ALMT
PROCURADORIA GERAL
Folha Nº 96
Visto: 193

PROTOCOLO 201944902

PARECER Nº 261/2019

LICITAÇÃO – CAPACITAÇÃO DE SERVIDORES – INEXIGIBILIDADE – INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO – ART. 25, II C/C ART. 13, VI DA LEI 8.666/93 – POSSIBILIDADE, ATENDIDAS AS RECOMENDAÇÕES CONSTANTES DO PARECER.

I- RELATÓRIO

Trata-se do Memorando nº 530/2019-SGEL (fl. 94) encaminhado a esta Procuradoria pelo Superintendente do Grupo Executivo de Licitações, solicitando análise acerca da possibilidade de contratação, via inexigibilidade de licitação, para a realização de curso de capacitação, com vistas ao treinamento de servidores para a formalização de contratos administrativos.

Consta do feito, em síntese: Memorando nº 188/2019/SCCC (fls. 02); "Folders" com a apresentação do curso "Semana Nacional de estudos Avançados em Contratos Administrativos" (fls. 03/05); Memorando nº 275/2019-SPOF, informando a existência de dotação orçamentária para a contratação de duas vagas (fl. 07); Termo de Apensamento do feito de protocolo nº 201948339 ao processo em mesa (fl. 11); Proposta de preços da pretensa contratada (fls. 12/19v.); Termo de Referência n. 0036/2019 (fls. 20/32); Atestado acerca da exclusividade da pretensa contratada para a realização da "6º CONTRATOS WEEK – SEMANA NACIONAL DE ESTUDOS AVANÇADOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS" (fl. 33); Declaração (fl. 34); Declaração Negativa de Trabalho infantil (fl. 35); Documentos pessoais dos representantes e documentos constitutivos da empresa INSTITUTO NEGÓCIOS PÚBLICOS DO BRASIL –

Gregory Paiva Pires Moreira Maia
Procurador-Geral
ALMT Assembleia Legislativa

ESTUDOS E PESQUISAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INP – LTDA. (fls. 38/43); Certidões atestando a regularidade fiscal e junto ao FGTS (fls. 44/49); Notas de empenho demonstrando os preços praticados pela empresa junto a órgãos públicos dos estados da Paraíba, Paraná e Rondônia (fls. 50/52); Pedido de Compra n° 106 (fls. 53/60); Termo de Referência de Prestação de Serviços n° 00036/2019 (fls. 61/65); Proposta comercial com desconto (fls. 67/68); Consulta no sítio eletrônico COMPRASNET (fl. 70); Planilha Comparativa de Preços (fl. 71); Despacho n° 054-2019 (fl. 72); Autorização da Mesa Diretora da Casa (fl. 75); Comprovante do CNPJ, Certidões de regularidade fiscal, trabalhista e junto ao FGTS (fls. 76/82); Balanço Patrimonial (fls. 83/87); Certidão Negativa de Feitos Ajuizados (fl. 88); "Check-list" e Análise dos Documentos de Habilitação (fls. 89/93).

É o relatório.

II- FUNDAMENTAÇÃO

A Administração Pública exerce atividade multifária e complexa, sempre norteada pelo interesse público. Para alcançá-lo, em verdade, necessita de serviços e bens fornecidos por terceiros, razão pela qual deve firmar contratos para realização de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens, execução de serviços públicos, locação de imóveis etc. Não poderia a lei deixar ao critério exclusivo do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, de modo que a licitação busca sanar os riscos advindos dessa conduta. Caracterizando-se como um procedimento anterior ao próprio contrato, admite que várias propostas sejam oferecidas, e, em consequência, permite também que seja escolhida a mais vantajosa para a Administração[1].

ALMT
PROCURADORIA GERAL
Folha Nº 97
Visto:

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 237.

O texto constitucional, imbuído desse espírito, em seu artigo 37, inciso XXI[2], determina que sejam os contratos administrativos precedidos de licitação[3], ressalvando-se os casos especificados na legislação.

Dentre as hipóteses excepcionadas pela lei n° 8.666/93 (norma geral nacional para licitações e contratos da Administração Pública), **destaca-se a inexigibilidade de licitação** disciplinada nos artigos 13 e 25 da norma em comento:

> Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
>
> [...]
>
> VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

> 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

2 Art. 37, inciso 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.

3 "Quando foi concebido o procedimento de licitação, assentou-se o legislador em determinados fundamentos inspiradores. E um deles foi, sem dúvida, a moralidade administrativa. Erigida atualmente à categoria de princípio constitucional pelo art. 37, caput, da CF, a moralidade administrativa deve gular toda a conduta dos administradores. [...] O outro fundamento da licitação foi a necessidade de proporcionar igualdade de oportunidades a todos quantos se interessam em contratar com a Administração fornecendo seus serviços e bens (o que é mais comum), ou àqueles que desejam apresentar projetos de natureza técnica, científica ou artística. [...] Cumpre, assim, permitir a competitividade entre os interessados, essencial ao próprio instituto da licitação. Como é evidente, esse fundamento se agrega à noção que envolve os princípios da igualdade e da impessoalidade, de obrigatória observância por todos aqueles que integrem os quadros da Administração." CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 243-244.

ALMT PROCURADORIA GERAL Folha Nº 98 Visto:

Gricheony Paiva Pires Moreira Maia Procurador-Geral

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."

4

A contratação pretendida pode-se enquadrar, em tese, na forma de contratação direta por inexigibilidade de licitação, prevista no art.25, inciso II, c/c art.13, inciso VI da Lei federal nº 8.666/93, desde que atendidos seus comandos.

O Tribunal de Contas da União dirimiu controvérsia acerca da possibilidade de contratação direta sem licitação, na modalidade cursos externos, tendo considerado que:

ALMT
PROCURADORIA GERAL
Folha Nº 99
Visto: 93

Gregory Paiva Pires Moreira Mala
Procurador Geral
ALMT Assembleia Legislativa

"as contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal, bem como ***a inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros, enquadram-se na hipótese de inexigibilidade de licitação*** *prevista no inciso II (Decisão 439/98 plenário. Sessão 15/07/1998. DOU 23/07/1998"*

Vale destacar, ainda sobre o referido acórdão, trecho do voto do Ministro Relator Adhemar Paladini Ghisi, que após análise o estudo e as conclusões da área técnica a respeito do tema contratação direta de cursos de treinamento e capacitação na administração, concluiu:

"(...). Nesse sentido, defendo a possibilidade de **inexigibilidade** de licitação, na atual realidade brasileira, estende-se a todos **os cursos de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal** (...). Assim, desponta, a meu ver, com clareza que a **inexigibilidade de licitação para contratação de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal é a regra geral**, sendo a licitação **exceção** que deve ser averiguada caso a caso pelo administrador.

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, assim manifestou na **Resolução de Consulta n° 68/2010**[4], quanto à possibilidade de realização de despesa, com cursos de aperfeiçoamento e qualificação de servidores:

"Ementa: CÂMARA MUNICIPAL DE JAURU. CONSULTA. PESSOAL. ***DESPESA COM CURSOS, APERFEIÇOAMENTO E QUALIFICAÇÃO PARA SERVIDORES. POSSIBILIDADE, ATENDIDOS AOS REQUISITOS.*** *A Administração Pública deve*

4 Disponível em:< http://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00021126/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20Consulta%20n%C2%BA%200068-2010.pdf>. Acessado em 22 de novemrbo de 2016

ALMT PROCURADORIA GERAL Folha Nº 100 Visto 93

Gregory Paiva Pires Moreira Maia Procurador Geral ALMT Assembleia Legislativa

regulamentar em sua legislação a oferta de cursos, aperfeiçoamentos e qualificações para seus servidores, demonstrando o interesse público e atendendo aos requisitos a seguir: 1) Definição de critérios para seleção dos servidores a serem beneficiados, especificação das modalidades a serem oferecidas (capacitações, seminários, cursos, congressos, pós-graduação, entre outras), e forma de ressarcimento ao erário, caso haja desistência de participação no curso; 2) Comprovação da pertinência do evento com a finalidade da entidade ou órgão; 3) Compatibilidade da qualificação com as atribuições do servidor; 4) Atendimento às disposições da Lei nº 8.666/1993, nos casos em que for necessária a contratação; 5) Existência de disponibilidade orçamentária e financeira para realização da despesa."

Tais condições legais para a contratação direta foram praticamente reproduzidas pela Súmula nº 252 do Tribunal de Contas da União (TCU):

"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.**"

Restaria inviabilizada, portanto, a competição, nos termos do *caput* do artigo 25 da lei nº 8.666/93. Acerca dessa hipótese de inexigibilidade de licitação, pontua a doutrina:

"[...] a inviabilidade de licitação não é um conceito simples, que corresponda a uma ideia única, mas sim ***um gênero****, que comporta várias modalidades. Marcal Justen Filho busca sintetizá-la nas situações de: ausência de pluralidade de alternativas; ausência de mercado concorrencial; impossibilidade de julgamento objetivo; ausência de*

ALMT PROCURADORIA GERAL Folha Nº 101 Visto:

definição objetiva da prestação. No caso da inexigibilidade, em virtude da inviabilidade de competição, não há sentido em se exigir submissão do negócio ao procedimento licitatório se este não é apto (ou é prejudicial) ao atendimento do interesse público (objetivo pretendido com determinada contratação), pois, a finalidade, a razão de ser do formalismo licitatório, é tal atendimento, através da seleção da melhor proposta. [...] ***Parece fundamental que o gestor apresente justificativa para a contratação direta, nas hipóteses de inexigibilidade, deixando claro seu principal elemento caracterizador, que é a inviabilidade de competição, e demonstrando a razoabilidade do preço estipulado e o cumprimento das formalidades exigidas pela legislação. Na hipótese em que a razão da contratação direta é a exclusividade, torna-se necessária a apresentação de atestados de exclusividade porventura existentes"***.[grifo nosso][5]

A inviabilidade de competição na contratação de cursos não reside, *per se*, na exclusividade, mas, sobretudo, na impossibilidade de haver critérios puramente objetivos numa licitação. Corroborando com essa assertiva, o TCU já se manifestou nos seguintes termos:

"(...) Isso porque ***cada possível instrutor tem características próprias, incomparáveis,*** *como experiência anterior, currículo, áreas de especialização, publicações, etc. Como admitir que o menor preço possa ser um bom critério para a escolha? (TCU- Decisão nº 439/98)*

(...) São tantas as variáveis que influem na definição do perfil ideal dos professores e instrutores adequados a cada caso, que ***dificilmente se pode defender a tese de que haja efetiva viabilidade de licitação para formalizar tais contratos"*** *(TCU- Decisão nº 747/97).*

5 CHARLES, Ronny. Lei de licitações públicas comentadas. 7 ed. Juspodivm: Salvador, 2015, p. 304/306.

ALMT PROCURADORIA GERAL Folha Nº 102 Visto:

Percebe-se, portanto, que a Administração não pode realizar licitação para treinamento porque os profissionais ou empresas são, em princípio, incomparáveis. Não há, portanto, viabilidade de competição. A adoção de uma licitação do tipo menor preço, por exemplo, poderia conduzir à obtenção de uma qualidade inadequada. Sendo assim, verifica-se que, diante das qualidades dos palestrantes do curso, estarão configurados os requisitos da singularidade do objeto e notória especialização dos profissionais, visto que as características dos profissionais envolvidos são pessoais, subjetivas, portanto.

Devem ser levados em conta critérios como a didática do ministrante, o conhecimento do assunto, a experiência profissional, dentre outros, na forma como já reconheceu a Corte de Contas, a legitimar a contratação dos serviços técnicos profissionais especializados por inexigibilidade.

Assim sendo, não seria razoável exigir-se da Administração Pública a contratação por dispensa em face do menor valor possível, tendo em vista que se poderia contratar uma empresa para ministrar determinado curso que fosse o de menor preço, porém, com qualidade deficiente.

Com efeito, ao caso *sub examine* incide o dispositivo em comento, qual seja o artigo 25 da Lei de Licitações e Contratos, mormente porquanto, segundo Ricardo Alexandre Sampaio:

> Em situação que não evidencia condição de homogeneidade ou equivalência entre as *propostas, dada a impossibilidade de se fixar critérios objetivos e pertinentes capazes de* assegurar a plena satisfação da Administração, cumpre à Administração reduzir o risco de frustração da demanda administrativa por meio da contratação de um profissional ou empresa no qual deposite confiança de ser capaz de bem lhe atender. E, no caso, ninguém mais capaz do que o notório especialista." (SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Inaplicabilidade do pregão à contratação de cursos in company para capacitação de servidores. Revista Zênite –

ALMT PROCURADORIA GERAL Folha Nº 103 Visto:

Grhegory Paiva Pires Moreira Maia Procurador-Geral ALMT Assembleia Legislativa

Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 242, p. 361-366, abr. 2014)

Ainda como requisito para a pretendida inexigibilidade, faz-se necessária a apresentação da justificativa do preço do curso a ser contratado. E sobre a justificativa do preço, não se exige a coleta de preços entre vários possíveis executantes, uma vez que esse critério é inviável, já que os serviços de capacitação são subjetivos, sendo que cada empresa e profissional tem o seu preço para os serviços desempenhados. A questão é saber quanto determinada empresa cobra pelos seus trabalhos, do mesmo objeto, no mercado. Essa diligência poderá ser realizada, por exemplo, através da verificação de contratos iguais ou semelhantes firmados pela empresa com outras instituições. Por conta disso, é necessário que determinado órgão interessado comprove se o preço cobrado é razoável.

No caso específico do treinamento objeto do feito em mesa, o **contratante apresentou notas de empenho relativas à realizações de cursos semelhantes em outros órgãos públicos, sendo o valor cobrado da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso compatível (menor, por sinal) com o de outros contratos firmados no âmbito da Administração em Geral**.

A caracterização da "**notória especialização**" oferece menos dificuldades ao intérprete e aplicador da lei do que a caracterização da "natureza singular do serviço", uma vez que sua definição se encontra expressamente prevista no artigo 25, § 1º, da Lei nº 8.666/93:

> *"§ 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*

ALMT PROCURADORIA GERAL Folha Nº 104 Visto:

Assembleia Legislativa

indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato."

Já a **singularidade** é um conceito jurídico indeterminado, cujo significado deve ser extraído da doutrina administrativa e dos precedentes dos Tribunais sobre o tema.

Para tanto, traz-se abaixo, respectivamente, as definições doutrinárias sobre **"serviço singular"** de Hely Lopes de Meirelles e José dos Santos Carvalho Filho, para os quais o conceito de singularidade confunde-se, em certa medida, com o de notória especialização:

> *"(...) são os prestados por quem, além da habilitação técnica e profissional – exigida para os serviços técnicos profissionais em geral- **,aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento."***

Bem por isso, Celso Antônio Bandeira de Mello considera-os singulares, posto que **marcados por características individualizadas, que os distinguem dos oferecidos por outros profissionais do mesmo ramo.**

Além dessas características, impõe a lei que os serviços tenham natureza singular. **Serviços singulares** são os executados segundo características próprias do executor. Correta, portanto, a observação de que 'singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado 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.

ALMT PROCURADORIA GERAL Folha Nº 105 Visto:

Grhegory Palva Pires Moreira Maia Procurador-Geral ALMT Assembleia Legislativa

ANÁLISE DOS AUTOS

Conforme já aludido, a apresentação de notas de empenho relativas a cursos similares, praticados pela mesma empresa em outros órgãos públicos, e entendida a inviabilidade de competição, **supre a justificativa de preço**, exigida pelo inciso III do parágrafo único do artigo 26 da Lei 8.666/93, conforme a Planilha Comparativa de Preços de fl. 71, bem como o Despacho n° 054-2019 (fl. 72).

As justificativas para a contratação do curso/treinamento objeto do feito em mesa encontra-se no Termo de Referência n° 0036/2019, especificamente às fls. 23/26, itens 7.1 a 7.14.

Consta dos autos a necessária autorização da Mesa Diretora do Parlamento (fl. 75). Deve ser providenciada, contudo, a assinatura do Senhor Presidente da Casa.

11

Consta ainda dos autos certidão atestando a existência de disponibilidade orçamentária (fl. 07). Entretanto, consta no referido documento disponibilidade de numerário no orçamento para 02 (duas) vagas do treinamento. Dado que há informação nos autos que 04 (quatro) servidores farão o curso. Há necessidade de retificação do mencionado documento, ou a juntada aos autos de nova certidão de disponibilidade orçamentária.

Deve ser juntado aos autos o **comprovante de publicação na imprensa oficial do ato de inexigibilidade**, a que se refere o art. 26 da Lei n° 8.666/93.

Restou demonstrada a singularidade do objeto da contratação, pois, conforme consta dos autos, o curso ofertado pela possível contratada atende à demanda específica requerida por este Parlamento, qual seja treinamento para capacitação de servidores da Casa no estudo e elaboração de contratos administrativos, além da notória

ALMT PROCURADORIA GERAL Folha N° 106 Visto:

ALMT Assembleia Legislativa

especialização do ministrante no assunto Contratos Administrativos.

No que tange às **habilitações necessárias, deve a equipe do setor de licitações (ou outro competente),** decidir pela regularidade fiscal ao tempo dos respectivos pagamentos.

Conforme a dicção do artigo 62, da lei 8.666/93, é facultativa a celebração de contrato nos casos que não se enquadrem como de concorrência e tomada de preços, **podendo ele ser substituído por outros instrumentos hábeis, entre eles a nota de empenho, existente nos presentes autos.**

CONCLUSÃO

Pelo exposto, **opino pela legalidade** de contratação por inexigibilidade de licitação, visto que resta pacificado o entendimento jurídico, que o respectivo curso de capacitação encaixa-se nos art.25, II c/c o inciso art.13, VI, ambos da Lei Federal nº 8.666/93, **desde que atendidos as seguintes recomendações legais:**

1- Seja juntado aos autos o **comprovante de publicação na imprensa oficial do ato de inexigibilidade,** a que se refere o art. 26 da Lei nº 8.666/93;

2- Seja retificada ou juntada aos autos nova certidão atestando disponibilidade orçamentária, conforme analisado no item específico;

3- No que tange às **habilitações necessárias, deve ser comprovada a regularidade fiscal ao tempo dos respectivos pagamentos.**

ALMT PROCURADORIA GERAL Folha Nº 107 Visto:

Assembleia Legislativa

É pertinente esclarecer que todos os requisitos, se tomados isoladamente, não garantem que a licitação é inexigível, pois será, ainda sim, possível a competição.

Todo estudo da inexigibilidade de licitação repousa numa premissa fundamental: a de que é inviável a competição, seja porque só um agente é capaz de realizá-la nos termos pretendidos, seja porque só existe um objeto que satisfaça o interesse da Administração.

Ressalte-se que o presente parecer se restringiu à análise do processo sob o aspecto jurídico, não entrando na seara da conveniência/oportunidade, nem das questões financeiras/orçamentárias.

É o parecer.

Cuiabá, 18 de junho de 2019.

Grhegory Paiva Pires Moreira Maia
Procurador-Geral

GRHEGORY PAIVA PIRES. M. MAIA
PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA

ALMT PROCURADORIA GERAL Folha Nº 108 Visto: