

O CREDENCIAMENTO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO TÉCNICO PROFISSIONAL ESPECIALIZADO DE NATUREZA SINGULAR

*A REGISTRATION TO HIRE SINGULAR SPECIALIZED
PROFESSIONAL TECHNICAL SERVICE*

*Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal da Advocacia-Geral da União
Especialista em Direito Público, Mestre em Direito, Procurador-Chefe da
Procuradoria Federal junto à Escola Nacional de Administração Pública (PF-
ENAP), Coordenador da Câmara Permanente de Licitações e Contratos da PGF/
AGU e Professor de Direito Administrativo, ministrando cursos na temática de
licitações e contratos administrativos*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Credenciamento; 2 Do Credenciamento para a Contratação de Serviço Técnico Profissional Especializado de Natureza Singular; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar a (im)possibilidade de aplicação do instituto do credenciamento para a contratação de serviço técnico profissional especializado de natureza singular. A contratação desses serviços é realizada por meio de inexigibilidade de licitação (art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993) em razão da inviabilidade de se fixar critérios objetivos para a seleção da melhor proposta em um certame. Não há unicidade do prestador do serviço nessa espécie de inexigibilidade. Diante do fato de as entidades ligadas às áreas de pesquisa, ciência, tecnologia e inovação necessitarem constantemente de serviços singulares, o credenciamento se apresenta como uma alternativa capaz garantir a satisfação do interesse da Administração com a consagração de princípios constitucionais caros aos procedimentos de contratação pública.

PALAVRAS-CHAVE: Credenciamento. Inviabilidade Jurídica de Competição. Inexigibilidade. Serviço Técnico Profissional Especializado Singular.

ABSTRACT: This work aims to analyze the (im)possibility of application of a registration to hire singular specialized professional technical service. The hiring of these services occurs without procurement (art. 25, II, of Law 8.666 / 1993) because of the impossibility to establish objective criteria for the selection of the best proposal in a contest. There isn't uniqueness of the professional in this case. How the entities that work with research, science, technology and innovation constantly require singular services, the registratio is an alternative to ensure the satisfaction of the interest of the Administration with the consecration of constitutional principles.

KEYWORDS: Registration. Impossibility of Procurement. Singular Specialized Professional Technical Service.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar a (im)possibilidade de aplicar o instituto do credenciamento para os casos de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de serviço técnico profissional especializado de natureza singular (art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993).

O credenciamento é um instituto voltado para a contratação por inexigibilidade de licitação para os casos nos quais a competição é inviável, mas a Administração tem necessidade de contratar com mais de um daqueles que têm a possibilidade de satisfazer a necessidade do ente público.

Acontece, no entanto, que o mencionado instituto é conceitualmente destinado para as inexigibilidades enquadradas no *caput* do art. 25, da Lei nº 8.666/1993. Então, de acordo com o conceito corriqueiramente apresentado para o credenciamento, ele só se aplica para situações que não se encaixam em um dos incisos do art. 25, da Lei nº 8.666/1993.

Todavia, entendemos ser relevante questionar se tal entendimento persiste no caso das inexigibilidades enquadradas no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, qual seja, as hipóteses de contratação direta de serviço técnico profissional especializado de natureza singular.

O fato é que nessas situações, assim como no caso do credenciamento, não há a unicidade do contratado. A Administração Pública pode contratar mais de um daqueles que ela considere apto para prestar o serviço. Nesse caso a Lei diz que a entidade poderá escolher qual é o mais adequado para a prestação do serviço entre os profissionais e empresas dotados de notória especialização (art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666/1993).

Há entidades como algumas das ligadas às áreas de pesquisa, ciência, tecnologia e inovação que têm a necessidade de constantemente contratar tais tipos de serviços. É comum para elas a contratação de profissionais para tarefas dotadas de alta complexidade envolvendo atividades como estudos técnicos, perícias, consultorias, docência e outras (art. 13, da Lei nº 8.666/1993).

Daí porque se julga relevante fazer o estudo em questão, a fim de que a Administração possa prezar pela qualidade do serviço que lhe será prestado e realizar uma contratação republicana.

1 DO CREDENCIAMENTO

É sabido que a Constituição de 1988 (art. 37, XXI) impõe à Administração Pública a realização de licitação para escolher os sujeitos com quem o Poder Público irá contratar. O certame é um procedimento que concretiza vários dos postulados da Carta Magna pátria. Os princípios da isonomia, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência são alguns dos exemplos de cânones constitucionais que são protegidos pela licitação. Por isso, a preocupação do Constituinte de 1988 em prever a licitação como uma regra na atuação da Administração.

Ocorre, entretanto, que o procedimento licitatório pode ser em algumas situações inconveniente ao Estado e às vezes ele é até mesmo impossível. Essa situação foi vislumbrada pelo Constituinte, razão pela qual o texto da Carta de 1988 cunhou a licitação como regra, mas admitiu ressalvas a serem especificadas na legislação. Disse o Constituinte:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - *ressalvados os casos especificados na legislação*, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (*grifo nosso*)

Por ser a exceção à regra, importa ressaltar que as hipóteses de contratação direta – sem licitação – devem ser interpretadas de maneira estrita. Fato é que o certame licitatório é um dos institutos voltados para a consagração do que Canotilho denominou de *princípios jurídicos fundamentais*¹, aqueles que se apresentam como motivo para a interpretação,

1 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1165: “*Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo*”.

a integração, o conhecimento e a aplicação do direito. A licitação confere concreitude, sobretudo, ao princípio constitucional da igualdade, uma vez que possibilita aos interessados em contratar com o Estado a participação no processo de seleção do contratado. Trata-se também de um meio pelo qual o Poder Público pode garantir para si um contrato cujo objeto tenha qualidade.

A Lei nº 8.666/1993, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA), admite duas hipóteses de contratação direta quais sejam: a dispensa e a inexigibilidade. Naquele caso, em que pese seja possível a realização do certame, a licitação pode não ser feita porque o legislador julgou por bem deixar ao gestor público a discricionariedade na efetivação do certame ou não (art's. 17 e 24, da Lei nº 8.666/1993). Já a situação da inexigibilidade ocorre quando a competição é impossível.

O que interessa ao estudo em voga é a inexigibilidade, que está prevista no art. 25, da LLCA, com o seguinte texto:

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

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados

com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

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

A inviabilidade de competição é tradicionalmente reconhecida como a unicidade do contratado. Isto é, a licitação seria inexigível porque a competição é impossível diante do fato de só haver um sujeito para prestar o serviço ou fornecer o bem. Não resta dúvida que essa é a ocasião clássica da inexigibilidade, mas não é só nesse caso que se configura a inviabilidade do certame. Sobre esse tema, cita-se Marçal Justen Filho:

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.

Ou, ainda, quando a realização da licitação inviabilizar a contratação de um entre os diversos sujeitos aptos a executar satisfatoriamente o contrato visado pela Administração.

Mas todas essas abordagens são meramente exemplificativas, eis que extraída dos exames das diversas hipóteses contidas nos incisos do art. 25, sendo imperioso reconhecer que nelas não se esgotam as possibilidades de configuração dos pressupostos da contratação direta por inexigibilidade de licitação².

Há situações em que, embora haja mais de um sujeito com potencial para ser contratado, a demanda da Administração é de um tamanho tal que apenas um não consegue satisfazer a quantidade a ser contratada, razão pela qual o interesse público não é satisfeito com o certame. Ainda existem hipóteses nas quais a inviabilidade de licitação decorre da ausência de critérios para selecionar a melhor proposta. Nesses casos, embora não haja unicidade de contratado, há inviabilidade de competição.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 367.

Nessas ocasiões, a depender das circunstâncias do caso, recomenda-se o uso do instituto do credenciamento, procedimento pelo qual a Administração fixa o preço a ser pago aos futuros contratados e cria um banco a ser formado por sujeitos que atendam a requisitos definidos em instrumento convocatório. Na medida em que surja a necessidade da Administração ela demanda o banco, que é formado por todos os que preencham os requisitos e requeiram seu credenciamento.

O credenciamento não tem previsão legal. Não há na Lei nº 8.666/1993, nem em outra lei, dispositivo que o regulamente, mas isso não o torna um instituto ilegal³. O fato é que ele aproxima dos preceitos constitucionais as hipóteses de contratação direta às quais ele se aplica. Se por um lado não se trata de uma licitação, por outra banda é possível enxergar no credenciamento uma postura que zela por diversos postulados republicanos previstos na Constituição de 1988, tais como os princípios da isonomia (art. 5º), da publicidade, da impessoalidade e da eficiência (art. 37). Nesse ponto, é cristalina a lição de Bráulio Gomes Mendes Diniz, relator do Parecer nº 7/2013/CPLC/DEPCONSUS/PGF/AGU, quando diz:

Diante da impossibilidade de escolher um só, bem como da ausência de possibilidade de selecionar a melhor proposta, permite-se o credenciamento de todos, procedimento em que, a despeito de não se enquadrar como licitação nem buscar a melhor proposta, realiza os princípios da isonomia, da impessoalidade, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório etc.. Enquadra-se essa forma de contratação no *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/93, isto é, no dispositivo que arrola casos não específicos de inexigibilidade.

O fato é que a abertura da possibilidade de contratação de mais de um sujeito quando o contrato público ocorre por inexigibilidade de licitação é uma postura capaz de conferir aplicação ao princípio republicano, previsto no art. 1º da Constituição, já que trata a todos com igualdade e acarreta ao Estado a prestação de um bom serviço.

3 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 100: “Cumpra ponderar, desde já, que a hipótese de credenciamento não foi prevista na Lei nº 8.666/93. Não há qualquer dispositivo que aborde o assunto, regramento suas premissas. Impende reafirmar, por oportuno, que a inexigibilidade não depende de autorização legal, tanto que ocorre em todas as situações de inviabilidade de competição, o que remonta à questão fática. Destarte a ausência de dispositivos normativos em torno das hipóteses de credenciamento não obsta lhes reconhecer a existência, bem como a inviabilidade de competição, o que acarreta a inexigibilidade”.

É pressuposto do credenciamento que a necessidade da Administração não se esgote com um único contrato. Se se trata de uma demanda eventual da entidade contratante, passível de ser resolvida em um único ajuste, não é o caso de se fazer o credenciamento. Esse instituto serve bem às entidades que têm demandas constantes em relação a um dado tipo de serviço. Daí, nas situações em que a quantidade necessitada pela Administração não pode ser atendida por um ou por alguns dos prestadores dos serviços, assim como naquelas situações em que é inviável eleger um critério objetivo para a seleção do contratado, recomenda-se a adoção do credenciamento. Em outras palavras, só é possível haver credenciamento quando a contratação de um dos sujeitos aptos não excluir a possibilidade da dos demais. Não há relação de exclusão entre possíveis prestadores do serviço no caso do credenciamento. Nesse sentido, é elucidativa a lição de Joel Menezes Niebuhr:

Outra hipótese de inexigibilidade de licitação pública, que é cada vez mais frequente, relaciona-se ao denominado *credenciamento*, porquanto todos os interessados em contratar com a Administração Pública são efetivamente contratados, sem que haja *relação de exclusão*. Como todos os interessados são contratados, não há que se competir por nada, forçando-se reconhecer, por dedução, a inviabilidade de competição e a inexigibilidade de licitação pública⁴.

Apesar de não haver norma legal que institua regimentos para o credenciamento, verifica-se no âmbito da Advocacia-Geral da União o já mencionado Parecer nº 7/2013/CPLC/DEPCONSUS/PGF/AGU. Nesse ato são estabelecidos alguns requisitos essenciais para a aplicação do credenciamento, exigindo-se que:

haja possibilidade de contratação de quaisquer dos interessados que satisfaçam as condições exigidas;

o preço de mercado seja razoavelmente uniforme e que a fixação prévia de valores seja mais vantajosa para a Administração, devendo ficar demonstrada nos autos a vantagem ou igualdade dos valores definidos em relação aos preços de mercado;

seja dada ampla divulgação, mediante aviso publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação local, sem prejuízo do uso adicional de outros meios que se revelem mais adequados ao caso;

⁴ NIEBUHR, op. cit.

sejam fixados os critérios e exigências mínimas para que os interessados possam credenciar-se;

seja fixada, de forma criteriosa, a tabela de preços que remunerará os diversos itens de serviços;

sejam estabelecidas as hipóteses de descredenciamento;

seja prevista a possibilidade de denúncia do ajuste, a qualquer tempo, pelo credenciado, bastando notificar a Administração, com a antecedência fixada no termo;

a possibilidade de credenciar-se fique aberta durante todo o período em que a Administração precisar dos serviços, conforme fixado em Edital, cuja minuta deve ser analisada pela respectiva assessoria jurídica;

a possibilidade de os usuários ou administrados denunciarem qualquer irregularidade verificada na prestação dos serviços;

sejam fixados critérios objetivos de distribuição da demanda, por exemplo, sorteio público, excluindo-se os sorteados anteriormente, escolha pelo próprio usuário-interessado etc.

Colocados os pressupostos do credenciamento, cabe analisar a sua aplicação para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular por inexigibilidade de licitação.

2 DO CREDENCIAMENTO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO TÉCNICO PROFISSIONAL ESPECIALIZADO DE NATUREZA SINGULAR

Pelo que se observa do introito, a questão posta se esteia no disposto no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, cujo teor é a contratação por inexigibilidade de licitação de serviços técnicos profissionais especializados. Para a situação em análise, o que é relevante é se há ou não possibilidade de credenciamento para contratar serviço técnico profissional especializado de natureza singular.

A inexigibilidade de licitação de serviço técnico profissional especializado está prevista no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, já transcrito neste trabalho, mas que se pede licença para repetir:

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

[...]

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

[...]

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

Primeiramente, faz-se necessário definir o que é serviço técnico profissional especializado. A LLCA traz, em seu art. 13, quais são esses tipos de serviços:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.
- VIII - (Vetado).

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

§ 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato. (grifo nosso)

Salienta-se, no entanto, que a previsão do serviço no art. 13, da Lei nº 8.666/1993, não é condição necessária, nem suficiente, para a aplicação do art. 25, II. Aqui advoga-se a tese de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães no sentido de que há outros serviços técnicos profissionais especializados não estabelecidos nos incisos do art. 13. Como bem alertam os autores, o inciso II, do art. 25, traz a vedação de contratação direta calcada neste dispositivo dos serviços de publicidade e divulgação. Esses serviços sequer estão elencados no art. 13, da LLCA, o que implica reconhecer que a presença do serviço em um dos incisos do art. 13 não é condição necessária para a hipótese de contratação direta em estudo, pois se assim fosse a vedação da inexigibilidade de contratos de publicidade e divulgação seria letra morta⁵. Não estando esses serviços no art. 13, não seriam enquadráveis no inciso II. Nesse ponto, vale citar os autores referidos:

Note-se que o elenco de atividades é meramente exemplificativo. Evidentemente, outros serviços técnicos poderão ser contratados diretamente, por inexigibilidade de licitação. Tal como referido acima, a explicitação da vedação da inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação bem elucida o caráter aberto da relação contida nos incisos do art. 13 para fins de contratação direta. Fosse fechado o rol de casos, a vedação seria supérflua, o que não se pode presumir, em vista da aplicação de princípio hermenêutico fundamental⁶.

Ademais, a LLCA é de 1993, momento em que o elenco de serviços de natureza técnico-profissional era diverso do que existe hoje. Da data da edição da Lei nº 8666/1993 até hoje já surgiram no mercado vários

5 Importante ressaltar que o TCU cristalizou na Súmula nº 252/2010 a exigência do serviço a ser contratado estar entre os previstos no art. 13, da Lei nº 8.666/1993: “A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado”. (grifo nosso)

6 GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 433.

tipos de serviços que antes nem se cogitava. Esse é mais um motivo para se reconhecer no rol do art. 13 da LLCA o seu caráter exemplificativo. Só assim o art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993 conseguirá cumprir sua missão.

Assim como a previsão do serviço no art. 13 não é condição necessária para a aplicação do art. 25, II, também não é condição suficiente. Isto é, não basta a presença do serviço no elenco trazido no art. 13 da LLCA para restar autorizada a contratação direta. Além de se tratar de um serviço técnico profissional especializado, deve a atividade a ser desenvolvida ter o caráter singular. A definição da singularidade exigida no dispositivo em estudo é tarefa árdua. Tal locução deve ter seu sentido aberto, sob pena de a norma não conseguir cumprir sua função. A singularidade do objeto, então, está atrelada a uma série de fatores relacionados ao ineditismo, à complexidade técnica, ao vulto quantitativo da contratação, à extensão territorial do serviço a ser prestado, entre outros⁷. Destaca-se ainda que a configuração da singularidade pode variar no tempo e no espaço, dependendo das circunstâncias históricas e geográficas de cada situação. Assim leciona Marçal Justen Filho:

Portanto, o conceito “natureza singular” é relativo. Depende das circunstâncias históricas e geográficas. Sua identificação, no caso concreto, depende das condições generalizadas de conhecimento e técnica. Algo que, em um certo momento, caracteriza-se como tendo natureza singular pode deixar de ser assim considerado no futuro. Um certo serviço pode ser reputado como de natureza singular em certas regiões do Brasil e não ser assim qualificável em outras. A maior dificuldade para entender o conceito reside na tentativa de transformá-lo em absoluto, reconduzindo-o a padrões numéricos ou a modelos predeterminados⁸.

O que se julga relevante notar é que, em linhas gerais, a singularidade mencionada no art. 25, II, da LLCA, está atrelada à complexidade do serviço a ser prestado, tendo em conta a realidade geográfica e histórica vivida pela Administração Pública. Isso significa dizer que o serviço comum, passível de ser prestado pelo profissional padrão de mercado, não pode ser contratado por inexigibilidade de licitação com esteio no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993. Para isso alertam Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães:

7 Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães trazem relevante consideração sobre o ponto: “Assim, a singularidade poderá ser consequência, por exemplo, da complexidade técnica do objeto, do vulto da prestação; da sua eventualidade e especificidade; de seu caráter predominantemente intelectual e criativo; etc” (ibidem, p. 440).

8 JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p. 357.

Fato é que a singularidade pressupõe algo que não seja corriqueiro, rotineiro, e que possa ser desempenhado por qualquer prestador. Afasta-se de dados do cotidiano das respectivas profissões ou empreendimentos. Revela atividade específica, cujo resultado seja variável a depender da identidade do sujeito⁹.

Marçal Justen Filho apresenta ensinamento na mesma direção:

Ou seja, a fórmula “natureza singular” destina-se a evitar a generalização da contratação direta para todos os casos enquadráveis no art. 13. É imperioso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse sob tutela estatal é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não. A natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional “especializado”. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado)¹⁰.

A singularidade deve ser interpretada com o conjunto de requisitos para a contratação direta prevista no art. 25, II. Isto é, falar de singularidade não é falar de um único profissional disponível para a prestação do serviço, mas sim de um objeto cujo grau de complexidade é tamanho que impede a objetividade na seleção do contratado. Por isso, a LLCA requer que o serviço seja técnico profissional de complexidade apta a torná-lo singular a ponto de ser necessário um profissional de notória especialização para satisfazer o interesse da Administração.

Se a singularidade versada na Lei fosse a simples unicidade, não seria necessária a previsão do inciso II, do art. 25, pois a situação seria resolvida pelo *caput* do dispositivo. O fato é que a inviabilidade de competição no caso do inciso II, do art. 25, não decorre da unicidade do prestador do serviço, mas sim da impossibilidade de se eleger critérios objetivos para a seleção de todos os profissionais disponíveis no mercado, dada a complexidade da demanda administrativa. Neste ponto, cabe citar a Súmula n° 39, do Tribunal de Contas da União:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível

9 GUILMARÃES; MOREIRA. op. cit., p. 440.

10 JUSTEN FILHO. op. cit., p. 356.

quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

O Tribunal de Contas da União também enfrentou a questão nos seguintes julgados, noticiados, respectivamente, nos Informativos de Licitações e Contratos nº 176 e 150:

O conceito de singularidade de que trata o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993 não está vinculado à ideia de unicidade, mas de complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado.

Pedido de Reexame interposto pelo TRE/MG questionou deliberação proferida pelo TCU, pela qual fora dada ciência ao órgão da seguinte falha: *“contratação direta, por inexigibilidade de licitação, do Instituto de Desenvolvimento Gerencial S.A. (INDG), sem que estivesse configurada a singularidade do objeto e a inviabilidade de competição, contrariando o art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993”*. A contratação tivera por objeto a prestação de serviços de consultoria na concepção, desenvolvimento e implementação de Projeto Piloto da Gestão de Pessoas. A contratação direta fora considerada indevida pela suposição de que poderia haver outras empresas no mercado aptas a prestar os serviços contratados. Analisando o mérito recursal, o relator ponderou que *“o requisito da singularidade de que trata o inciso II do art. 25 da Lei 8.666/1993 não se confunde com a ideia de unicidade. Ou seja, o fato de haver mais de uma empresa atuando em determinado segmento do mercado não é incompatível com a ideia de singularidade do objeto a ser contratado”*. Nesse sentido, *“caso o conceito de singularidade significasse um único sujeito possível de ser contratado, estar-se-ia diante de inviabilidade de competição subsumível diretamente ao caput do art. 25 da Lei 8.666/1993”*, tornando inaplicáveis as disposições do inciso II desse mesmo artigo, *“que exigem o atributo da singularidade para as contratações diretas de serviços especializados com profissionais e empresas de notória especialização”*. A propósito, recorreu o relator a ponderações presentes no Acórdão 1074/2013-Plenário, no sentido de que a singularidade não requer um único sujeito em condições de ser contratado e que, conceitualmente, significa complexidade e especificidade: *“a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas*

sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado". Nessa linha, citou precedente do STF em que se enfatiza o elemento subjetivo da confiança, aliado à notória especialização, como os requisitos centrais para a contratação direta de serviços técnicos especializados. Entendendo assistir razão ao TRE/MG, e ponderando que, nessas situações, há certo grau de discricionariedade do gestor na escolha da empresa a ser contratada, considerou o relator afastado o fundamento determinante para a expedição da ciência questionada pelo recurso. Evidenciado que o órgão adotou os devidos cuidados para justificar a contratação por inexigibilidade, o Plenário, acolhendo a proposta do relator, julgou precedente o recurso, tornando insubsistente o item questionado. *Acórdão 7840/2013-Primeira Câmara, TC 013.157/2012-4, relator Ministro Benjamin Zymler, 5.11.2013.*

O conceito de singularidade de que trata o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993 não está vinculado à ideia de unicidade, mas de complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado.

Auditoria na Petrobras Transportes S.A. – Transpetro apontou possível irregularidade em contratações diretas por inexigibilidade de escritório de advocacia, no âmbito do Programa de Modernização e Expansão da Frota da Transpetro – Promef. Os objetos dos contratos foram a elaboração de minutas de edital de pré-qualificação, de convite e de contratos para a aquisição de embarcações, e o acompanhamento de demanda consultiva e contenciosa relativa ao edital de pré-qualificação e ao procedimento licitatório. Ao discordar da unidade técnica quanto à existência de irregularidade, o relator ponderou que *“o ineditismo e a complexidade dos aspectos que envolvem o Promef mostram-se suficientes para justificar a contratação direta ... no âmbito da estrutura técnico-jurídica criada para lidar com a implementação do projeto”*, além do que *“com as aquisições, realizadas mediante a construção de navios pelas empresas nacionais consorciadas com as estrangeiras, será possível a obtenção, pelas referidas empresas brasileiras, de um nível de competitividade aferido por meio de curva de aprendizado previamente estipulada consoante padrões de excelência internacional”*. Diante do contexto em exame, o relator considerou tratar-se *“de exemplo típico de inexigibilidade de licitação”*, por restar justificada a natureza singular das atividades a serem realizadas pelo escritório contratado. *“Primeiramente, porque o conceito de singularidade*

não está vinculado à ideia de unicidade. Para fins de subsunção ao art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93, entendo não existir um serviço que possa ser prestado apenas e exclusivamente por uma única pessoa. A existência de um único sujeito em condições de ser contratado conduziria à inviabilidade de competição em relação a qualquer serviço e não apenas em relação àqueles considerados técnicos profissionais especializados, o que tornaria letra morta o dispositivo legal.”
“Em segundo lugar, porque singularidade, a meu ver, significa complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado.” Seguindo o voto do relator, as justificativas dos responsáveis foram acatadas pelo Plenário. *Acórdão 1074/2013-Plenário, TC 024.405/2007-1, relator Ministro Benjamin Zymler, 8.5.2013.*

Nessa linha, ante a constatação de inexigibilidade para contratação de serviço técnico profissional, surge a discricionariedade do gestor em escolher o contratado. Ressalta-se que a discricionariedade aqui não é relativa à hipótese de inexigibilidade, mas à escolha do contratado. A inexigibilidade, como já destacado, é constatada ante a subsunção do fato a norma. A inexigibilidade, então, é vinculada, mas a escolha da contratada no caso de inexigibilidade prevista no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, é discricionária. Nesse ponto, vale trazer à baila o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS, MAS NÃO SINGULARES. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. DISPENSA. 1. Os serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/93, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa. 2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos à ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação. 3. Recurso especial não-provido¹¹. (grifo nosso)

11 STJ, REsp nº 436869-SP, Rel. Min. José Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. 6/12/2005.

É possível notar no próprio texto da Lei nº 8.666/1993 a ideia de que não há unicidade do sujeito a ser contratado na inexigibilidade de serviço técnico de natureza singular, assim como que há discricionariedade para o gestor escolher o perfil do prestador do serviço. Segundo o inciso II do art. 25, o profissional ou a empresa apto a ser contratado diretamente para a prestação do serviço tem que ser dotado de notória especialização. Já o art. 25, § 1º, da LLCA (acima transcrito), por sua vez, conceitua a notória especialização como a característica do profissional ou empresa “[...] cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (grifo nosso). A Lei fala em profissional mais adequado, o que indica que há mais de um com possibilidade de prestar o serviço, mas que o gestor, no exercício de sua discricionariedade, deve escolher entre todos o que ele entende se adequar melhor ao caso.

Assim, resta perquirir se nesses casos de inexigibilidade é possível a utilização do credenciamento. Observou-se no tópico anterior que se prega ser o instituto estudado voltado para situações de contratação direta com base no *caput* do art. 25, da Lei nº 8.666/1993. O que se questiona é se também não seria possível o encaixe do credenciamento nas hipóteses de inexigibilidade previstas no inciso II, do mesmo art. 25.

De início, encontra-se dois pontos a serem enfrentados: a) a natureza singular do serviço o torna raro e, por isso, não seria necessária a contratação constante, como é exigido para o credenciamento; b) e o credenciamento retiraria a discricionariedade do gestor, que deixaria de escolher o profissional/empresa de sua confiança.

Quanto ao primeiro ponto, relembra-se aqui lição anteriormente exposta no sentido de que a singularidade do serviço é relativa, dependendo de diversos fatores a serem analisados. Nesse aspecto, o que se observa é que em determinadas entidades públicas há uma demanda constante pela contratação de serviços técnicos dotados de alta complexidade. Ressalta-se, nesse particular, o caso das instituições ligadas às áreas de pesquisa, ciência, tecnologia e inovação. Para o bom funcionamento de algumas delas é essencial a constante contratação de profissionais dotados de notória especialização para prestação de serviços complexos e, em razão disso, singulares.

Um caso corriqueiro em algumas das entidades é a contratação de docentes. Nessa situação, a singularidade é quase presumida, pois os treinamentos realizados pela Administração, para seus servidores ou não, envolve diversos elementos que o fazem dotado de complexidade. Tanto é assim que a Advocacia-Geral da União editou a Orientação Normativa nº 18, cujo teor é o seguinte:

CONTRATA-SE POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 25, INC. II, DA LEI Nº 8.666, DE 1993, CONFERENCISTAS PARA MINISTRAR CURSOS PARA TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL, OU A INSCRIÇÃO EM CURSOS ABERTOS, DESDE QUE CARACTERIZADA A SINGULARIDADE DO OBJETO E VERIFICADO TRATAR-SE DE NOTÓRIO ESPECIALISTA.

Outro exemplo é a contratação de tradutores. Existem situações em que o texto, falado ou escrito, envolve uma linguagem específica de uma determinada área de conhecimento que torna o serviço de tradução extremamente complexo. Note-se que numa ocasião como essa não basta o conhecimento da língua a ser traduzida. Nessa hipótese, o serviço é dotado de complexidade porque o profissional que o presta necessita de conhecimento da língua e dos termos técnicos relacionados à área de conhecimento sobre a qual versa o texto.

Salienta-se que há instituições públicas que demandam serviços como esses constantemente. Imagine-se o caso de uma universidade pública, ou de uma entidade ligada à área de desenvolvimento científico, em que se demanda constantemente a realização de atividades de docência de profissionais que não possuem vínculo com a instituição. Ou em que há necessidade de tradução de palestras proferidas por professores estrangeiros em áreas bem específicas da ciência. Para esses entes, há serviços que, embora possam ser considerados singulares, são constantemente demandados.

Ou seja, em que pese a singularidade, em regra, seja acidental, é possível que ela seja constante na atuação de uma entidade e, em sendo, fica rompida essa barreira para a adoção do credenciamento.

Quanto ao segundo questionamento, a retirada da discricionariedade do gestor para escolher alguém de sua confiança, também não se vê aí um obstáculo intransponível para a adoção do credenciamento. Primeiramente é preciso reafirmar que a discricionariedade concedida

ao gestor não é um valor em si. Trata-se de um poder instrumental concedido ao agente público por que, segundo a lei, essa é a melhor maneira de se atingir o fim público. Acerca desse tema, diz Celso Antônio Bandeira de Mello:

Tomando-se consciência deste fato, deste caráter funcional da atividade administrativa (por isto se diz “função administrativa”), desta necessária submissão da administração à lei, percebe-se que o chamado “poder discricionário” tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*. Só assim poderá ser corretamente *entendido e dimensionado*, compreendendo-se, então, que o que há é um *dever discricionário*, antes que um “poder” discricionário. Uma vez assentido que os chamados poderes são meros veículos instrumentais para propiciar ao obrigado cumprir o seu dever, ter-se-á da discricionariedade, provavelmente, uma visão totalmente distinta daquela que habitualmente se tem¹².

Dessa forma, sendo a discricionariedade um instrumento, ela não pode ser interpretada como um direito do gestor público, pois, ao contrário disso, trata-se de uma ferramenta cujo uso foi conferido a ele como meio de se alcançar o interesse público.

Ademais, é preciso esclarecer que o credenciamento não retira do administrador público a discricionariedade. A verdade é que a Lei nº 8.666/1993 traça no § 1º, do art. 25, as linhas balizadoras para a escolha do profissional ou da empresa dotado de notória especialização na temática relativa ao serviço singular. Deve o gestor se balizar para a escolha do prestador do serviço nos seguintes quesitos: desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros relacionados com suas atividades. Apesar de o legislador ter aberto o leque de requisitos para a qualificação da notória especialização com o uso da fórmula genérica *outros relacionados com suas atividades*, ele trouxe um conjunto considerável de elementos a serem levados em conta.

Isto é, há uma limitação no motivo que leva o gestor a escolher o contratado. Diante disso, pode o agente público exercer sua discricionariedade fixando em edital, com base nos requisitos previstos no art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, o perfil do prestador que ele

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 15.

entende como o mais adequado para a prestação do serviço singular, abrindo a possibilidade de que o profissional ou a empresa que preencha os requisitos venha a ser contratado. Em outras palavras, o que é lícito dizer é que a Lei não conferiu discricionariedade para o gestor escolher a *pessoa* que prestará o serviço. O que foi conferido ao agente público foi a liberdade de traçar o perfil profissional/empresarial capaz de mais adequadamente prestar o serviço. Por essas razões, não se enxerga no credenciamento uma afronta à discricionariedade.

O que se deve atentar ainda é para o fato de a interpretação do ordenamento jurídico administrativo se guiar pelos postulados constitucionais básicos, sempre procurando conferir a maior efetividade possível a todos eles. A Constituição previu a licitação como a regra capaz de garantir a igualdade de tratamento entre todos os interessados em contratar com a Administração e como o mecanismo capaz de garantir a eleição da melhor proposta para o Estado (princípio da eficiência insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição). No caso da inexigibilidade enquadrada no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, a licitação não garante a melhor proposta, sendo na espécie um procedimento ineficiente.

Sugere-se nessa situação a utilização do credenciamento. Atente-se para o princípio hermenêutico da unidade da Constituição¹³. Se por um lado a licitação não garante a contratação mais eficiente, a escolha do contratado calcada em subjetivismo fere de morte os princípios da impessoalidade (art. 37, *caput*, da Constituição) e da isonomia (art. 5º da Constituição). O credenciamento, então, se apresenta como um mecanismo capaz de conferir maior efetividade à eficiência, à isonomia e à impessoalidade. Ele é a interpretação da Constituição de forma una, na medida em que se confere aplicação a um dos cânones constitucionais sem desprezar os demais.

13 HESSE, Konrad. A interpretação Constitucional. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. In: *Temas Fundamentais do direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113: *“A relação de interdependência existente entre os distintos elementos da Constituição obrigam a que, em nenhum caso, se contemple a norma isoladamente, mas, ao contrário, sempre em conjunto em que ela deve estar situada; todas as normas constitucionais não de ser interpretadas de tal modo que se evitem contradições com outras normas da Constituição. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontra em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos particulares”*.

3 CONCLUSÃO

O credenciamento é um instituto voltado para contratações nas quais a licitação é impossível por que: a) o Estado tem necessidade de um serviço numa proporção tal que apenas um contratado não satisfaz a quantidade a ser contratada; b) há ocasiões nas quais a impossibilidade de licitação decorre da inexistência de parâmetros para eleger a melhor proposta. Nesses casos, apesar de não haver só um sujeito passível de contratação, há inviabilidade de competição, evidenciando inexigibilidade de licitação enquadrada na hipótese do *caput* do art. 25 da LLCA.

O instituto em análise, apesar de não ser uma licitação, confere concretude a princípios constitucionais como os da isonomia (art. 5º), da publicidade, da impessoalidade e da eficiência (art. 37). Por isso, trata-se de prática a ser incentivada no âmbito da Administração Pública. No credenciamento a Administração estabelece o preço a ser pago aos prestadores do serviço e forma um banco composto por sujeitos que preencham requisitos definidos em edital e que requeiram sua inscrição. Com o surgimento da necessidade da Administração, ela demanda o banco. Ou seja, nesse mecanismo evitam-se subjetivismos e se respeita a impessoalidade e a igualdade.

Apesar de o credenciamento ser conceitualmente destinado às ocasiões nas quais a inexigibilidade se enquadra no *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, enxerga-se a possibilidade de também aplicar o instituto aos casos de contratação direta de serviço técnico profissional de natureza singular. Esse tipo de inexigibilidade está prevista no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993.

O serviço singular é dotado de complexidade capaz de impedir a fixação de critérios objetivos para a eleição da melhor proposta num procedimento de licitação, razão pela qual sua contratação ocorre de forma direta. Em que pese se tratar de um serviço raro, é possível que em determinados entes da Administração Pública a demanda por prestações dessa natureza seja constante.

Nessas hipóteses, recomenda-se a utilização do credenciamento com a fixação em um instrumento convocatório de critérios condizentes com os constantes do § 1º do art. 25 da LLCA. Com isso, a Administração se vale da sua discricionariedade para estabelecer o perfil do profissional que considera como o mais adequado para a realização do serviço.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. *Parecer nº 7/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/238680>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº 252*. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº 39*. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: ago. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. *Informativo de Licitação e Contrato nº 150*. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. *Informativo de Licitação e Contrato nº 176*. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 436869-SP*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

_____. Advocacia-Geral da União. *Orientação Normativa nº 18*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

HESSE, Konrad. A interpretação Constitucional. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. In: *Temas Fundamentais do direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

