

PARECER JURIDICO Nº 030/2022-ASSEJUR

Referente Processo:037/2022

ASSUNTO: Inexigibilidade de licitação. Legalidade do procedimento, face à natureza singular do objeto e à notoriedade do instrutor.

INTERESSADO: Município de Açailândia SAAE – Serviço Autônomo de Água e Esgoto

Participação de 03 (três) servidores no curso de nova lei de licitação com formação de pregoeiro e agente de contratação, a ser ministrado de forma presencial, com carga-horária de 24 horas. Inexigibilidade de licitação. Legalidade do procedimento, face à natureza singular do objeto e à notoriedade do professor. Pagamento antecipado, relativo à inscrição no evento. Possibilidade. Condições semelhantes às praticadas no setor privado. Doutrina. Jurisprudência do TCU. Entendimentos da AGU.

1 – INTRODUÇÃO

Trata-se do Processo nº 037/2022, em que se pretende inscrever 03 servidores deste órgão no curso de nova lei de licitações com formação de pregoeiro e agente de contratação, a ser ministrado nos dias 21/09/2022 a 23/09/2022, de forma presencial, com carga-horária de 24 horas.

As informações sobre o curso, disponibilizadas no sítio da empresa organizadora do evento na internet, instruem este processo às folhas.

Cabe a esta assessoria a emissão de parecer acerca do enquadramento jurídico da contratação, informando sobre a adequação dos procedimentos adotados, incluindo opinião expressa sobre a regularidade ou não do processo, considerando a possibilidade de efetuar a inscrição mediante inexigibilidade de licitação e de realização de pagamento anterior à realização do evento (pagamento antecipado).

2 – FUNDAMENTAÇÃO

Determina a Lei nº 8.666/1993, art. 25, II, que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 do mesmo diploma legal, dentre os quais se observa o treinamento e aperfeiçoamento de pessoal.

Com relação à contratação direta fundamentada no art. 25, inc. II, da Lei de Licitações, leciona Marçal Justen Filho que é necessária a presença cumulativa dos três requisitos: serviço técnico profissional especializado, existência de um objeto singular e sujeito titular de notória especialização. Este entendimento está, inclusive, alinhado à Súmula TCU nº 252: "*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*".

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes ressalta que a singularidade é do objeto e não a do profissional, e que deve estar conjugada necessariamente com a notória especialização do contratado.

Lucas Rocha Furtado acrescenta que os parâmetros postos no § 1º do art. 25, da Lei nº 8.666/1993, apesar de serem razoavelmente objetivos, ainda reservam certo grau de discricionariedade para a definição da notória especialidade. Saliencia "*que em determinado setor de atividade, pode haver mais de uma empresa com ampla experiência na prestação de serviço singular, e pode, não obstante, ocorrer que em circunstâncias dadas, somente uma dentre elas tenha notória especialidade*".

Especificamente sobre a contratação de "*treinamento e aperfeiçoamento de pessoal*", previsto no inc. VI do art. 13 da Lei no 8.666/1993, além dos requisitos acima indicados pela Doutrina, são igualmente pertinentes as definições e o contorno deste tipo de contratação postos nas Decisões nºs 535/1996 e 439/1998, ambas do Plenário do Tribunal de Contas da União.

Na Decisão nº 535/1996, o TCU admitiu a contratação direta, fundada no art. 25, inc. II, da Lei no 8.666/1993, por prazo determinado, de docentes previamente cadastrados e selecionados de acordo com o currículo, dando-se preferência aos professores do local onde seria realizado o treinamento/aperfeiçoamento, bem como a proceder, nos demais casos, licitações para a contratação de instrutores, realizando um certame licitatório para cada conjunto de cursos de uma mesma disciplina, dado o conteúdo didático de cada disciplina.

Na Decisão nº 439/1998, por sua vez, a Corte de Contas consignou a extrema necessidade e importância do treinamento e aperfeiçoamento de servidores para a excelência do serviço público, e definiu como serviço singular todo aquele que verse sobre treinamento diferenciado em relação ao convencional ou rotineiro do mercado. Sugeriu que seriam singulares aqueles cursos desenvolvidos ou adaptados especificamente para o atendimento das necessidades do contratante ou voltados para as peculiaridades dos prováveis treinandos.

Importante observar que, ainda por ocasião da instrução e do julgamento do processo que resultou na Decisão nº 439/1998, apesar de a Unidade Técnica ter entendido que não seria para todo e qualquer curso que se

M

aplicaria a exceção do art. 25, inc. II, estando excluída para a hipótese de curso mais convencional, básico, considerando que neste caso a diferença entre os serviços prestados por um ou outro licitante poderia ser mínima, sem prejuízo do objetivo do treinamento, prevaleceu a idéia de que, naquela oportunidade (1998), o estágio da discussão da matéria não permitia esta distinção.

Quanto ao conceito de notória especialização, restou consignado naquela decisão que o contido no §1º do art. 25 da Lei 8.666/1993 está relacionado com as atividades do profissional, permitindo inferir que o seu trabalho é essencial, não sendo necessário que se apresente como o único prestador do serviço pretendido.

Parece pertinente, ainda, distinguir os denominados cursos abertos dos fechados. Os cursos abertos são aqueles que permitem a participação de quaisquer interessados, sendo fixados e programados pelo seu realizador. São, portanto, acessíveis a qualquer pessoa interessada na sua proposta. Os cursos fechados são voltados para grupos certos e determinados de indivíduos, elaborados de acordo com metodologia e horários previamente fixadas pelo contratante. De conseguinte, não são acessíveis a qualquer interessado, mas apenas àquelas integrantes do quadro de quem os contrata.

Sobre os cursos de treinamento aberto ou fechado, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes assevera que *"é também inexigível a licitação para a matrícula de servidor em curso oferecido por instituição privada de treinamento, porque esses eventos são realizados em períodos determinados, mostrando-se inviável a competição. Contudo, para a realização de seminários fechados, promovido por qualquer dessas mesmas instituições, é, em princípio, exigível a licitação, porque o interesse e conveniência de treinamento podem ser determinados pela Administração, ao contrário do caso anterior, em que a oportunidade é ditada pelas instituições"*.

Assim, somente se enquadra na inexigibilidade fundada no art. 25, inc. II, combinado com o art. 13, inc. VI, da Lei nº 8.666/1993, a contratação de cursos abertos, sendo que os cursos fechados devem ser objeto de licitação.

In casu, trata-se de curso aberto.

De se notar ainda, que a própria Advocacia-Geral da União, ao emitir e atualizar a Orientação Normativa AGU nº 18, firmou seu posicionamento no sentido de que, existindo em algum caso concreto determinado traço distintivo, seja devidamente justificado pela Administração e efetuada a contratação por inexigibilidade para a inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros: *Contrata-se por inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25, caput ou inciso II, da lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, pessoas naturais e jurídicas para ministrar cursos fechados para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal ou a inscrição em cursos abertos. [...] A motivação legal com base no art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666, de 1993, exige a identificação dos requisitos da notória especialização e da singularidade do curso.*

el

Retornando à Súmula TCU nº 252, vislumbramos o atendimento aos requisitos necessários à contratação direta por inexigibilidade com fundamento no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993:

- a) em primeiro lugar, trata-se de serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei (treinamento e aperfeiçoamento de pessoal);
- b) em segundo lugar, as próprias características da capacitação, tais como conteúdo programático específico, complexidade do assunto, material de apoio oferecido, metodologia empregada no treinamento, instrutores, datas e horário de realização e disponibilidade de tempo do pessoal da administração para a participação no dia previsto para o curso, tudo isso acaba por configurar a natureza singular do objeto.
- c) os instrutores possuem robusta formação acadêmica e inquestionável experiência docente e prática em matéria de licitações e contratos administrativos.

Quanto à questão do pagamento do valor das inscrições dos servidores anteriormente à realização do evento, observe-se, inicialmente, que a possibilidade de pagamento antecipado na administração pública é excepcional, conforme os arts. 62 e 63, §2º, III da Lei nº 4.320/1964¹ c/c o artigo 38 do Decreto nº 93.872/1986².

Além do Tribunal de Contas da União (Acórdãos nºs 1.552/2002, 948/2007, 2.679/2010 e 1.383/2011, do Plenário; 1.442/2003, 2.565/2007, 589/2010 e 5.294/2010, da Primeira Câmara; e 918/2005, da Segunda Câmara), também a Advocacia-Geral da União, por meio da Orientação Normativa nº 37, e a novel Medida Provisória nº 961/2020, admitem a antecipação de pagamento em situações excepcionais, devidamente justificadas pela administração, demonstrando-se a existência de interesse público, observados os seguintes critérios:

- 1) represente condição sem a qual não seja possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, ou propicie sensível economia de recursos;
- 2) existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta; e
- 3) adoção de indispensáveis garantias, como as do art. 56 da Lei nº 8.666/93, ou cautelas, como por exemplo a previsão de devolução

¹ O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação. A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

² Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta.

do valor antecipado caso não executado o objeto, a comprovação de execução de parte ou etapa do objeto e a emissão de título de crédito pelo contratado, entre outras.

Assim, a situação sob análise parece autorizar o pagamento antecipado, uma vez que:

a) a administração precisa urgentemente capacitar seu pessoal, face às exigências do Decreto nº 10.024/2019 e da Instrução Normativa SEGES/ME nº 206/2019, e a empresa responsável pelo treinamento, a exemplo da imensa maioria das empresas que atuam nesse ramo de negócios, somente admite a inscrição mediante pagamento anterior ao início curso. Ou seja, o não pagamento do valor da inscrição antes do treinamento inviabilizaria a própria participação dos interessados no evento;

b) o valor cobrado da administração por cada inscrição paga antecipadamente é o mesmo exigido a particulares para pagamento antecipado e à vista (R\$ 1.431,00), por inscrição, totalizando R\$ 4.293,00.

c) no próprio site do evento há previsão de substituição do participante cuja inscrição já fora paga, ou mesmo cancelamento de inscrição, com a devolução do valor pago. Ademais, no caso de cancelamentos e transferências que ocorram por parte da empresa organizadora, que impossibilitem a participação do interessado, a devolução do valor será feita imediata e integralmente; e

d) a empresa organizadora já efetuou cursos abordando a temática em todo estado do Maranhão, Tocantins, e possui clientes diversos, passando por empresas e pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos.

Finalmente, cumpre salientar que, em decorrência da Decisão TCU nº 705/1994 e do Acórdão TCU nº 1.054/2012, ambos do Plenário, para que se possa proceder ao pagamento, é necessário exigir-se da empresa organizadora do evento a documentação relativa à regularidade para com a Seguridade Social (Certidão Negativa de Débitos do INSS) e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Certificado de Regularidade do FGTS), além da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas.

3 – CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que:

a) É possível a contratação direta sem licitação para a participação de servidores deste órgão no aludido curso mediante

[assinatura]


inexigibilidade de licitação, eis que observados, *in casu*, os requisitos do art. 25, II c/c art. 13, da Lei nº 8.666/1993, e da Súmula TCU nº 252;

b) É possível o pagamento da inscrição dos interessados anteriormente à realização do curso, haja vista ser esta a única maneira de garantir a efetiva participação no evento, e considerando ainda a adoção de indispensáveis cautelas, como a previsão de devolução do valor antecipado caso não executado o objeto;

c) Como condição para o pagamento, faz-se necessária a apresentação, pela empresa contratada, de documentação relativa à regularidade para com a Seguridade Social (Certidão Negativa de Débitos do INSS) e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Certificado de Regularidade do FGTS), além da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas.

É o parecer, s. m. j.

Açailândia-MA, 08 de setembro de 2022.



Marcus Vinicius Alves Santos
Assessor Jurídico
OAB- 11.421/MA
Portaria. 008/2022-SAAE