



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

PROCESSO/SIPAR Nº: 25000.096166/2013-77

INTERESSADO: Coordenação de Desenvolvimento de Pessoas – CODEP/CGESP/SAA/SE/MS

ASSUNTO: Inexigibilidade de Licitação, cujo valor é inferior a R\$ 500.000,00. Curso de capacitação e aperfeiçoamento de servidores.

PROCEDÊNCIA: Secretaria-Executiva – SE/MS.

EMENTA: I- Inexigibilidade de Licitação. II- Art. 25, inciso II, c/c Art. 13, inciso VI, da Lei nº 8.666/1993. III- Caso não seja possível comprovar a presença dos requisitos necessários ao art. 25, II, da Lei nº 8.666/93; IV- Contratação de empresa para a realização de cursos de Capacitação na área de orçamento e finanças para servidores do Ministério da Saúde.

Excelentíssimo Senhor Consultor Jurídico do Ministério da Saúde,

Trata o presente processo de contratação da Associação Brasileira de Orçamento Público – ABOP (entidade civil sem fins lucrativos) para a realização de cursos de capacitação na área de orçamento e finanças para servidores do Ministério da Saúde.

A Secretaria-Executiva do Ministério da Saúde, às fls. 76, encaminhou os autos a esta Consultoria Jurídica, para análise e emissão de parecer sobre a existência de requisitos necessários ao enquadramento do pleito no art. 25, inciso II, c/c o art. 13, inciso VI, ambos da Lei nº 8.666/1993.

Constam dos autos os seguintes documentos:

- Memorando 104/CODEP/CGESP/SAA/SE/MS, à fl. 01.
- Projeto Básico – Cursos ABOP às fls. 02/02v.
- Informações sobre os cursos a serem ministrados, às fls. 04/30.
- Atestados de Capacidade Técnica emitidos por entidades públicas, fls. 31 e 35/37.
- Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, fl. 33.
- Declaração SICAF, fl. 34.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

- Pesquisa de Preços (notas de empenho emitidas por órgãos públicos), fls. 38/50.
- Documentos ABOP, fls. 51/62.
- Minuta de Contrato, fls. 63/70.
- Despacho s/nº CGESP/SAA/SE/MS, fls. 71/74.
- Despacho s/nº SAA/SE/MS, fl. 75.
- Despacho s/nº da Secretaria Executiva encaminhando os autos a esta CONJUR/MS, fl. 76.

É o relatório.

A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 25, INCISO II, DA LEI Nº 8.666/1993: SERVIÇO TÉCNICO, DE NATUREZA SINGULAR, PROFISSIONAIS OU EMPRESAS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

De acordo com o art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993:

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.

§ 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.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹ salienta os requisitos necessários para o enquadramento da hipótese neste dispositivo legal:

A inviabilidade da competição ocorrerá na forma desse inciso se ficar demonstrado o atendimento dos requisitos, que devem ser examinados, na seguinte ordem:

- referentes ao objeto do contrato;
- que se trate de serviço técnico;

¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A contratação direta por notória especialização. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=428>>. Acesso em: 11 abr. 2009.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

- que o serviço esteja elencado no art. 13 da Lei 8.666/93;
- que o serviço apresente determinada singularidade;
- que o serviço não seja de publicidade ou divulgação

b) referentes ao contratado.

- que o profissional detenha a habilitação pertinente;
- que o profissional ou empresa possua especialização na realização do objeto pretendido;
- que a especialização seja notória;
- que a notória especialização esteja relacionada com a singularidade pretendida pela Administração;

Destaque-se, por oportuno, que “todos esses requisitos, se tomados isoladamente não garantem que a licitação seja inexigível, pois será possível e viável a competição”². Aliás, nesse sentido a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO NÃO-CONFIGURADA.

CONTRATAÇÃO DE EMPRESA SEM LICITAÇÃO. SERVIÇOS TÉCNICOS DE AUDITORIA. REVISÃO DA ARRECADAÇÃO DO ICMS, PARA FINS DE APURAÇÃO DA QUOTA-PARTE DA REPARTIÇÃO TRIBUTÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 25, II, DA LEI 8.666/1993.

1. O vício da contradição pressupõe que os fundamentos e a conclusão do julgamento caminhem em sentidos opostos, o que não ocorreu nos autos.

2. O Tribunal de origem considerou justificada a contratação direta porque a empresa é bem conceituada, e o serviço de revisão da arrecadação do ICMS, para controle da quota-parte na repartição de receitas, demanda conhecimentos técnicos especializados.

3. Contudo, a inexigibilidade da licitação, nos termos do art. 25, II, da Lei 8.666/1993, pressupõe a presença concomitante dos seguintes requisitos: a) serviço técnico listado no art. 13; b) profissional (pessoa física) ou empresa de notória especialização; c) natureza singular do serviço a ser prestado.

4. Sem a demonstração da natureza singular do serviço prestado, o procedimento licitatório é obrigatório e deve ser instaurado, com o objetivo maior de a) permitir a concorrência entre as empresas e pessoas especializadas no mesmo ramo profissional e, b) garantir ampla transparência à contratação pública e, com isso, assegurar a possibilidade de controle pela sociedade e os sujeitos intermediários (Ministério Público, ONGs, etc.).

5. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 942.412/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, Dje 09/03/2009) (Grifo nosso)

² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A contratação direta por notória especialização. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=428>>. Acesso em: 11 abr. 2009.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

Assim, faz-se primordial explicar os conceitos nucleares insertos no inciso II do artigo 25 da Lei de Licitações. São eles: “serviços técnicos”, “natureza singular” e “notória especialização”.

Importa, desde logo, alertar que a caracterização da inviabilidade de competição com base no art. 25, inciso II, por vezes, é deveras complexa, nas palavras utilizadas por Joel de Menezes Niebuhr³:

(...) vem à colação a contratação de serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular, cuja aferição é deveras complexa, dado que nela pode haver pluralidade de pessoas capazes de prestarem o serviço visado pela Administração, porém, noutro delta, faltam critérios objetivos para cotejá-las, pressupondo grau de subjetividade que faz cair por terra a competitividade.

SERVIÇO TÉCNICO

O inciso II, do art. 25, da Lei nº 8.666/1993, ao mencionar “serviços técnicos” restringe estes aos enumerados no art. 13 da mesma lei, que assim dispõe:

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; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 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.

Ora, percebe-se que o caso em análise pode, em tese, se encaixar no inciso VI do artigo 13 da Lei nº 8.666/1993 (treinamento e aperfeiçoamento de pessoal).

³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

O Decreto n.º 5.707/2006, ao instituir a Política e as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, muito bem delineia as finalidades e diretrizes dessa política direcionando as ações de capacitação para os objetivos institucionais do órgão (arts. 1º e 2º do Decreto n.º 5.707/2006). Ademais, o art. 2º desse decreto, ao tratar dos conceitos, deixa muito claro que o intuito da capacitação é preparar o servidor para o bom desempenho de suas funções:

- I - capacitação: processo permanente e deliberado de aprendizagem, com o propósito de contribuir para o desenvolvimento de competências institucionais por meio do desenvolvimento de competências individuais;
- II - gestão por competência: gestão da capacitação orientada para o desenvolvimento do conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes necessárias ao desempenho das funções dos servidores, visando ao alcance dos objetivos da instituição; e
- III - eventos de capacitação: cursos presenciais e à distância, aprendizagem em serviço, grupos formais de estudos, intercâmbios, estágios, seminários e congressos, que contribuam para o desenvolvimento do servidor e que atendam aos interesses da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

(Grifo nosso).

Desse modo, é necessário que a Administração demonstre nos autos a importância do curso pretendido para o desempenho das funções institucionais do(s) servidor(es) que solicita(m) a participação. Deve haver justificativa da correlação do objeto a ser ministrado no curso com as funções realizadas pelo servidor no seu labor.

Ressalte-se que essa justificativa é da responsabilidade da área demandante, que pode se auxiliar das informações fornecidas pelo servidor interessado no curso (ou da sua Coordenação respectiva), de modo a melhor demonstrar a mencionada correlação.

NATUREZA SINGULAR

Sobre a singularidade do serviço, é fundamental, primeiramente, distingui-la da exclusividade exigida no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, como defende Joel de Menezes Niebuhr:

Advista-se que, diferentemente da inexigibilidade fundada no reconhecimento do fornecedor exclusivo, já agora os serviços enunciados no inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993 podem ser prestados por vários especialistas. Isto é, não se faz necessário que somente uma pessoa disponha da técnica pretendida pela Administração, outros também podem dominá-la; no entanto todos eles a realizam com traço eminentemente subjetivo, em razão do que, repita-se, a inexigibilidade tem lugar pela falta de critérios objetivos para cotejá-los.

Celso Antonio Bandeira de Mello também defende que a singularidade não se confunde com a exclusividade, salientando que “a singularidade mencionada não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicos”.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

Também nesse sentido, Ronny Charles⁴ explica que:

Já a singularidade envolve elemento objetivo, sendo característica diferenciadora do objeto. É o serviço pretendido pela Administração que é singular e não aquele que o executa, caso contrário, estaríamos diante de uma exclusividade, tornando inócuo o dispositivo, pela prescrição já existente no inciso I deste artigo.

Ivan Barbosa Rigolin assevera que:

(...) singular é aquele serviço cujo resultado final não se pode conhecer nem prever exatamente antes de pronto e entregue; aqueles cujas características inteiramente particulares, próprias do autor, o façam único entre quaisquer outros. O único elemento sabido nesse caso é que cada autor o fará de um modo, sem a mínima possibilidade de que dois produzam exatamente o mesmo resultado. Cada qual tem a chancela de um autor, sendo, nesse sentido, único.

A questão, no entanto, é controversa, existindo autores a defender que apenas é singular o serviço que somente pode ser prestado por um agente.

A matéria é ainda mais polêmica quando se nota que há cizânia doutrinária e jurisprudencial sobre como se conceituar a singularidade: (a) por um lado, há uma corrente que considera todo serviço intelectual como singular, diante da impossibilidade de comparação entre trabalhos dessa natureza. Bastaria ser intelectual, que seria, automaticamente, singular. (b) Há uma corrente, por outro lado, mais restritiva, que interpreta que a singularidade deve ser aferida pelo objeto do curso a ser contratado. Portanto, necessita-se comprovar que o curso, em si, possui alguma característica especial que o torna singular, incomum, diferente dos outros existentes no mercado sobre aquele mesmo assunto.

O autor Ronny Charles é adepto da primeira corrente, que considera o serviço intelectual como singular por natureza. Para ilustrar essa afirmação, o doutrinador cita trecho de Nota Técnica exarada pelo Advogado da União Dr. Francisco Arlem de Queiroz Souza, ao analisar processo de contratação de curso de capacitação, corroborando o afirmado acima:

Cumpre destacar que os serviços que requerem formação intelectual específica não se compatibilizam com o denominado princípio do julgamento objetivo, uma vez que não permitem que se afira, com precisão, um resultado concernente à relação custo-benefício, prejudicando, destarte, a possível escolha do melhor proponente.

Antônio Carlos Cintra do Amaral⁵ defende que:

A Administração não pode realizar licitação para treinamento, porque os profissionais ou empresas são incomparáveis. Não há, portanto, viabilidade de competição. A adoção do tipo de licitação de 'menor preço' conduz, na maioria dos casos, à obtenção de qualidade inadequada. A de 'melhor técnica' e a de 'técnica e preço' são inviáveis, porque não se pode cogitar, no caso, de apresentação de proposta técnica. A proposta técnica seria, a rigor, o programa e a metodologia, de pouca ou nenhuma diferenciação. O êxito do treinamento depende, basicamente, dos instrutores ou docentes. Que são incomparáveis, singulares, o que torna inviável a competição.

⁴ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

⁵ AMARAL, Antonio Carlos Cintra. **Ato administrativo, licitações e contratos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

O TCU, contudo, adota a segunda corrente, mais restritiva. Como exemplo, cita-se o seguinte:

"a singularidade de um serviço "diz respeito a sua invulgaridade, especialidade, especificidade, ou seja, a natureza singular se caracteriza 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 a obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional". **Acórdão n.º 658/2010-Plenário, TC-021.717/2007-5, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 31.03.2010.**"

"Na Decisão 439/1998-Plenário, 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."
(...)

(Grifos inseridos)

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

No mesmo sentido, se encontra a Advocacia-Geral da União - AGU. Na fundamentação da Orientação Normativa n. 18⁶, extrai-se o seguinte excerto:

Com relação à contratação direta com fundamento 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.

E no PARECER Nº 141/2011/DECOR/CGU/AGU, a AGU continua:

Duas premissas prévias precisam ser postas: a primeira é que a razão de ser da inexigibilidade consiste na impossibilidade de competição (art. 25, caput, da lei 8.666/93); a segunda, decorrência lógica da primeira, consiste no fato de que o rol enunciado no artigo 25 da lei de licitações é meramente exemplificativo. Significa dizer que, mesmo inexistindo previsão expressa na lei, se o caso concreto revelar a impossibilidade de competição, incidirá o referido artigo 25, caput.

Em que pese o caráter exemplificativo das hipóteses previstas nos incisos do artigo 25 da lei 8.666/93, estas cumprem uma importante função restritiva: elas estabelecem critérios para a contratação direta nos casos ali discriminados. Em outras palavras, "os incisos enunciam, mas também impõem requisitos e pressupostos para a contratação direta"⁷.

(...)

⁶ ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 18, DE 1º DE ABRIL DE 2009

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.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 11^a edição. São Paulo: Dialética, 2005, p. 276.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

A norma do artigo 25, II da lei 8.666/93, portanto, permite a contratação direta dos serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal (art. 13, VI), mas estabelece que os mesmos sejam dotados de singularidade e prestados por notório especialista. Estes dois condicionamentos foram repetidos pelo texto da ON/AGU nº 18.

O raciocínio firmado pela CONJUR/GO parte da premissa de que a contratação de cursos de capacitação não deveria se basear no inciso II do artigo 25 da lei 8.666/93, mas exclusivamente no *caput* do artigo. Entendendo que os cursos abertos, por serem ministrados por um determinado grupo de palestrantes, que tratarão de uma determinada gama de assuntos, e em um período determinado, afirma que tais preditivos impedem qualquer competição, sendo imperiosa a aplicação do *caput* do artigo 25 da lei 8.666/93.

Conforme ventilado alhures, apesar do caráter exemplificativo do rol inserto nos incisos do artigo 25, estes têm também o condão de estabelecer limites à contratação direta. A literalidade do artigo 25, II da lei 8.666/93, apesar de não impedir o reconhecimento de outras hipóteses de inexigibilidade, impõe que, nos casos de contratação de serviços de aperfeiçoamento de pessoal, a contratação direta só será possível caso haja singularidade do objeto e notória especialização de seu ministrante. Trata-se de literalidade da lei que não pode ser esvaziada por meio de um esforço interpretativo.

Dessa forma, o PARECER Nº 141/2011/DECOR/CGU/AGU criticou o entendimento da CONJUR/GO e infirmou a aplicação do *caput* do artigo 25 da lei 8.666/93 para a inexigibilidade de contratação de cursos pra treinamento de pessoal. Avaliou ser necessário o emprego dos requisitos traçados no inciso II do mesmo artigo (demonstração da singularidade e da notória especialização) e continuou:

(...)

Os requisitos exigidos pelo artigo 25, II da lei 8.666/93 não pretendem inviabilizar a capacitação dos servidores públicos, mas apenas zelar pelo patrimônio público na medida em que exigem escolhas pautadas em critérios firmes, e devidamente fundamentadas. Nada impede a contratação direta de tais cursos, desde que presentes os requisitos de lei e que isso seja demonstrado por meio de uma consistente fundamentação.

Por conseguinte, para a corrente seguida pelo TCU e pela AGU, a singularidade do curso deve ser demonstrada por meio de um determinado traço distintivo do objeto que se pretende contratar e que o distingue dos cursos mais convencionais, padronizados/comuns, existentes no mercado.

Na presente situação, a área demandante, de modo a seguir o entendimento da AGU e do TCU, se for o caso, deve justificar haver esse traço singular, que distingue o curso que se pretende contratar dos outros mais convencionais, padronizados/comuns, existentes no mercado, para que seja possível a realização da inexigibilidade da licitação, baseada no artigo 25, inciso II, da Lei n. 8666-93.

Frisa-se que essa justificativa é da responsabilidade da área demandante (CGESP), que pode se amparar, caso considere assim necessário, nas informações do servidor ou respectivo coordenador que solicita a participação no curso.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

No atinente à notória especialização, esta é conceituada pelo próprio artigo 25 da Lei nº 8.666/1993, em seu parágrafo primeiro:

Art. 25, § 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.

Hely Lopes Meirelles⁸ salienta que a notória especialização é “o reconhecimento público da alta capacidade profissional. Notoriedade profissional é algo mais que habilitação profissional. Esta é a autorização legal para o exercício da profissão; aquela é a proclamação da clientela e dos colegas sobre o indiscutível valor do profissional na sua especialidade”.

Quanto ao tema, válido trazer à baila posicionamento do Desembargador Régis Fernandes de Oliveira, colhido do livro “Eficácia nas Licitações e Contratos”, de Carlos Pinto Coelho Motta⁹, em que analisa “aspectos de singularidade e notoriedade”:

Não implica que sejam únicos os serviços prestados. Implica em característica própria de trabalho, que o distingue dos demais. Esclareça-se que o que a Administração busca é exatamente essa característica própria e individual de certa pessoa. O que visa é a perícia específica, o conhecimento marcante de alguém ou as peculiaridades artísticas absolutamente inconfundíveis.

O Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, em voto proferido na decisão 565/95 sustentou que:

Portanto, no meu entender, para fins de caracterizar a inviabilidade de competição e consequentemente 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 preservar margens flexíveis para que o gestor exerça esse poder discricionário que a lei lhe outorga.

Importante também transcrever excerto de decisão do STF, do mesmo modo citado por Carlos Pinto Coelho Motta no livro “Eficácia nas Licitações e Contratos”:

Entendeu-se que, na espécie, tratar-se-ia de inexigibilidade de licitação (Lei 8.666/93, art. 25), cujos requisitos de notória especialização, confiança e relevo do trabalho a ser contratado estariam demonstrados na prova documental trazida com a inicial. Além disso, asseverou-se que a consideração pela Administração municipal da experiência

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

⁹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

profissional em projeto similar executado noutro município evidenciaria a presença da notória especialização e do elemento subjetivo da confiança, bem como do atendimento ao interesse público local.

(STF, HC 86.198-PR, Min. Sepúlveda Pertence, 17/4/07).

Sintetizando, a complexidade do assunto, o autor Carlos Pinto Coelho Motta sustenta que “o conceito de notória especialização é de si propenso à ambigüidade”.

Lucas Rocha Furtado acrescenta que os parâmetros postos no § 1º do art. 25, da Lei no 8.666, de 1993, apesar de serem razoavelmente objetivos, ainda reservam certo grau de discricionariedade para a definição da notória especialidade. Salienta “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”.

Diante do narrado, a área demandante possui a incumbência de redigir uma justificativa para considerar que o profissional (ou a empresa) que se pretende contratar possui notória especialização. Como visto, deve haver pronunciamento do administrador sobre a adequação e suficiência da capacidade da empresa ou do profissional para atender ao seu caso concreto.

Frisa-se, também aqui, que essa justificativa é da responsabilidade da área demandante (CGESP), que pode se amparar, caso considere assim necessário, nas informações sobre o assunto, acaso fornecidas pelo servidor ou coordenador que solicita a participação no curso.

CURSOS DE CAPACITAÇÃO E TREINAMENTO – O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Tratando especificamente do assunto curso de capacitação e treinamento, o Tribunal de Contas da União assim se manifestou na Decisão nº 439/1998 – Plenário (Processo nº TC 000.830/98-4):

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 1. considerar que 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 do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei nº 8.666/93**; 2. retirar o sigilo dos autos e ordenar sua publicação em Ata; e 3. arquivar o presente processo.
(Grifo nosso).

Por extremamente pertinente, há que se citar o voto do ministro relator:

Voto do Ministro Relator

Incialmente parabenizo a Unidade Técnica pelo excelente trabalho apresentado, ao qual dou minha adesão quanto às ponderações expendidas. 2. Registro minhas ressalvas apenas no que toca à dificuldade quanto à especificação que requer em sua proposta. Quais seriam os cursos "desenvolvidos especificamente ou adaptados para o atendimento das necessidades do contratante e/ou voltados para as peculiaridades dos prováveis treinandos"? Um curso de Direito Administrativo ou Constitucional se enquadrariam na hipótese sugerida, no caso deste Tribunal? Ante as dificuldades



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

práticas de gerenciamento antevista nesse entendimento, penso que outro caminho deve ser perseguido pela Administração Pública. 3. É notoriamente sabido que na maioria das vezes, no caso concreto, é difícil estabelecer padrões adequados de competição para escolher isentamente entre diferentes professores ou cursos, tornando-se complicado comparar o talento e a capacidade didática dos diversos mestres. 4. Aliás, essa realidade já foi reconhecida pela doutrina do direito administrativo. O mestre Ivan Barbosa Rigolin, ao discorrer sobre o enquadramento legal de natureza singular empregado pela legislação ao treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, ainda quanto à aplicação do art. 23, inciso II, do Dec.-lei nº 2.300/86, defendia que: "A metodologia empregada, o sistema pedagógico, o material e os recursos didáticos, os diferentes instrutores, o enfoque das matérias, a preocupação ideológica, assim como todas as demais questões fundamentais, relacionadas com a prestação final do serviço e com os seus resultados - que são o que afinal importa obter -, nada disso pode ser predeterminado ou adrede escolhido pela Administração contratante. Aí reside a marca inconfundível do autor dos serviços de natureza singular, que não executa projeto prévio e conhecido de todos mas desenvolve técnica apenas sua, que pode inclusive variar a cada novo trabalho, aperfeiçoando-se continuadamente. Por todas essas razões entendeu a lei de licitações de classificar na categoria de serviço técnico profissional especializado, o trabalho de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal da Administração, por particulares (pessoas físicas ou jurídicas); sendo de natureza singular o serviço, será fatalmente diferente um treinamento de outro, ainda que sobre os mesmos temas, quando ministrado por particulares diversos. E, desse modo, sendo desiguais os produtos que os variados profissionais oferecem, torna-se inexigível a licitação por imperativo lógico que consta do art. 23, inciso II, do Dec.-lei nº 2.300/86." ("Treinamento de Pessoal - Natureza da Contratação" "in" Boletim de Direito Administrativo - Março de 1993, págs. 176/79- grifo nosso) 5. Nessa mesma linha de raciocínio, destaco pensamento do administrativista Antônio Carlos Cintra do Amaral, que ao discorrer sobre a contratação de profissional para realização de treinamento de pessoal, assevera que: "Treinamento e aperfeiçoamento de pessoal é serviço técnico profissional especializado, previsto no art. 13, VI, da mesma Lei nº 8.666/93. Em princípio, é de natureza singular, porque é conduzido por uma ou mais pessoas físicas, mesmo quando a contratada é pessoa jurídica. A singularidade reside em que dessa ou dessas pessoas físicas (instrutores ou docentes) requer-se: a) experiência; b) domínio do assunto; c) didática; d) experiência e habilidade na condução de grupos, freqüentemente heterogêneos inclusive no que se refere à formação profissional; e) capacidade de comunicação. Como não se pode dissociar o treinamento do instrutor ou docente, essa singularidade subjetiva é também objetiva. Vale dizer: também o serviço por ele prestado é singular..." ("Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos", Malheiros Editores, 1995, pág. 110) 6. A doutrina é pacífica no sentido de que não se licitam coisas comprovadamente desiguais. Lúcia Valle Figueiredo em seu parecer intitulado "Notória Especialização"(Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, número 44, 2º semestre de 1978, pág. 25/32) ressalta que no momento em que se passa a confrontar coisas que não são cotejáveis, a comparação se torna impossível, não havendo possibilidade de se falar em afronta ao princípio da isonomia nesses casos, pois só se pode falar em isonomia na medida em que se compararam coisas cotejáveis. Outro ponto que torna a licitação inviável diz respeito ao fato de que há que se ter critérios objetivos para realizar uma licitação, aspecto esse, como visto, prejudicado na contratação em exame. 7. A exceção à regra geral estabelecida pelo Prof. Rigolin, no parecer já mencionado, diz respeito à contratação de treinamentos concernentes a serviços braçais, ou mecanográficos, ou de trabalhos de ínole física, que não exigem uma maior escolarização dos instrutores. Dá como exemplos: adestramento de guardas; datilografia; digitação; orientação para pesquisa. Mas, mesmo nesses casos, entendo defensável a contratação direta, alicerçado nos mesmos argumentos expostos até aqui, pois a condução do treinamento continua sendo



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

personalíssima e a experiência do instrutor contratado faz diferença quanto aos resultados alcançados. 8. Nesse ponto, destaco pesquisa empreendida pelo Instituto Sezerdello Correia e a Universidade de Brasília - UNB, que dentre as conclusões a que se chega, a partir da análise dos dados colhidos, é que no atual estágio de desenvolvimento da educação no Brasil, onde não há cultura de padronização, torna-se necessário garantir a qualidade didática a todos os níveis de treinamentos, despontando como diferencial significativo nos resultados de avaliação dos treinamentos estudados a intervenção do instrutor (Projeto Impact - Convênio ISC/TCU e FUB, Instituto de Psicologia, Departamento de Psicologia Social e do Trabalho). Ou seja, a realidade brasileira hoje vivencia que mesmo nos cursos que já atingiram certa padronização, a atuação do instrutor ainda faz diferença, afetando os bons resultados almejados no treinamento. Esse fato está estreitamente relacionado com as deficiências observadas na elaboração de manuais padronizados de ensino no Brasil. 9. A aplicação da lei deve ser compatível com a realidade em que está inserida, só assim o direito atinge seus fins de assegurar a justiça e a equidade social. **Nesse sentido, defendo o posicionamento de que a inexigibilidade de licitação, na atual realidade brasileira, estende-se a todos os cursos de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, fato que pode e deve evoluir no ritmo das mudanças que certamente ocorrerão no mercado, com o aperfeiçoamento das técnicas de elaboração de manuais padronizados de ensino.** Essa evolução deve ser acompanhada tanto pelos gestores como pelos órgãos de controle, no âmbito de suas atuações. Assim, desponta, a meu ver, com clareza que a inexigibilidade de licitação para contratação de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, na atualidade, é regra geral, sendo a licitação exceção que deve ser averiguada caso a caso pelo administrador. 10. Destarte, partilho do entendimento esboçado pelo Ministro Carlos Átila no sentido do reconhecimento de que há necessidade de assegurar ao Administrador ampla margem de discricionariedade para escolher e contratar professores ou instrutores. Discricionariedade essa que deve aliar a necessidade administrativa à qualidade perseguida, nunca a simples vontade do administrador. Pois, as contratações devem ser, mais do que nunca, bem lastreadas, pois não haverá como imputar à legislação, a culpa pelo insucesso das ações de treinamento do órgão sob sua responsabilidade. 11. Por derradeiro, assinalo que entendo pertinente que, ante o interesse público que reveste a matéria, seja retirado o sigilo dos autos e publicada em Ata a Decisão ora proferida. Isso posto, acompanho em parte a Unidade Técnica e VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao E. Colegiado. (Grifo nosso).

Ressalte-se que Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é enfático ao defender que é inexigível a licitação para a matrícula de servidor em curso oferecido por instituição privada de treinamento, os chamados cursos de treinamento abertos, “porque esses eventos são realizados em períodos determinados, mostrando-se inviável a competição”.

É esse, também, o teor da Orientação Normativa nº 18/2009, da AGU:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 18, DE 1º DE ABRIL DE 2009

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 00400.015975/2008-95, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

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



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

ABERTOS, DESDE QUE CARACTERIZADA A SINGULARIDADE DO OBJETO E VERIFICADO TRATAR-SE DE NOTÓRIO ESPECIALISTA.

INDEXAÇÃO: CONTRATAÇÃO. PROFESSOR. CONFERENCISTA. INSTRUTOR. TREINAMENTO. APERFEIÇOAMENTO. CURSO ABERTO. INEXIGIBILIDADE. SINGULARIDADE. NOTÓRIO ESPECIALISTA.

REFERÊNCIA: art. 25, inc. II, da Lei 8.666, DE 1993; Decisões TCU 535/1996-Plenário e 439/1998-Plenário.

Por conseguinte, de acordo com o narrado acima, a inexigibilidade somente será legítima, caso o curso pretendido seja aberto, singular e utilize notórios especialistas. Logo, é imprescindível definir se a contratação do caso em análise será de um curso aberto ou fechado, a fim de se concluir se será possível a inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei nº 8.666/93.

Para isso, torna-se imperioso buscar o conceito de cursos abertos. Destaque-se que, de acordo com a fundamentação dada pela Advocacia-Geral da União à Orientação Normativa nº 18, eles se diferenciam dos fechados pelos seguintes motivos:

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.

Ou seja, de acordo com a definição acima, os cursos abertos são fixados e programados pela própria instituição que será contratada. Não são cursos idealizados pela contratante, que, após pensar qual o tipo de ensino que lhe seria apropriado, busca uma empresa para executar o que já estava previamente fixado pela interessada.

Recomenda-se que a área competente esclareça nos autos, se os cursos pretendidos possuem alguma peculiaridade que seja capaz de caracterizá-los como fechados. Por exemplo, deve, sobretudo, explanar se a programação do curso, relativamente à metodologia e aos horários, é previamente fixada pela Contratante, ao invés de ser pela Contratada, o que seria capaz de torná-los cursos fechados. **Se esse for o caso, a inexigibilidade não poderá ser concretizada, devendo o processo de contratação ser instruído por licitação.**

Aponta-se que a responsabilidade da confecção desse esclarecimento é da área demandante.

INSTRUÇÃO DO PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Feitas essas considerações, ressalte-se que a instrução do processo de inexigibilidade de licitação deve observar o conteúdo do art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993:



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

Por meio do Despacho s/n de fl. 18/19, a CODEP- Coordenação de Desenvolvimento de Pessoas expôs que:

A capacitação dos servidores encontra respaldo no Decreto nº 5.707, de 23 de fevereiro de 2006, Portaria 1.590 de 3 de julho de 2007 e o no Plano anual de Capacitação/2012 do Ministério da saúde, documentos que instituem a Política e as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal da Administração Pública, o Programa de Educação Permanente e o plano de execução deste no Ministério da Saúde, respectivamente.

A participação dos servidores nos Cursos a serem contratados é justificada pelo Projeto Básico, folhas 2, no qual a Coordenação de Desenvolvimento de Pessoas, área responsável pelas ações de desenvolvimento e capacitação dos servidores do Ministério da Saúde, identificou através de levantamento de necessidades de treinamento, a grande demanda das áreas que necessitam de aperfeiçoamento nos cursos a serem contratados, visando um melhor desempenho das atividades e absorção de novas competências na área que os servidores participantes atuam.

A aplicabilidade do curso às atividades dos servidores que deverão participar dos treinamentos é justificada pelas atribuições regimentais das áreas que os servidores se encontram lotados.

A singularidade do objeto se expressa pelo conteúdo programático dos cursos, adequados às necessidades específicas do Ministério da Saúde, incluindo estratégias de problematização, a Saúde e o SUS no contexto dos processos administrativos e orçamentários, a fim do melhor desempenho das atividades exercidas nas áreas que os servidores participantes atuam. (...).

Foi anexado ao processo Certidão de Singularidade, emitida pela ABOP-Associação Brasileira de Orçamento Público, na qual cita subsídios para o enquadramento dos eventos promovidos pela ABOP nos arts 13, inciso VI, e 25, inciso II, da Lei 8.666/93, fls. 4.

A notoriedade da ABOP, conforme certidão emitida e anexada aos autos se explicita pelo fato de ter como sócio institucional o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, existindo convergência do programa de trabalho daquela pasta com a linha de atuação da ABOP. A ABOP tem como objetivos o aperfeiçoamento das técnicas orçamentárias do setor público e o aperfeiçoamento técnico de recursos humanos; além disso, participa como representante do Brasil na Asociación Internacional de Presupuesto Público-ASIP, a qual se constitui no principal organismo internacional de orçamento público vinculado à Organização das Nações Unidas-ONU, "características essas que configuram um caráter singular à entidade", nos termos da Portaria/SE-MP nº 105, de 03.03.2009, publicada na edição do Diário Oficial da União de 04.03.2009, Seção 1, p.91, a título de ilustração.

(...)



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

Como justificativa de preços observa-se que na proposta encaminhada pela ABOP para a participação dos 30(trinta) servidores/Turma, é muito vantajosa para o Ministério da Saúde como vemos a seguir(...)

É válido destacar que a responsabilidade pela justificativa é do Administrador, não cabendo a este consultivo adentrar no mérito da mesma, alertando-se, contudo, que a ausência ou incoerência da justificativa pode ocasionar a responsabilização do administrador perante o Tribunal de Contas da União.

A razão da escolha do executante do serviço, como já salientado acima, deve pautar-se na notória especialização e na singularidade, o que deverá ficar caracterizado nos autos, sendo, repita-se, de responsabilidade do Administrador a justificativa apresentada.

Com relação à justificativa do preço, de acordo com orientação normativa da AGU, ela deve basear-se em comparativo da proposta com o preço praticado pelo prestador perante outros órgãos públicos ou pessoas privadas:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 17, DE 1º DE ABRIL DE 2009

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 00400.015975/2008-95, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

É OBRIGATÓRIA A JUSTIFICATIVA DE PREÇO NA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, QUE DEVERÁ SER REALIZADA MEDIANTE A COMPARAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA COM PREÇOS PRATICADOS PELA FUTURA CONTRATADA JUNTO A OUTROS ÓRGÃOS PÚBLICOS OU PESSOAS PRIVADAS.

INDEXAÇÃO: INEXIGIBILIDADE. CONTRATAÇÃO DIRETA. JUSTIFICATIVA DE PREÇO. PROPOSTA. CONTRATADA.

REFERÊNCIA: art. 26, parágrafo único, inc. III, da Lei nº 8.666, de 1993; Despacho do Consultor-Geral da União nº 343/2007; Informativo NAJ/RJ, ANO 1, Nº 1, jun/07, Orientação 05; Decisão TCU 439/2003-Plenário, Acórdãos TCU 540/2003-Plenário, 819/2005-Plenário, 1.357/2005-Plenário, 1.796/2007-Plenário.

No mesmo sentido, ressalta a doutrina¹⁰:

Ponto também merecedor de menção é o atinente ao valor cobrado pelo profissional para a realização de cursos e palestras. É necessária a comprovação de que o valor pedido pela contratada encontra-se em consonância com os valores normalmente pedidos pela mesma para serviços similares em outras instituições públicas. Nesse sentido se manifestou o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 819/2005 do Plenário:

¹⁰ SILVA, André Pataro Myrrha de Paula e. A contratação direta de cursos de capacitação por inexigibilidade de licitação . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1838, 13 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11486>>. Acesso em: 16 jul. 2010.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

Quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contrata para evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993.

Essa é também a orientação proferida na Decisão nº 439/1998 – Plenário, do Tribunal de Contas da União (Processo nº TC 000.830/98-4):

Relatório do Ministro Relator:

(...) Finalmente, não é demais registrar que, no caso de qualquer contratação direta, o preço ajustado deve ser coerente com o mercado. No caso específico do treinamento de servidores, acreditamos que o contratante deva certificar-se de que o preço seja compatível com o de outros contratos firmados no âmbito do próprio órgão e da Administração em geral, permitida a graduação em função da excelência do notório especialista contratado.

Nestes autos, cumprindo essa recomendação de justificativa do preço, além da pesquisa de preços de fls. 38/50, que contempla notas de empenho emitidas por diversos órgãos públicos, no Despacho s/n de fl. 71/74, como já apontado, a CODEP- Coordenação de Desenvolvimento de Pessoas expôs que:

Como justificativa de preços observa-se que na proposta encaminhada pela ABOP para a participação dos 30(trinta) servidores/Turma, é muito vantajosa para o Ministério da Saúde como vemos a seguir (...)(consta no despacho tabela englobando todos os cursos a serem ministrados e os respectivos valores.)

No entanto, recomenda-se que a CGESP produza um documento comparando as notas de empenho emitidas por diversos órgãos públicos nas fls. 38/50, com o quadro estampado na fl. 73, a fim de comprovar se é verdadeiro o desconto informado na fl. 73 ao Ministério. Não basta anexar aos autos a pesquisa de preços, pois é necessária uma análise comparativa e crítica entre os documentos auferidos.

É válido frisar que a regra geral é que o pagamento seja feito após a prestação do serviço, devendo, pois, caso a Administração entenda por realizar o pagamento antecipado, ser juntada ao processo justificativa para isso nos termos da legislação pátria. Nessa justificativa, deve-se demonstrar a existência de interesse público, caracterizando-se tratar-se da única alternativa para assegurar a prestação do serviço ou o advento de economia de recursos, bem como haja previsão no instrumento de contratação, devendo, ainda, a Administração adotar as devidas cautelas ou garantias.

É imprescindível, ainda, a existência de disponibilidade orçamentária suficiente para arcar com a contratação, bem como, previamente à celebração do contrato, deve ser demonstrada a regularidade fiscal do contratado.

Nesse sentido, a CODEP- Coordenação de Desenvolvimento de Pessoas , no Despacho s/n de fl. 70/75 mencionou que:

Informo que existe disponibilidade financeira para a contratação, conforme consulta ao SIAFI(Sistema de Administração Financeira) em anexo, e que a despesa será efetuada



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

no Programa de Trabalho nº 4572.0117 – Capacitação de Servidores Públicos Federais em Processo de Qualificação e Requalificação, Fonte de Recursos nº 0151, Natureza da Despesa 339039 – Outros Serviços de Terceiros – Pessoa Jurídica, Fonte de Recursos: 0151.

Cabe, ao mais, chamar atenção para que seja observado para o que dispõe o art. 20, inciso XII [Lei nº 12.465, de 12 de agosto de 2011 (LDO/2012)] que veda expressamente a destinação de recursos para atender a despesas **com pagamento, a qualquer título, a empresas privadas que tenham em seu quadro societário servidor público da ativa:**

“Art. 20. Não poderão ser destinados recursos para atender a despesas com:
(...)”

XII - pagamento, a qualquer título, a empresas privadas que tenham em seu quadro societário servidor público da ativa, ou empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, por serviços prestados, inclusive consultoria, assistência técnica ou assemelhados;”^[1]

IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE PESSOAL CONTRATADO POR TEMPO DETERMINADO, PARA ATENDIMENTO DE NECESSIDADE TEMPORÁRIA E EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, NOS TERMOS DA LEI N° 8.745/1993, EM CURSO DE CAPACITAÇÃO CUSTEADO PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE

O Decreto nº 5.707/2006, além de instituir a Política e as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, **regulamenta dispositivos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Referido normativo muito bem delineia as finalidades e diretrizes dessa política direcionando as ações de capacitação para os objetivos institucionais do órgão (arts. 1º e 2º do Decreto nº 5.707/2006). Ademais, o art. 2º desse decreto, ao tratar dos conceitos, deixa muito claro que o intuito da capacitação é preparar o **SERVIDOR** para o bom desempenho de suas funções:

I - capacitação: processo permanente e deliberado de aprendizagem, com o propósito de contribuir para o desenvolvimento de competências institucionais por meio do desenvolvimento de competências individuais;

II - gestão por competência: gestão da capacitação orientada para o **desenvolvimento do conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes necessárias ao desempenho das funções dos servidores**, visando ao alcance dos objetivos da instituição; e

III - eventos de capacitação: cursos presenciais e à distância, aprendizagem em serviço, grupos formais de estudos, intercâmbios, estágios, seminários e



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

congressos, que contribuam para o desenvolvimento do servidor e que atendam aos interesses da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

(grifo nosso)

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabelece, com clareza solar, em seu art. 2º, que **"servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público"**.

Da interpretação dos normativos acima mencionados, concluímos que o Decreto nº 5.707/2006, ao regulamentar dispositivos da Lei nº 8.112/1990, instituindo a política e as diretrizes para o desenvolvimento de pessoal da administração pública, o fez em relação aos **SERVIDORES PÚBLICOS**, de forma específica, devendo estes serem considerados aqueles legalmente investidos em cargo público, conforme estabelecido no art. 2º da Lei nº 8.112/1990.

A seu turno, a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a **contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público**, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, faz referência às pessoas por ela abrangidas, em especial quanto aos direitos e proibições aplicáveis, utilizando-se da terminologia "pessoal" (e.g.: 'contratação de pessoal' – art. 1º; 'recrutamento do pessoal' – art. 3º; 'remuneração do pessoal' – art. 7º; 'Ao pessoal contratado aplica-se' – art. 8º; 'O pessoal contratado' – art. 9º) e não a "servidor" o que, *de per si*, já estabelece uma diferenciação entre os contratados por prazo determinado, por ela regulados, dos **servidores** propriamente ditos, aqueles legalmente investidos em cargo público.

Ao estabelecer a aplicabilidade de alguns dispositivos da Lei nº 8.112/1990 ao pessoal contratado por tempo determinado, a Lei nº 8.745/1993 o fez em rol exaustivo previsto no seu art. 11, nos seguintes termos:

Art. 11. Aplica-se ao pessoal contratado nos termos desta Lei o disposto nos arts. 53 e 54; 57 a 59; 63 a 80; 97; 104 a 109; 110, incisos, I, in fine, e II, parágrafo único, a 115; 116, incisos I a V, alíneas a e c, VI a XII e parágrafo único; 117, incisos I a VI e IX a XVIII; 118 a 126; 127, incisos I, II e III, a 132, incisos I a VII, e IX a XIII; 136 a 142, incisos I, primeira parte, a III, e §§ 1º a 4º; 236; 238 a 242, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Em sendo assim, os contratados por prazo determinado terão os seguintes direitos e deveres:

DIREITOS

- Remuneração pelos serviços prestados, art. 7º;
- ajuda de custo, arts. 53, 54 e 57;
- diárias, arts. 58 e 59;



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

- auxílio transporte, (art 7º da Medida Provisória nº 2.165/2001);
- gratificação natalina, arts. 63 a 66;
- adicionais de insalubridades, periculosidade ou Atividades Penosas, arts. 68 a 72;
- adicional por serviço extraordinário, arts. 73 e 74;
- adicional noturno, art. 75;
- gozo de férias, arts. 76 a 80;
- concessões, art. 97;
- direito de petição, arts. 104 a 115
- auxílio alimentação(Ofício-Circular nº 03/SRH/MP, de 01.02.2002)
- vinculação ao Regime Geral de Previdência Social (Lei nº 8.647/1993);
- contagem do tempo de serviço prestado para todos os efeitos, art. 16;

Assim, não se verifica dentre os direitos previstos na Lei nº 8.112/1990, estendidos ao pessoal contratado por tempo determinado pela Lei nº 8.745/1993, qualquer previsão ou referência à participação desses contratados em eventos de capacitação custeados pelo órgão federal contratante.

Ou seja, não prevendo a legislação específica a participação de pessoal contratado em eventos de capacitação, aliado ao fato de que estes não se consubstanciam em “servidores”, pelo menos nos termos do Decreto nº 5.707/2006, que regulamenta os dispositivos da Lei nº 8.112/2006, inexiste qualquer permissivo que viabilize a participação de pessoal contratado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da Lei nº 8.745/1993, em eventos de capacitação custeados, no todo ou em parte, por órgão da administração pública federal.

Não bastasse o entendimento acima declinado, certo é que todo e qualquer contrato fundado na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, deveria restringir-se tão somente ao período em que fosse verificada a “**NECESSIDADE TEMPORÁRIA E DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO**”, além do que, tais contratações, por serem “temporárias” e “excepcionais”, já deveriam prever todo o arsenal de conhecimento necessário para a realização e conclusão das atividades a serem desenvolvidas pelos eventuais contratados, não fazendo qualquer sentido a utilização de recursos públicos para realização de treinamento desses profissionais.

Em outros verbetes, uma vez que a contratação de pessoal por tempo determinado nos termos da Lei nº 8.745/1993 prescinde da realização de concurso público, podendo ser efetivada por meio de processo seletivo simplificado, o que caracteriza ainda mais a excepcionalidade do instituto, entendemos que o Edital do referido processo seletivo, sujeito a ampla divulgação, já deveria contemplar todos os



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

conhecimentos específicos e habilidades necessários para a execução dos serviços, para atendimento da necessidade - frise-se, temporária e de excepcional interesse público -, afastando, assim, a necessidade de posterior capacitação do profissional para o exercício do seu mister.

Nesse exato sentido, o jurista Paulo de Matos Ferreira Diniz¹¹, ensina que *“a seleção, em obediência ao princípio da publicidade, há que ser feita mediante Edital de Convocação onde sejam especificados: critérios de seleção, forma de contratação, habilidades e conhecimentos necessários para a execução dos serviços, prazo de duração do contrato, remuneração, quantitativo, local onde os serviços serão prestados, dentre outros”*.

Além do mais, importa ressaltar a NOTA INFORMATIVA Nº 100/2012/CGNOR/DENOP/SEGEPE/MP, emitida pela Coordenação-Geral de Elaboração, Orientação e Consolidação de Normas do Ministério do Planejamento, cuja cópia segue adiante, ao analisar a participação de contratados sob a égide da Lei nº 8.745/1993 em eventos de capacitação, concluiu pela impossibilidade de afastamento do agente contratado por tempo determinado para participação em eventos desse tipo, uma vez que inexiste previsão contratual ou legal para tanto, haja vista que tal afastamento iria de encontro ao que dispõe o art. 9º, inciso I, da referida Lei.

Ainda, referida NOTA INFORMATIVA, assevera que a Lei nº 8.745/1993 não prevê qualquer hipótese de suspensão do vínculo estabelecido com o contratado por tempo determinado, o que ocorreria, na hipótese de afastamento para participação em eventos de capacitação, caso em que a prestação pessoal dos serviços contratados seria interrompida, razão pela qual não se vislumbra permissivo legal para que o Administrador Público o faça, em face do princípio da legalidade.

Com tais considerações, opina-se pela impossibilidade de prosseguimento do presente processo para contratação de evento de capacitação para pessoal contratado por prazo determinado, nos termos da Lei nº 8.745/1993, se houver esse pessoal dentre os interessados no objeto em análise neste processo.

PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS

Vale esclarecer que é imprescindível que haja dotação orçamentária suficiente para a contratação, “sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa” (inciso III, § 2º do art. 7º e art. 14, ambos da Lei nº 8.666/1993). Assim, recomenda-se sempre que a autoridade competente comprove a existência de disponibilidade orçamentária para a cobertura do total da despesa.

A Lei n. 8.666, de 1993 prevê, de modo reiterado, a necessidade de previsão orçamentária para a contratação, como se aduz a seguir:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:
(...)
§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:
(...)

¹¹ Diniz, Paulo de Matos Ferreira. Lei nº 8.112: Atualizada, comentada, manualizada, revisada. 10. Ed. Ed. Método. P. 652.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

III – houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma.
(...)"

Art. 14 Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa".

Art. 38 O procedimento da licitação será iniciado como a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:
(...).

Desta forma, toda contratação somente pode ocorrer se houver previsão e disponibilidade orçamentária (a ser executadas no exercício financeiro em curso) próprias para a realização da despesa correspondente. A realização de contratação sem a referida previsão configura ilegalidade do procedimento, motivo bastante para sua anulação.

Devemos distinguir a previsão orçamentária da disponibilidade financeira dos recursos. Existe previsão orçamentária quando o recurso está previsto no orçamento anual e/ou no plurianual. Já a disponibilidade financeira se refere ao fato de a Administração ter o dinheiro disponível ou liberado.

Sobre a necessidade da indicação do recurso orçamentário, o TCU exarou o seguinte entendimento:

Todo processo licitatório só pode ser iniciado se existir recurso orçamentário próprio para a realização da despesa correspondente, além da obrigatoriedade constitucional de que para o início de programas ou projetos devem estar regularmente incluídos na lei orçamentária anual". (decisão n. 183/92, DOU de 07.05.1992, p. 5.731).

Ao mais, vale apontar que o pagamento de despesas mediante a utilização de recursos de programas de trabalho não compatíveis com sua finalidade própria, mesmo em caso de insuficiência de crédito no programa específico, caracteriza remanejamento ilícito de despesas, em desacordo com o disposto no art. 167, inciso VI, da Constituição Federal e o art. 17 do Decreto nº 93.872, de 23/12/1986, que vedam a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos, de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.

Ainda, cumpre mencionar o artigo 16, I, da Lei Complementar nº 101/2000:

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do caput será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

Compulsando-se os autos, verifica-se que neles não consta definição administrativa quanto ao fato de a natureza do objeto da contratação eventualmente implicar, ou não, o atendimento do dispositivo legal acima transrito, o que deverá ser suprido.

Na hipótese de a aquisição não implicar criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental ou não acarretar aumento de despesa, deverá a Administração deixar claro tais circunstâncias nos autos. Caso, porém, configure-se que a contratação será instrumento para a criação, expansão ou o aperfeiçoamento de ação governamental, com aumento de despesa, deverá a Administração lançar, nos autos do procedimento, os dois documentos relacionados no art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000.

No presente processo, há Despacho s/n, , à fl. 73, informação no seguinte sentido:

Informo que existe disponibilidade financeira para a contratação, conforme consulta ao SIAFI (Sistema de Administração Financeira) em anexo, e que a despesa será efetuada no Programa de Trabalho 4572.0117 – Capacitação de Servidores Públicos Federais em Processo de Qualificação e Requalificação, Fonte de Recursos 0151, Natureza da Despesa 339039- Outros Serviços de Terceiros – Pessoa Jurídica, Fonte de Recursos: 0151.

Ocorre que consulta ao SIAFI (Sistema de Administração Financeira) não está em anexo, demandando providências para sua juntada.

-REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA DA CONTRATADA

De início, alertamos que, mesmo nas dispensas ou inexigibilidades de licitação, a comprovação da habilitação do contratado deve ser exigida com relação aos aspectos essenciais à regularidade da contratação (art. 55, XIII c/c arts. 27 a 33, da Lei nº 8.666/93).

No que tange à regularidade fiscal, tanto a doutrina como a jurisprudência do TCU são uníssonos no sentido de que, mesmo nos casos de contratação direta, devem ser exigidas a comprovação de regularidade junto à Fazenda e a Dívida Ativa da União, o INSS e o FGTS.¹² Além disso, com o advento da Lei nº 12.440, de 2011, sobreveio

¹² ACÓRDÃO Nº 260/2002 TCU – Plenário (trecho)

“8.3. determinar ao Superior Tribunal de Justiça que:

8.3.1. observe a exigência legal (art. 29, inciso IV, da Lei nº 8.666/93) e constitucional (art. 195, § 3º) de que nas licitações públicas, mesmo em casos de dispensa ou inexigibilidade, é obrigatória a comprovação por parte da empresa contratada, da regularidade para com a seguridade social, por meio da apresentação de Certidão Negativa de Débito (INSS – art. 47-I-a, da Lei nº 8.212/91); Certidão Negativa de Débitos de Tributos e Contribuições Federais (SRF-IN nº 80/97) e Certificado de Regularidade do FGTS (CEF – art.27.a da Lei nº 8.036/90);”



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

também a necessidade de comprovação de regularidade trabalhista, mediante a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT. Cabe ao administrador, pois, zelar pela efetiva validade dessas certidões na ocasião da contratação.

Ressalte-se que é essencial, também, a declaração relativa ao cumprimento do disposto no artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal, nos termos do artigo 27, V, da Lei. 8.666, de 1993.

Às fls. 33-34 foram juntados os documentos que comprovam a regularidade fiscal e trabalhista da futura contratada. Não obstante, as certidões da Receita e do FGTS, conforme SICAF de fl. 34, encontram-se vencidas. Impõe-se a verificação da validade de todas as certidões ao tempo da contratação.

2 Ademais, em vista da exigência imposta no art. 6º, III, da Lei nº 10.522/2002, deve ser observado o teor da Orientação Normativa Interna nº 02, desta Consultoria Jurídica da União, consultando-se previamente o CADIN, o SICAF e o CEIS¹³, e, também, conforme recomendação do TCU constante do Acórdão nº 1.793/2011-P, é necessária a consulta ao Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.¹⁴

3 Tais documentos não constam do feito, incumbindo ao órgão providenciá-los, juntando-os ao processo, antes da contratação, para comprovar a regularidade da empresa.

DA ANÁLISE DA MINUTA ACOSTADA AOS AUTOS

A minuta de Contrato encontra-se às fls. 63/70, não apresentando, em princípio, nenhuma irregularidade que possa obstar o andamento do processo, apenas fazendo-se necessárias as seguintes observações:

1. Preâmbulo do Instrumento - Que seja alterado o enquadramento legal que

¹³ ORIENTAÇÃO NORMATIVA INTERNA CJU/SP Nº 02, DE 24 de maio de 2011

Texto Enunciado: "Quando da análise dos processos licitatórios e aprovação das respectivas minutas de edital e carta-convite, o órgão assessorado deve ser orientado, para certificar-se de que a entidade licitante não está proibida de participar de licitações e celebrar contratos administrativos na forma da legislação vigente, a consultar, além do Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores – SICAF, o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS e o Cadastro Integrado de Condenações por Ilícitos Administrativos – CADICON, respectivamente, acessados pelos endereços eletrônicos do portal da transparência (<<www.portaldatransparencia.gov.br>>) e do Tribunal de Contas da União (<<www.tcu.gov.br>>)."

INDEXAÇÃO: LICITAÇÕES. CONTRATOS. EDITAIS. CARTAS-CONVITE. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. SUSPENSÃO/IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR. SICAF. CEIS.CADICON.

REFERÊNCIA: Artigo 97 da Lei nº 8.666/93. Leis nº(s) 8.429/92 e 9.605/98. Memorando-Circular nº 090/2010/CGU/AGU. Aviso-Circular nº 001/2009/GM-PR, ratificado pelo Aviso nº 002/2009/GM/CGU-PR.

¹⁴ www.cnj.jus.br/improbidade_adm/consultar_requerido.php



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

fundamentará a contratação, devendo constar o **artigo 25, inciso II, c/c com o artigo 13 inciso VI, ambos da Lei nº 8.666/93**, haja vista que a presente contratação, *s.m.j.*, em conformidade com o objeto previsto na Cláusula Primeira, não envolverá serviços de *"assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias"*, não atraindo a incidência do inciso III do art. 13 da Lei nº 8.666/93.

a) CLÁUSULA SEGUNDA:

Recomenda-se que haja previsão específica do período de cada curso, dentro do 2º semestre de 2013, pois da forma como o contrato está elaborado, não há um prazo certo, então não será nem possível a configuração de atraso na execução pela contratada.

CLÁUSULA TERCEIRA - PREÇO:

- Recomenda-se que se estipule em quanto será o valor de cada um dos doze cursos, a fim de que seja possível a fiscalização adequada e estipulação de penalidade proporcional, para o caso de apenas alguns dos cursos não for corretamente adimplido.
- Recomenda-se a inserção também do seguinte:
 - No valor acima estão incluídas todas as despesas ordinárias diretas e indiretas decorrentes da execução do objeto, inclusive tributos e/ou impostos, encargos sociais, trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais incidentes, taxa de administração, frete, seguro e outros necessários ao cumprimento integral do objeto da contratação.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DAS PENALIDADES:

- **Recomenda-se que se estipulem penalidades com base no artigo 87 da Lei 8.666/93 e não somente de multa (moratória) e advertência por escrito, como é a redação atual e incompleta da Cláusula Décima Primeira:**

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Vide art 109 inciso III)

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

• Recomenda-se a seguinte redação :

a. A Contratada que cometer qualquer das infrações discriminadas no subitem acima ficará sujeita, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal, às seguintes sanções:

- i. advertência por faltas leves, assim entendidas aquelas que não acarretem prejuízos significativos para a Contratante;
- ii. multa moratória de% (..... por cento) por dia de atraso injustificado sobre o valor da parcela inadimplida, até o limite de (.....) dias;

Nota explicativa: A Administração deve decidir, caso a caso, de acordo com o objeto, qual o prazo limite para a mora da Contratada, a partir do qual a execução da prestação deixa de ser útil para o órgão e enseja a rescisão do contrato. Lembre-se que esse modelo é apenas uma sugestão; é possível escalar as multas conforme os dias de atraso, por exemplo.

Ao mais, deve-se prever percentual flexível nas sanções, a fim de garantir a proporcionalidade na aplicação da pena, no caso concreto.

iii. multa compensatória de% (..... por cento) sobre o valor total do contrato, no caso de inexecução total do objeto;

1. em caso de inexecução parcial, a multa compensatória, no mesmo percentual do subitem acima, será aplicada de forma proporcional à obrigação inadimplida;

- iv. suspensão de licitar e impedimento de contratar com o órgão ou entidade Contratante, pelo prazo de até dois anos;
- v. impedimento de licitar e contratar com a União com o consequente descredenciamento no SICAF pelo prazo de até cinco anos;
- vi. declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que a Contratada ressarcir a Contratante pelos prejuízos causados;

b. Também ficam sujeitas às penalidades do art. 87, III e IV da Lei nº 8.666, de 1993, a Contratada que:

- i. tenha sofrido condenação definitiva por praticar, por meio dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
- ii. tenha praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
- iii. demonstre não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

c. A aplicação de qualquer das penalidades previstas realizar-se-á em processo administrativo que assegurará o contraditório e a ampla defesa à Contratada, observando-se o procedimento previsto na Lei nº 8.666, de 1993, e subsidiariamente a Lei nº 9.784, de 1999.

d. A autoridade competente, na aplicação das sanções, levará em consideração a gravidade da conduta do infrator, o caráter educativo da pena, bem como o dano causado à Contratante, observado o princípio da proporcionalidade.

e. As penalidades serão obrigatoriamente registradas no SICAF.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

CLÁUSULA QUARTA – DO PAGAMENTO:

- Esta cláusula não está suficientemente clara e encontra-se incompleta. Recomenda-se a adoção da redação das minutas modelos da AGU sobre o assunto¹⁵ (não transcrever as notas explicativas):

1.1. O pagamento será efetuado pela Contratante no prazo de (....) dias, contados da apresentação da Nota Fiscal/Fatura contendo o detalhamento dos serviços executados e os materiais empregados, através de ordem bancária, para crédito em banco, agência e conta-corrente indicados pelo contratado.

Nota Explicativa: Atentar para o prazo máximo de 30 dias para pagamento, conforme disposto no artigo 40, XIV, “a”, da Lei 8.666, de 1993. Esse prazo abrange tanto o prazo para a empresa apresentar a Nota Fiscal/Fatura, disciplinado abaixo, como o prazo para o fiscal atestá-la, e demais trâmites burocráticos. Ou seja, é o prazo desde a apresentação até o envio da ordem bancária.

1.2. Os pagamentos decorrentes de despesas cujos valores não ultrapassem o limite de que trata o inciso II do art. 24 da Lei 8.666, de 1993, deverão ser efetuados no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, contados da data da apresentação da Nota Fiscal/Fatura, nos termos do art. 5º, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993.

1.3. A apresentação da Nota Fiscal/Fatura deverá ocorrer no prazo de (....) dias, contado da data final do período de adimplemento da parcela da contratação a que aquela se referir.

1.4. O pagamento somente será autorizado depois de efetuado o “atesto” pelo servidor competente, condicionado este ato à verificação da conformidade da Nota Fiscal/Fatura apresentada em relação aos serviços efetivamente prestados e aos materiais empregados.

1.4.1. Eventual situação de irregularidade fiscal da contratada não impede o pagamento, se o serviço tiver sido prestado e atestado. Tal hipótese ensejará, entretanto, a adoção das providências tendentes ao sancionamento da empresa e rescisão contratual.

¹⁵ Disponível em

http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=244958&ordenacao=1&id_site=12542.

Acesso na data do parecer.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

1.5. Havendo erro na apresentação da Nota Fiscal/Fatura ou dos documentos pertinentes à contratação, ou, ainda, circunstância que impeça a liquidação da despesa, como por exemplo, obrigação financeira pendente, decorrente de penalidade imposta ou inadimplência, o pagamento ficará sobreestado até que a Contratada providencie as medidas saneadoras. Nesta hipótese, o prazo para pagamento iniciar-se-á após a comprovação da regularização da situação, não acarretando qualquer ônus para a Contratante.

1.6. Nos termos do artigo 36, § 6º, da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 2008, será efetuada a retenção ou glosa no pagamento, proporcional à irregularidade verificada, sem prejuízo das sanções cabíveis, caso se constate que a Contratada:

1.6.1. não produziu os resultados acordados;

1.6.2. deixou de executar as atividades contratadas, ou não as executou com a qualidade mínima exigida;

1.6.3. deixou de utilizar os materiais e recursos humanos exigidos para a execução do serviço, ou utilizou-os com qualidade ou quantidade inferior à demandada.

1.7. Será considerada data do pagamento o dia em que constar como emitida a ordem bancária para pagamento.

1.8. Quando do pagamento, será efetuada a retenção tributária prevista na legislação aplicável.

1.8.1. A Contratada regularmente optante pelo Simples Nacional não sofrerá a retenção tributária quanto aos impostos e contribuições abrangidos por aquele regime. No entanto, o pagamento ficará condicionado à apresentação de comprovação, por meio de documento oficial, de que faz jus ao tratamento tributário favorecido previsto na referida Lei Complementar.

1.9. Nos casos de eventuais atrasos de pagamento, desde que a Contratada não tenha concorrido, de alguma forma, para tanto, fica convencionado que a taxa de compensação financeira devida pela Contratante, entre a data do vencimento e o efetivo adimplemento da parcela, é calculada mediante a aplicação da seguinte fórmula:

EM = I x N x VP, sendo:

EM = Encargos moratórios;

N = Número de dias entre a data prevista para o pagamento e a do efetivo pagamento;

VP = Valor da parcela a ser paga.

I = Índice de compensação financeira = 0,00016438, assim apurado:

$$\begin{array}{rcl} I & = & \\ & \underline{(6/100)} & \end{array}$$

)

365

$$I = 0,00016438$$

TX = Percentual da
taxa anual = 6%.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

CLÁUSULA QUINTA – DO PRAZO DE VIGÊNCIA:

- O contrato em análise trata-se de contrato por escopo ou por objeto, não sendo um contrato a termo (ou de execução continuada). Portanto, incide o disposto no PARECER 133/2011/DECOR/CGU/AGU: “*Deverá haver previsão contratual dos dois prazos: tanto o de vigência quanto o de execução, pois não se admite contrato com prazo indeterminado e o interesse público exige que haja previsão de fim tanto para a execução do objeto, quanto para que a Administração cumpra a sua prestação na avença*”.
- Devido a isso, a redação da cláusula quinta deverá ser alterada para (não transcrever as notas explicativas):

1. CLÁUSULA xxxxx - DO PRAZO DA VIGÊNCIA E DO PRAZO DE EXECUÇÃO

1.1. O prazo de vigência deste Termo de Contrato se inicia na data de sua assinatura e vigorará até xx/xx/xxxx (dia, mês e ano a serem estabelecidos, conforme prazo razoável para a Administração cumprir suas obrigações, a exemplo de receber os bens e efetuar os pagamentos. Quanto ao ano, deve-se prever aquele em que se encerra o prazo de execução contratual, não devendo ir além de 31/12 do ano seguinte ao da assinatura contratual. Ao mais, deve-se dar preferência ao encerramento até, no máximo, 31/12 do próprio ano da assinatura do contrato), nos termos do artigo 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

PARÁGRAFO PRIMEIRO - A vigência poderá ultrapassar o exercício financeiro, desde que as despesas referentes à contratação sejam integralmente empenhadas até 31 de dezembro, para fins de inscrição em restos a pagar, conforme Orientação Normativa AGU nº 39, de 13/12/2011.

Nota Explicativa:

A previsão desse parágrafo primeiro é discricionária, devendo ser utilizada caso se opte pela previsão do prazo de vigência até depois do dia 31/12 do ano da assinatura contratual.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

Todavia, recomenda-se bastante cautela, caso se decida por sua estipulação. Isso porque é importante frisar que a regra geral da duração dos contratos é aquela constante do caput do artigo 57 da Lei 8.666/93:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

*Visto que a regra geral é a do caput do artigo 57, a aplicação da Orientação Normativa 39 da AGU, já transcrita, seria uma exceção à regra geral. **Por conseguinte, como exceção, seu emprego deve ser fundamentado e justificado pela autoridade competente (o gestor do contrato).***

Vale apontar, também, que a própria fundamentação da AGU para a publicação da mencionada Orientação Normativa 39 recomenda cautela para a “utilização desse expediente”, ou seja, cuidado para o uso da ON 39¹⁶:

“Por outro lado, a utilização desse expediente deve ser realizada com cautela, porque acaba por fazer uma espécie de “reserva” de crédito no orçamento e, se aplicada em larga escala, pode vir a comprometer a execução financeira do ano seguinte.”

PARÁGRAFO SEGUNDO – O prazo de execução deste Termo de Contrato se inicia na data de sua assinatura encerrando-se quando do recebimento definitivo da última parcela, previsto para o dia: xx/xx/xx (ATENÇÃO COM A NOTA EXPLICATIVA 4 ABAIXO).

Nota Explicativa:

1. *O prazo de vigência não se confunde com o prazo de execução.*
2. *Prazo de vigência é o período em que os contratos firmados produzem direitos e obrigações para as partes contratantes.*
3. *Prazo de execução é o tempo determinado no contrato para que o contratado execute o seu objeto.*
4. *Não se deve prever prazo de execução, nem prazo de vigência, superior a doze meses, uma vez que períodos longos, maiores que doze meses seriam contrários aos princípios orientadores das licitações públicas, previstos no artigo 3º, caput, da lei 8.666/93: princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Feririam a isonomia, por garantir contratação com um único fornecedor, durante longo prazo, diminuindo a possibilidade de competição entre as empresas daquele mercado determinado. Ao mais, firmar um contrato administrativo com prazo inicial de vigência e de execução acima de doze meses dificultaria os meios de se negociar o preço contratado, caso venha a ocorrer alteração no mercado, o que é contrário ao princípio administrativo da economicidade e da eficiência. Isso foi explanado por esta Consultoria no PARECER Nº 322/2013/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/gmc e respectivos DESPACHOS Nº 4551 E 4552/2013*
5. *No prazo de vigência contratual não deve estar incluído o prazo de garantia do produto (no caso de equipamento), tendo em vista que esse direito se mantém após a conclusão do objeto contratado.*

16

http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarAtos.aspx?TIPO_FILTRO=Orientacao, consultado na data do Parecer.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

- Recomenda-se a inserção da seguinte cláusula:

x CLÁUSULA XXXXXXXX – INEXISTÊNCIA DE REAJUSTE

x.1 O preço é fixo e irreajustável.

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA DO EXECUTOR (NA VERDADE, ESSA CLÁUSULA TRATA DA FISCALIZAÇÃO):

- a) Esta cláusula sobre fiscalização não está suficientemente clara. Não se sabe quem será o responsável por decidir pela aplicação de penalidades. Não se sabe quem será o superior, conforme o disposto no artigo 67, § 2º da Lei 8.666/93. Ao mais, recomenda-se a adoção do modelo da AGU, que é mais completo, sobre esse importante assunto:
 - a. O acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato consistem na verificação da conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do ajuste, devendo ser exercidos por um ou mais representantes da Contratante, especialmente designados, na forma dos arts. 67 e 73 da Lei nº 8.666, de 1993, e do art. 6º do Decreto nº 2.271, de 1997.
 - b. O representante da Contratante deverá ter a experiência necessária para o acompanhamento e controle da execução dos serviços e do contrato.
 - c. A verificação da adequação da prestação do serviço deverá ser realizada com base nos critérios previstos neste Termo de Referência.
 - d. A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração dos aspectos mencionados no art. 34 da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 2008, quando for o caso.
 - e. O fiscal ou gestor do contrato, ao verificar que houve subdimensionamento da produtividade pactuada, sem perda da qualidade na execução do serviço, deverá comunicar à autoridade responsável para que esta promova a adequação contratual à produtividade efetivamente realizada, respeitando-se os limites de alteração dos valores contratuais previstos no § 1º do artigo 65 da Lei nº 8.666, de 1993.
 - f. A conformidade do material a ser utilizado na execução dos serviços deverá ser verificada juntamente com o documento da Contratada que contenha a relação detalhada dos mesmos, de acordo com o estabelecido neste Termo de Referência e na proposta, informando as respectivas quantidades e especificações técnicas, tais como: marca, qualidade e forma de uso.
 - g. O representante da Contratante deverá promover o registro das ocorrências verificadas, adotando as providências necessárias ao fiel cumprimento das cláusulas contratuais, conforme o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993.
 - h. O descumprimento total ou parcial das demais obrigações e responsabilidades assumidas pela Contratada ensejará a aplicação de sanções administrativas, previstas neste Termo de Referência e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual, conforme disposto nos artigos 77 e 80 da Lei nº 8.666, de 1993.
 - i. As disposições previstas nesta cláusula não excluem o disposto no Anexo IV (Guia de Fiscalização dos Contratos de Terceirização) da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 2008, aplicável no que for pertinente à contratação.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

j. A fiscalização da execução dos serviços abrange, ainda, as seguintes rotinas:

- i.;
- ii.;
- iii. (etc.)

Nota explicativa: Caso as especificidades do serviço demandem uma rotina de fiscalização própria, o órgão deve descrevê-la neste item.

k. A fiscalização de que trata esta cláusula não exclui nem reduz a responsabilidade da Contratada, inclusive perante terceiros, por qualquer irregularidade, ainda que resultante de imperfeições técnicas, vícios redibitórios, ou emprego de material inadequado ou de qualidade inferior e, na ocorrência desta, não implica em co-responsabilidade da Contratante ou de seus agentes e prepostos, de conformidade com o art. 70 da Lei nº 8.666, de 1993.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – DA RESCISÃO:

- Recomenda-se a alteração da redação da mencionada cláusula para o seguinte:
 - O presente Termo de Contrato poderá ser rescindido nas hipóteses previstas no art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993, com as consequências indicadas no art. 80 da mesma Lei, sem prejuízo da aplicação das sanções previstas no Termo de Referência, anexo do Edital.
 - Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados, assegurando-se à CONTRATADA o direito à prévia e ampla defesa.
 - A CONTRATADA reconhece os direitos da CONTRATANTE em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 da Lei nº 8.666, de 1993.
 - O termo de rescisão, sempre que possível, será precedido:
 - Balanço dos eventos contratuais já cumpridos ou parcialmente cumpridos;
 - Relação dos pagamentos já efetuados e ainda devidos;
 - Indenizações e multas.

CLÁUSULA DÉCIMA sexta – DO FORO:

- Recomenda-se a alteração da redação do item 16.2 para o seguinte:



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

- O Foro para solucionar os litígios que decorrerem da execução deste Termo de Contrato será o da Seção Judiciária do Distrito Federal- Justiça Federal.

**ADVERTÊNCIA SOBRE A NECESSIDADE DE ATENÇÃO REDOBRADA NA ELABORAÇÃO DA ORA
VISADA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.**

Afirma-se a necessidade de zelo na avaliação pela Administração dos requisitos necessários para se proceder a esta inexigibilidade de licitação, porquanto este Parecer demonstrou a ausência de diversos requisitos necessários para tanto e uma vez que eventual avaliação incorreta nesse sentido pode dar azo à responsabilização do servidor faltante do Ministério da Saúde, visto que a utilização da inexigibilidade de licitações fora das hipóteses legais é prevista como crime, na Lei 8.666/93:

Seção III

Dos Crimes e das Penas

Art. 89. Dispensar ou exigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Também podem gerar responsabilização perante o TCU, consoante os seguintes exemplos:

- Contratação pública – Inexigibilidade – Engenharia – Elaboração de estudos e projetos – Impossibilidade no caso – TCU

O TCE/SP considerou ilegal a contratação de empresa para a execução da prestação de serviços técnicos especializados para a elaboração de estudos e projetos de engenharia relativos à pavimentação destinada às obras de manutenção e melhoria de rodovias e terminais hidroviários por inexigibilidade de licitação, uma vez que os requisitos para a efetivação regular do negócio não se reuniram, notadamente a singularidade exigida pela norma. (TCE/SP, Protocolo nº 46.407/026/90, DOE de 20.06.1995.) O TCU considerou ilegal a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de arquiteto para a realização de projetos de paisagismo e decoração, por não estarem presentes os requisitos da singularidade e da notoriedade. (TCU, Acórdão nº 159/1997, 2ª Câmara, Rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi, DOU de 28.04.1997.) No mesmo sentido: o TCU considerou ilegal a contratação de engenheiro civil para fiscalizar a obra de reforma e ampliação do edifício sede da Administração efetivada com indevida caracterização de inexigibilidade de licitação, por não estarem presentes os requisitos da notória especialidade e singularidade do serviço. (TCU, Acórdão nº 205/1996, Plenário, Rel. Min. Bento José Bugarin, DOU de 16.01.1997.)

Ao mais, em recente informativo do TCU, demonstrou-se que a regra é a licitação para determinado serviço técnico (raciocínio que pode ser estendido para outros), sendo a inexigibilidade “exceção”, a qual deve ser precedida, obrigatoriamente, da comprovação da inviabilidade fática ou jurídica de competição, da singularidade do objeto e da notoriedade do contratado:



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

*INFORMATIVO TCU
Número 158
Sessões: 2 e 3 de julho de 2013*

Segunda Câmara

4. A regra para a contratação de serviços advocatícios é a licitação, sendo a inexigibilidade "exceção", a qual deve ser precedida, obrigatoriamente, da comprovação da inviabilidade fática ou jurídica de competição, da singularidade do objeto e da notoriedade do contratado.

4. A regra para a contratação de serviços advocatícios é a licitação, sendo a inexigibilidade "exceção", a qual deve ser precedida, obrigatoriamente, da comprovação da inviabilidade fática ou jurídica de competição, da singularidade do objeto e da notoriedade do contratado.

Em exame de Prestação de Contas da empresa Petrobras Gás S/A – Gaspetro, subsidiária da Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás, relativa ao exercício de 2004, constatou-se, entre outras, a seguinte irregularidade: "*contratação direta de serviços de advocacia ..., sem justificativas ou com justificativas frágeis da inviabilidade de competição, para enquadramento em inexigibilidade de licitação, visto que não demonstrada a singularidade das causas jurídicas e a necessidade de conhecimento técnico-jurídico específico, em desacordo com o art. 25 da Lei 8.666/1993 e com o subitem 2.3, alínea b, do Decreto 2.745/1998 [Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobrás]*". Em sede de análise das justificativas, o relator registrou que "*a jurisprudência do Tribunal e a posição dos doutrinadores são no sentido de que a regra para a contratação de serviços advocatícios é a licitação, sendo a inexigibilidade "exceção", a qual deve ser precedida, obrigatoriamente, da comprovação da inviabilidade fática ou jurídica de competição, da singularidade do objeto e da notoriedade do contratado*". Nesse sentido, rejeitou a alegação dos responsáveis de que "*a fundamentação da inexigibilidade de licitação não é requisito para formação do contrato pelo fato de o Decreto 2.745/1998 não requerer exposição de motivos nessa modalidade de contratação ...*". Ressaltou, com base na doutrina, que "*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*". Citou ainda jurisprudência do Tribunal no sentido de que "*a ausência dos requisitos caracterizadores da inviabilidade de competição, especialmente quanto à singularidade do objeto e à notória especialização do contratado, impossibilita a contratação por inexigibilidade de licitação*". Não obstante tenha rejeitado as justificativas, o relator considerou que, em razão da pouca materialidade dos valores envolvidos, o fato apontado não deveria macular toda a gestão da entidade. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, julgou as contas regulares com ressalvas e determinou à Gaspetro que não efetue contratações por inexigibilidade de licitação sem a devida motivação e sem o preenchimento de todos os requisitos necessários a essa medida (inviabilidade de competição, singularidade do objeto e notoriedade do prestador de serviço), conforme dispõe o art. 25 da Lei 8.666/93. **Acórdão 3795/2013-Segunda Câmara, TC 012.998/2005-9, relator Ministro Aroldo Cedraz, 2.7.2013.**



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

III – DA CONCLUSÃO

Em face das considerações tecidas, restritas ao exame dos aspectos jurídico-formais do processo, abstraídas as questões técnicas, as quais fogem à competência da análise desta área Jurídica, inclusive as de oportunidade, conveniência e preço na formalização do instrumento, com esteio na Orientação Normativa nº 18/2009, da Advocacia-Geral da União e no pressuposto da verossimilhança dos dados e informações constantes dos autos, de responsabilidade de quem os produziu, que é possível o enquadramento prosseguimento do presente procedimento de contratação direta, com fulcro nos **artigos 25, inciso II, e 13, inciso VI**, ambos da Lei nº 8.666/1993, **DESDE QUE**, supridas todas as recomendações feitas acima, e em especial:

- a. Que sejam observadas as disposições contidas no **Decreto nº 5.707 de 23 de fevereiro de 2006** que instituiu a Política e as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como a Portaria/GM nº 1.590 de 03 de julho de 2007.
- b. **Apenas poderão participar do curso servidores com vínculo estatutário, sendo vedada a participação para os contratados temporariamente ou mesmo colaboradores terceirizados.**
- c. Como apontado, é imprescindível que a área competente demonstre que o curso pretendido se caracteriza como aberto, nos termos da fundamentação da Orientação Normativa nº 18, da AGU, citada na manifestação retro, para o reconhecimento do enquadramento da hipótese no art. 25, inciso II, da lei nº 8.666/1993 (contratação direta por inexigibilidade de licitação), já que, para os cursos fechados, em tese, seria viável a competição.
- d. Recomendamos ainda que seja juntada nos autos informações acerca de quais parâmetros foram utilizados para se chegar aos valores aqui estabelecidos, devendo-se, após isso, esclarecer se os preços são compatíveis com os de mercado e se representa vantajosidade para a Administração a contratação direta, em conformidade com a orientação normativa nº 17/2009, da AGU;
- e. Que a cada curso realizado, seja juntada aos autos relação nominal dos servidores participantes e quais foram os critérios adotados para a escolha do servidor indicado para freqüentar os cursos em tela.
- f. reste caracterizada a singularidade do objeto;
- g. a empresa contratada detenha notória especialização;
- h. haja disponibilidade orçamentária suficiente para arcar com a contratação;
- i. se comprove a regularidade fiscal da empresa;
- j. seja juntada aos autos, como condição de eficácia do ato, a ratificação da inexigibilidade de licitação (ou, se for o caso, da



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

dispensa) pela autoridade superior e a respectiva publicação na imprensa oficial, bem como deve ser comprovada nos autos a publicação da contratação, conforme preceitua o Art. 26 da Lei 8.666/93, o qual deve ser rigorosamente observado.

Por fim, destaca-se ser dispensável a publicação do extrato contratual na imprensa oficial, nos termos do art. 26, caput, da Lei nº 8.666, de 1993 e ON/AGU nº 33, de 201117.

Brasília, 19 de julho de 2013.

Gabriela Moreira Feijó
Advogada da União

¹⁷ ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 33, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2011
Texto Enunciado "O ATO ADMINISTRATIVO QUE AUTORIZA A CONTRATAÇÃO DIRETA (ART. 17, §§ 2º E 4º, ART. 24, INC. III E SEGUINTE, E ART. 25 DA LEI Nº 8.666, DE 1993) DEVE SER PUBLICADO NA IMPRENSA OFICIAL, SENDO DESNECESSÁRIA A PUBLICAÇÃO DO EXTRATO CONTRATUAL."
INDEXAÇÃO: ATO ADMINISTRATIVO, AUTORIZAÇÃO, CONTRATAÇÃO DIRETA, DISPOSIÇÃO, LEGISLAÇÃO FEDERAL, PUBLICAÇÃO, IMPRENSA OFICIAL, DESNECESSIDADE, DIVULGAÇÃO, DEMONSTRATIVO, CONTRATO.

REFERÊNCIA: Art. 26 e parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 1993.
PROCESSO Nº 00400.010939/2010-50



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

PROCESSO/SIPAR Nº: 25000.096166/2013-77

INTERESSADO: Coordenação de Desenvolvimento de Pessoas – CODEP/CGESP/SAA/SE/MS

ASSUNTO: Inexigibilidade de Licitação, cujo valor é inferior a R\$ 500.000,00. Curso de capacitação e aperfeiçoamento de servidores.

PROCEDÊNCIA: Secretaria-Executiva – SE/MS.

DESPACHO Nº /2013

Adoto a manifestação retro, recomendando a observância das recomendações traçadas para o aperfeiçoamento da instrução dos autos e das minutas propostas.

Restitua-se à unidade de procedência.

Brasília, de _____ de 2013.

Alessandra Vanessa Alves
Advogada da União
Coordenadora- Geral de Assuntos Jurídicos
COGEAJUR/CODELICI/CONJUR/MS



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº **/2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM**



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

PARECER Nº /2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

PROCESSO/SIPAR Nº: 25000.096166/2013-77

INTERESSADO: Coordenação de Desenvolvimento de Pessoas – CODEP/CGESP/SAA/SE/MS

ASSUNTO: Inexigibilidade de Licitação, cujo valor é inferior a R\$ 500.000,00. Curso de capacitação e aperfeiçoamento de servidores.

PROCEDÊNCIA: Secretaria-Executiva – SE/MS.

DESPACHO Nº /2013

Adoto a manifestação retro, recomendando a observância das recomendações traçadas para o aperfeiçoamento da instrução dos autos e das minutas propostas.

Restitua-se à unidade de procedência.

Brasília, de _____ de 2013.

Jean Keiji Uema
Consultor Jurídico / MS