por suas experiências de cunho particular. Daí que a Administração deve escolher um dos especialistas em detrimento de todos os outros porventura existentes, acentuando-se aqui, mais uma vez, o tema referente à competência discricionária de que é investido o agente administrativo ("Dispensa e Inexigibilidade de Administração Pública", Ed. Dialética, 2003 p. 185/186).

Em sua melhor doutrina, o jurista Marçal Justen Filho, Doutor em Direito pela PUC/SP e Professor titular da Universidade Federal do Paraná, assenta em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 6º ed, fls. 262 a 267:

A singularidade do "objeto" consiste, na verdade, na singularidade (peculiaridade) do "interesse público a ser satisfeito". A raiz da inexigibilidade da licitação reside na necessidade a ser atendida e não no objeto ofertado. Ou seja, não é o objeto que é singular, mas o interesse público concreto. A singularidade do objeto contratado é reflexo da especialidade do interesse público.

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 construir, para cada caso, a solução adequada a satisfazer interesse público peculiar. Essa "construção" não deve ser entendida literalmente. Abrange todas as hipóteses de produção de um objeto diferenciado daqueles fornecidos por uma pluralidade de agentes no mercado. Alude-se a "construção" para indicar a necessidade de solução original que contenha resposta às exigências incomuns que o interesse público apresenta.

Na mesma linha, Luiz Alberto Blanchet, em sua obra "Licitação - o edital à luz da nova lei", p. 186, afirma que a inexigibilidade tem origem no mundo material e não no jurídico.

Descendo a detalhes, o Prof. Marçal afirma que existem três modalidades básicas de singularidade de interesse público. A primeira retrata-se na existência de um único objeto para satisfazer o interesse público. A segunda exterioriza-se na ausência de critério objetivo de definição do objeto que satisfaz o interesse público. A terceira está na incompatibilidade entre a satisfação do interesse público através de um contrato e a adoção de licitação para produzi-lo.

No primeiro caso, a Administração não encontra senão um certo objeto ou um certo sujeito para contratar. Quando delibera realizar um contrato, a Administração Pública seleciona uma certa categoria de objeto para a prestação a ser pactuada. Define o interesse público a ser satisfeito, o que permite identificar a prestação que o satisfará. Em tese, a Administração Pública escolhe, no universo de objetos em que consiste o mundo circundante, uma certa prestação, consistente em um dar, fazer ou não fazer algo.

É evidente que a seleção do objeto a ser contratado é consequência da determinação do interesse a ser satisfeito. Caberá a prévia verificação da necessidade que deverá ser atendida. O perfil da necessidade determina as escolhas da Administração Pública, tudo sendo apurado durante os trâmites internos e prévios à atividade contratual (indicados nos arts. 7º e 14 da Lei nº 8.666).

A Administração Pública poderá necessitar de prestações mais complexas ou menos complexas. As peculiaridades do interesse público a ser atendido pelo contrato determinarão o nível de exigência a ser formulada. A complexidade mais intensa derivará da impossibilidade de um objeto simples (padrão) atender à necessidade administrativa. Quanto mais específica e complexa a necessidade a ser atendida pela

Administração Pública, tanto maiores serão as exigências no âmbito da contratação. Aliás, esse é o único fundamento jurídico que legitima a imposição e requisitos severos para contratação: o interesse público a ser atendido.

Vale dizer, a complexidade do objeto licitado retrata a peculiaridade do interesse público cuja satisfação é colimada. Definir as condições da contratação representa, portanto, uma espécie de seleção no universo dos objetos circundantes. A intensificação das exigências a serem atendidas acarreta a correspondente redução dos objetos que podem satisfazer a Administração Pública. Pode-se imaginar, então, certo nível de complexidade que ultrapassa a possibilidade de satisfação. Não é difícil supor que os requisitos adotados pela Administração Pública conduzam à impossibilidade de contratação, diante da ausência de objetos satisfatórios. Poder-se-ia dizer que, nessas hipóteses, as exigências da Administração Pública ultrapassaram o limite máximo de "atendibilidade" – utilizando-se o vocábulo para indicar a existência de viabilidade de obter uma contratação. É óbvio que, em tal hipótese, dá-se a inviabilidade da competição, porquanto é inviável a própria contratação.

O último patamar, ainda dentro do limite da "atendibilidade", corresponde à ausência de pluralidade de disputantes. Caracteriza-se quando as condições de contratação adotadas pela Administração excluem a pluralidade de objetos adequados a satisfazer o interesse público. Trata-se da impossibilidade de competição por ausência de pluralidade de escolhas. Na ausência de opções, a Administração apenas pode efetivar uma única, consistente em contratar com determinado sujeito.

Mas a peculiaridade não reside no sujeito, nem no objeto que ele oferta. Está no interesse público, que apenas pode ser satisfeito por aquele objeto. Significa afirmar e reconhecer que não existem objetos absolutamente singulares no

mundo. O que torna um objeto “singular” é o interesse público. Mais precisamente, a singularidade do objeto é o reflexo da singularidade do interesse público.

Isso permite afirmar a ausência de qualquer singularidade do objeto antes de definidas as condições em que se dará a contratação administrativa. Um exemplo poderá esclarecer a extensão do raciocínio. Suponha-se a necessidade de hospital público adquirir equipamento de tomografia computadorizada. A caracterização de um equipamento como o único adequado a satisfazer o interesse público dependerá das especificações adotadas pela Administração Pública. Nada impedirá que a Administração Pública opte por exigências menos complexas, de molde a deparar-se com uma pluralidade de equipamento, produzidos por distintas empresas, igualmente qualificáveis para aquisição.

Insista-se em que isso não significa legitimar escolhas arbitrárias da Administração. Todas as exigências, adotadas para fins de contratação, deverão retratar um vínculo fundamentado de satisfação ao interesse público. A imposição de exigências desnecessárias ou excessivas caracteriza desvio de poder e a falta de atenção aos requisitos necessários (indispensáveis) caracteriza falta no atendimento ao interesse público. O problema não reside na escolha de condições que conduzem à existência de um único sujeito em condições de satisfazer o interesse público: o problema está na escolha de condições desnecessárias, abusivas e (ou) desvinculadas da satisfação do interesse público.

Ressalte-se que não cabe impugnar a decisão administrativa com o argumento de que, no universo circundante, existem diversos objetos ou sujeitos em condição de atender ao interesse público. Tal impugnação apenas procederá se a Administração incorresse em erro de fato – ou seja, reputasse equivocadamente existir um único objeto ou sujeito, ignorando a existência de outro(s) capaz(es) a satisfazer suas exigências.

Excluída a hipótese de erro de fato, o núcleo central da questão reside nos critérios de apuração do interesse público e de fixação das condições da contratação. Se a Administração avaliou correta e adequadamente o interesse público, não cabe apontar a "existência" de outros potenciais contratantes. Na verdade, esses outros particulares não são "potenciais" contratantes, porque não preenchem os requisitos impostos pela Administração.

Nessa primeira hipótese, a inviabilidade de competição decorre, portanto, da peculiaridade de um interesse público, cuja satisfação não pode fazer-se através de pluralidade indistinta de sujeitos e (ou) objetos. A licitação seria inútil, por saber-se de antemão que o interesse público apenas pode ser satisfeito por determinado produto, ofertado por sujeito específico. Produzir a licitação conduziria, quando muito, a ratificar resultado previamente conhecido. Haveria desperdício de tempo e de Recursos, sem qualquer contrapartida de benefícios para a Administração.

Essa primeira hipótese compreende a previsão do inc. I do art. 25 da Lei nº 8.666. No entanto, é inquestionável que não se restringe a ela. Seria até desnecessário ressaltar, ainda outra vez, que o art. 25 tem natureza não exaustiva e que as previsões dos diversos incisos são meramente exemplificativas.

Há outra hipótese de singularidade do interesse público, que conduz a modalidade distinta de inviabilidade de competição. Trata-se da situação em que a Administração Pública estabelece certas condições para a contratação, mas a natureza do interesse a ser atendido é incompatível com critérios objetivos de seleção.

A singularidade do objeto licitado consiste, nessa hipótese, na *subjetividade* de valoração da melhor forma de atender ao interesse público. Não há forma objetiva de selecionar o sujeito ou a prestação que melhor atenderá ao

interesse público. A necessidade pública é, por assim dizer, *inquantificável* ou *incomensurável*. A Administração pode promover uma espécie de seleção dos requisitos necessários à contratação, mas não dispõe de instrumentos para estabelecer disputa (quer sob o ângulo técnico, quer sob o econômico) entre os sujeitos ou objetos potencialmente aptos a satisfazer o interesse público. Essas hipóteses envolvem, usualmente, contratos cujo objeto consiste em prestação de fazer de natureza personalíssima. O particular contratado deverá desempenhar atividade pessoal, diretamente vinculada à sua personalidade, insuscetível de submissão a comparações excludentes. Nessa linha, manifestou-se especificamente Eros R. Grau, o hoje Ministro do Supremo Tribunal, recentemente empossado.

Insista-se em que a questão não reside na prestação, objetivamente considerada. A singularidade está no interesse público. As prestações, ainda quando desempenhadas através da atuação pessoal do sujeito, comportam distinção entre si. Um exemplo prático evidencia a procedência da asserção. Suponha-se o interesse de contratar um artista, na área da música, para determinado evento comemorativo. A condição da platéia definirá o perfil do músico a ser contratado. Não seria cabível, em uma festa popular, contratar músico que desenvolve pesquisas herméticas e que se propõe a apresentação na área "experimental". Deverá ser contratado artista que conte com preferência popular. Não é possível, porém, definir mais precisamente os requisitos aptos a satisfazer o interesse público. Logo, não há meio de estabelecer-se uma competição.

A terceira espécie se verifica quando a contratação for inviabilizada pela prévia licitação. Ou seja, a licitação pode realizar-se, mas resultará em escolha incompatível com a satisfação do interesse público. A Administração delimita, de antemão, quais as soluções que serão adequadas. Essa previsão evidencia, porém, que nenhuma das soluções satisfatórias será

obtida através de um certame licitatório configurado segundo a Lei de Licitações.

Essa questão fora apontada, de modo arguto, por Celso Antônio Bandeira de Mello, em trecho que merece transcrição:

"Em suma: sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para o bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque se 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 então não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput".

De modo similar, Hely Lopes Meirelles já assinalara, anteriormente, que o "casuismo 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".

A satisfação do interesse público através de licitação pressupõe que a Administração, embora se mantendo passiva, receba propostas suficientemente similares entre si para serem submetidas a um processo de comparação. Se essas condições não estiverem presentes, a licitação pode configurar-se como formalidade inútil. Eventualmente, porém, a situação até poderá ser mais grave, porquanto a licitação poderá conduzir à inviabilização da satisfação do interesse público. A estrutura procedimental da licitação foi construída no pressuposto de que os particulares (em condições de satisfazer o interesse público) acorreriam a formular propostas. Quando, porém, a natureza da atividade dos particulares é incompatível

com a formulação de propostas, o desenvolvimento da licitação inviabiliza a própria realização do contrato.

São casos em que a Administração somente conseguirá obter a prestação de que necessita se, em vez de convidar o interessado a formular propostas por via de uma licitação, for diretamente ao sujeito que pode satisfazê-lo e promover o contrato. Trata-se de situação incompatível com a estrutura procedimental da licitação. A Administração não receberá a proposta de que necessita especificamente porque o sujeito com quem interessa à Administração contratar não formulará proposta.

Sob esse ângulo, tem de subordinar-se a interpretação do instituto da licitação ao princípio da supremacia do interesse público. Não se admitem contratações infringentes ao interesse público. Aliás, prevê-se expressamente o exercício da competência discricionária para revogar licitação (Lei nº 8.666, art. 49). Significa que a Administração tem o dever de impedir a contratação quando o resultado da licitação for incompatível com o interesse público.

Ora, quando o interesse público apenas possa ser satisfeito através de determinada solução contratual, não atingível por via de licitação, tem-se de assegurar sua concretização. Trata-se do reverso da competência de revogar, em um certo sentido.

Não se trata de reconhecer a liberdade de a Administração Pública optar, a seu talante, pela realização ou não de procedimento licitatório. Ao contrário, não há margem de liberdade para tal decisão. Caberá evidenciar, de modo cabal e satisfatório, a impossibilidade de satisfação das necessidades concretas da Administração, se adota licitação.

Quando, então, a licitação inviabilizar a satisfação do interesse público, estará caracterizada a inviabilidade da competição. A constituição impõe uma presunção de que a licitação produz efeitos vantajosos e compatíveis com o

princípio da isonomia. Não se trata, como visto, de ficção. A Lei nº 8.666, ao consagrar o instituto da inexegibilidade, propiciou a contratação direta para hipóteses em que o certame licitatório é via de frustração do interesse público.

Acresce que, se a palavra singular tivesse o significado de "único", haveria na lei uma tautologia desnecessária, já que o inciso I trata da contratação com fornecedor exclusivo, esse, sim, único.

A esse respeito, trago à colação voto do Ministro Carlos Átila, do Tribunal de Contas da União, proferido na decisão 565/95:

"Note-se que o adjetivo 'singular' não significa necessariamente 'único'. O dicionário registra inúmeras acepções, tais como: invulgar, especial, raro, extraordinário, diferente, distinto, notável. A meu ver, quando a lei fala de serviço singular, não se refere a "único", e sim a invulgar, especial, notável. Escudo essa dedução lembrando que na lei não existem disposições inúteis. Se 'singular' significasse 'único', seria o mesmo que 'exclusivo', e portanto o dispositivo seria inútil pois estaria redundando o inciso I imediatamente anterior. Portanto, no meu entender, para fins de caracterizar a inviabilidade de competição e conseqüentemente a inexigibilidade de licitação, a notória especialização se manifesta mediante o pronunciamento do administrador sobre a adequação e suficiência da capacidade da empresa para atender ao seu caso concreto. Logo, num determinado setor de atividade, pode haver mais de uma empresa com ampla experiência na prestação de um serviço singular, e pode não obstante ocorrer que, em circunstâncias dadas, somente uma dentre elas tenha "notória

especialização”; será aquela que o gestor considerar a mais adequada para prestar os serviços previstos no caso concreto do contrato específico que pretender celebrar. Ressalvadas sempre as hipóteses de interpretações flagrantemente abusivas, defendo assim a tese de que se deve prestar margens flexíveis para que o gestor exerça esse poder discriminatório que a lei lhe outorga.” (grifo nosso)

Assim, uma primeira conclusão se impõe: o conceito de singularidade tem natureza qualitativa.

Voltando à lei, temos que a inexigibilidade da licitação pode ser reconhecida se os serviços, de natureza singular, forem prestados por profissional ou empresa notoriamente especializados. São dois os requisitos, portanto.

A notória especialização resulta da experiência e do desempenho anterior, dos estudos realizados ou da equipe técnica de que a empresa disponha para a execução dos serviços. Pode ser aferida objetivamente, já que admite comprovação por publicações ou por certidões.

Mas como se pode aferir ou comprovar a singularidade?

Sabemos que tem natureza qualitativa. Afirma Celso Antônio Bandeira de Mello que os serviços se “singularizam por um estilo ou por uma orientação pessoal”. E acrescenta que a singularidade deve ser relevante, de maneira que importe em “realce para a satisfação da necessidade administrativa”. Em suma: que as diferenças advindas da singularidade de cada qual “repercutam de maneira a autorizar a presunção de que o serviço de um é mais indicado do que o serviço do outro” (ambos os trechos citados estão na página 470 do “Curso de Direito Administrativo”, 12ª ed.).

Pode-se então avançar na análise e concluir que essas diferenças, essa orientação pessoal é algo que todo serviço especializado tem. Em outras palavras: todo serviço especializado tem um caráter que o singulariza. É o aspecto subjetivo da singularidade, a respeito do qual comentam Sérgio

Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo: *"A singularidade subjetiva contém-se no bojo da notória especialização. Não poderá haver, alguém notoriamente especializado sem características de singularidade"* (*"Dispensa de Licitação"*, Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 90). Nessa mesma esteira, está Eros Roberto Grau, que afirma que são singulares os serviços *"que apresentam, a conformá-los, características de qualidade, próprias de seu prestador. Singulares são porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com certo grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade do serviço está contida no bojo da notória especialização"* (*"Inexigibilidade de Licitação"*, RDP nº 99/1991, p. 72).

E acrescenta: *"quem delibera, concluindo que determinado profissional ou determinada empresa singularizará o serviço, em última instância pela confiança que inspira na Administração, é a própria Administração ..."* (obra citada, p. 72).

O mesmo autor, no livro *Licitação e Contrato Administrativo*, ainda esclarece:

"Por certo, pode a Administração depositar confiança em mais de um profissional ou empresa dotado de notória especialização relativamente à prestação de serviço técnico-profissional especializado, singular, mesmo porque, detendo notória especialização, todos eles são virtualmente merecedores da confiança, contudo, não pode ser objetivamente apurada, de modo que se possa identificar, entre os profissionais ou empresas nos quais o agente público incumbido de tomar a decisão referente a qual deles ou delas deve ser contratado, qual o que, sendo contratado, executará o trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. A decisão quanto à escolha desse

profissional ou daquela empresa para a prestação do serviço não pode, repito, ser demonstrada, ainda que se a possa justificar. Repito: é escolha discricionária do agente público ou dos agentes públicos competentes para contratá-lo" (Malheiros Editores, 1995, p. 74/75).

A confiança é fator destacado também por Hely Lopes Meirelles:

"Tem-se entendido, também, que serviços singulares são aqueles que podem ser prestados com determinado grau de confiabilidade por determinado profissional ou empresa cuja especialização seja reconhecida, pois a Administração tem poderes discricionários para escolher, dentre os vários prestadores de serviços singulares, porque prestados por profissionais ou empresas notoriamente especializados, aquele que deverá ser contratado para executar o trabalho mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (Licitação e Contrato Administrativo, 12ª ed, Malheiros Editores, p. 52).

Na mesma esteira, afirma Joel de Menezes Niebuhr:

"De tudo quanto se disse, cumpre concluir que o grau de confiabilidade do agente administrativo no especialista é o fator determinante da contratação. Assim sendo, no final das contas, esse grau de confiabilidade não pode ser objeto somente de comparação objetiva, já que nele influem necessariamente aspectos subjetivos, que inviabilizam a competição nos moldes que se pretende de uma licitação pública, isto é, prestantes a dispensarem tratamento igualitário a todos os interessados no

contrato". ("Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública", Editora Dialética 2003 p. 187).

Por fim, também Adílson de Abreu Dallari põe em evidência a confiança, que assim destaca:

"Uma palavra precisa ser dita a respeito de uma particular situação na qual não cabe disputa, cotejo ou comparação: trata-se da questão da confiança"
(*"Aspectos Jurídicos da Licitação"*, Ed. Saraiva, 5ª ed., p. 58).

Concluindo o que ficou dito, temos que o administrador, quando contrata diretamente profissional ou empresa, com fundamento no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, deve comprovar a notória especialização do contratado. A escolha discricionária deste, no universo dos notoriamente especializados, decorre dos elementos que singularizam o serviço e o tornam o mais adequado, pela confiança que inspira, à satisfação do interesse público.

É a tese que sustento.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Sr. Presidente, antes de V.Exa. concluir, quero pedir vista dos autos.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

VISTA CONCEDIDA AO EMINENTE CONSELHEIRO MOURA E CASTRO.