



1



- 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 CONIUR/MS, fl. 76.

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

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

2



- 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;

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

3



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:

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.



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 delinea 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:

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).

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.

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:

Adverta-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”.



Também nesse sentido, Ronny Charles⁴ explica que:

Ivan Barbosa Rigolin assevera que:

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 Rohnny 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:

Cumpra-se 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.



7



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 predicativos 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.



NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

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.

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

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



/2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

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”.

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, CONFERENCIISTAS PARA MINISTRAR CURSOS PARA TREINAMENTO E APERFEICOAMENTO DE PESSOAL, **OU A INSCRIÇÃO EM CURSOS**



13



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(...)

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:

O ADOGADO-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**



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.

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]

O Decreto n.º 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 delinea 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



18



- 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;

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



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.

Além do mais, importa ressaltar a NOTA INFORMATIVA Nº 100/2012/CGNOR/DENOP/SEGE/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 inexistia 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.

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 n.º 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:

$$\left(\begin{array}{c} \vdots \\ \vdots \\ \vdots \end{array} \right)$$

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



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. 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:

(...).

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.

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



22



**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



/2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

a) CLÁUSULA SEGUNDA:

CLÁUSULA TERCEIRA - PREÇO:

- CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DAS PENALIDADES:**

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

24



**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 escalonar 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.



/2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

- 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):

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.

1.3. 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.

1.4.1. 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.

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



/2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM



/2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

- 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):

1.1. 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.

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.



/2012/ CODELICI/CONJUR-MS/CGU/AGU/MSM

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.



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

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:

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

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:



III – DA CONCLUSÃO

- a. Que sejam observadas as disposições contidas no **Decreto n.º 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 vantagem 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 frequentar 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**

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