

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – SERVIÇOS TÉCNICOS – CONTRATAÇÃO DE CURSOS

Talvez não exista no Direito Administrativo dispositivo tão incompreendido, e quiçá temido, quanto o art. 25 da Lei n. 8.666/93 que trata da inexigibilidade de licitação. O legislador teve um escopo. O gestor público quer fazer além. Os Órgãos de Controle querem restringir aquém.

É necessário, pois, encontrar urgentemente o centro da questão.

Antes, porém, é de bom alvitre transcrever o dispositivo:

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

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

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

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

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

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

Utilizando-se de técnicas de hermenêutica, em especial a lógico-sistemática, pode-se, sem grandes dificuldades, chegar às conclusões a seguir delineadas.

A primeira é de que a licitação somente é inexigível quando houver inviabilidade de competição. Essa inviabilidade pode ser real/fática, p. ex. contratação dos serviços de água e esgoto, ou desejada em função do resultado que se pretende atingir, p. ex. contratação de parecer jurídico.

Aqui talvez resida um dos pontos de maior confusão entre os operadores do direito, auditores e gestores. A inexigibilidade de licitação não pressupõe, necessariamente, a existência de uma única pessoa apta a contratar. Não!

A inviabilidade de competição, quando derivada de bens ou serviços exclusivos, é uma hipótese dentre as várias possíveis de inexigibilidade.

Pegue-se o caso concreto, onde o Município pretende cobrar o uso do passeio público para colocação de postes de energia, bem como fazer incidir ISSQN sobre os alugueres cobrados pela

¹ Engenheiro, Bel. em Direito, Pós-Graduado em Direito Civil, Processual Civil e Direito do Estado, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais. Serventuário da Justiça do Trabalho e Assessor Parlamentar da Câmara Federal.

concessionária de energia elétrica na utilização dos seus postes por outras empresas (telefone, cabo de tv etc.)², entretanto, diante das dúvidas que cercam a matéria, decide buscar alguém com notório conhecimento para emitir parecer a respeito.

Por óbvio, existem no Brasil inúmeros juristas aptos a realizar o trabalho. Todavia, cabe ao gestor, com certa parcela de discricionariedade, escolher o profissional que melhor atende ao interesse público na sua visão. Saliente-se que o administrador necessita ter confiança no resultado do trabalho técnico, haja vista que será, a partir dele, que irá tomar uma decisão política de gestão.

Essa discricionariedade tem suas raízes na legitimação de Poder, que pode ser *stricto* ou *lato sensu*. No primeiro caso, tem-se o exemplo dos membros do Judiciário, onde a legitimação advém da própria estrutura divisional de atividades constitucionais do Estado. No segundo caso, encontram-se os membros dos Poderes Executivo e Legislativo, cuja legitimação vem do povo, através do pleito eleitoral. Sobre o assunto veja o que diz o Prof. Eros Roberto Grau, ex-Ministro do STF, *verbis*:

“...Impõem-se à Administração - isto é, ao agente público destinatário dessa atribuição - o dever de inferir qual o profissional ou empresa cujo trabalho é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado àquele objeto. Note-se que embora o texto normativo use o tempo verbal presente ('é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato'), aqui há prognóstico, que não se funda senão no requisito da confiança. Há intensa margem de discricionariedade aqui, ainda que o agente público, no cumprimento daquele dever de inferir, deva considerar atributos de notória especialização do contratado ou contratada.” (grifos acrescidos) (*in* Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei – pg. 77)

Todavia, essa discricionariedade tem limites. O gestor somente poderá contratar se ficar demonstrado que o objeto é **singular**, que a pessoa que se pretende contratar tem **notória especialização** e que o serviço encontra-se entre aqueles enumerados no **art. 13 da LLC**³. Além disso, por força do art. 26 do mesmo Diploma Legal, há que haver a justificativa do porquê se está escolhendo aquele executante e se o preço por ele cobrado encontra-se de conformidade com o mercado.

Sobre o preço, também pululam equívocos de toda ordem. As mentes mais burocráticas chegam a ponto de exigir a coleta de preços entre vários possíveis executantes. Este ato é absolutamente equivocado. Não se compara “alho com bugalho”. Não dá para cotejar o preço de um parecer do Prof. Toshio Mukai com o valor cobrado para igual trabalho, p. ex., pela Prof^a. Lúcia Valle de Figueiredo. O serviço é *intuito persone*. Cada profissional tem o seu preço de mercado. É esse preço que a Administração precisa buscar para instrumentalizar seu processo de contratação.

A questão é saber quanto o profissional “normalmente” cobra pelos seus trabalhos no mercado. Isto pode ser conseguido, por exemplo, através da verificação de contratos iguais ou semelhantes firmados pelo profissional com outras instituições. Nesse sentido, veja-se o posicionamento do TCU⁴:

“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.” (Decisão n. 439/98)

A segunda é de que a inviabilidade de competição deve ser observada caso-a-caso, devendo os incisos do art. 25 da LLC serem interpretados como *numerus apertus*, com função meramente exemplificativa, haja vista a utilização da locução “*em especial*”. Corroborando esta assertiva, tem-se o ilustre Doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que assim vaticina:

“Por esse motivo, o legislador elencou as três principais hipóteses, em caráter exemplificativo, permitindo ao agente que, diante do caso concreto, reconhecendo a inviabilidade de competição, promova a contratação direta.” (*in* Contratação direta sem licitação – pg. 405)

² Não se está aqui preocupado com a competência tributária municipal. O fato é mero exemplo.

³ Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos.

⁴ Tribunal de Contas da União.

A terceira é de que o inc. I do citado dispositivo trata da aquisição de bens exclusivos que só possam ser fornecidos por uma única empresa ou pessoa.

Aparentemente, o dispositivo refere-se apenas a aquisição de bens. Entretanto, leitura mais atenta revelará que o legislador disse menos do que queria dizer, uma vez que, na parte final do artigo, consta expressa referência à “*obra ou serviço*”. Ademais, não se pode olvidar que o inciso é apenas um exemplo. A inexigibilidade vai incidir sempre que houver inviabilidade de competição, seja contratação de serviços ou aquisição de bens. Pouco importa.

Desse modo, o bom senso jurídico recomenda que o dispositivo seja também utilizado para contratação de serviços, desde que configurada a exclusividade, p. ex., assinatura da Publicação IOB. Comungando deste pensamento, Prof. Marçal Justen Filho:

“O inc. I do art. 25 alude apenas a compras e somente ao caso do representante exclusivo. Isso não significa, porém, excluir a possibilidade de contratação direta em contratos que envolvam serviços (ou obras). Aliás, a própria redação do inc. induz essa amplitude, diante da referência final a ‘local em que se realizaria a licitação ou obra ou serviço’ admitindo implicitamente que também essas espécies de contratações comportam inexigibilidade. Se dúvida restasse, seria afastada através da interpretação sistemática.” (grifos acrescentados) (*in* à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – pg. 284)

A exclusividade pode ser provada por diferentes meios. Se for por documento emitido pela Junta Comercial, ela (a Junta) tem que ser a do local onde se realizará a contratação. Se a contratação estiver ocorrendo em Mato Grosso, a Junta Comercial desse Estado é quem pode expedir o documento de exclusividade. Não adianta a empresa trazer atestado de exclusividade de São Paulo, por exemplo. Esse documento só vale para as contratações realizadas naquele Estado.

O atestado da Junta Comercial pode ser substituído por declarações de exclusividade de entidades patronais, podendo ser sindicato, federação ou confederação. De modo bastante ampliativo, a Lei permite que outras entidades equivalentes a estas também possam expedir igual documento, daí serem encontrados vários “atestados” emitidos por associações.

A quarta é de que para a contratação de serviços técnicos concorrem três pressupostos: o enquadramento da atividade dentre aquelas previstas no art. 13 da LLC (fato discutível); a natureza singular do objeto e a notória especialização do contratado.

Sobre este último, insta observar que a pessoa jurídica, *de per se*, não tem o condão de obter “notória especialização”, a despeito de alguns autores entenderem de forma diversa. A pessoa jurídica é uma ficção legal. Seu corpo técnico, formado por seres humanos com capacidade volitiva, é que pode agregar conhecimentos e especializações.

Não há que confundir “notória especialização” com capacidade operacional, em que pese esta também auxiliar na definição da contratação por inexigibilidade (§ 3º do art. 25 da LLC). Uma coisa é diferente da outra. Pode-se ter uma empresa com grande capacidade de realização (equipamento, logística, estrutura, etc.), mas, momentaneamente, sem corpo técnico adequado para a realização do objeto pretendido. Não adianta, p. ex., a empresa de engenharia ter realizado implosões no passado. Ela precisa ter, no presente, especialista que consiga realizar o serviço. Não se contrata pelo “passado” da empresa, mas, sim, pelo corpo técnico que possui no tempo atual.⁵ O passado é da pessoa física, não da jurídica.

A quinta é de que a contratação de profissionais do setor artístico exige apenas o pressuposto de que o trabalho da pessoa que se queira contratar seja consagrado pela crítica ou pela opinião pública. Na primeira hipótese, subsiste de modo implícito uma indiscutível qualidade artística. Na segunda, vale o adágio “*a voz do povo é a voz de Deus*”, nem sempre associado a qualquer critério de qualidade. Nesta contratação subsiste margem enorme (põe enormidade nisso!) de discricionariedade. Fato interessante é que a contratação, de modo excepcional, pode ser realizada através de empresários

⁵ O exemplo é apenas uma alegoria. Para contratações de serviços de implosões a licitação é perfeitamente cabível.

exclusivos. Veja que o termo “empresário” não pode ser confundido com “intermediário”. Aquele gerencia os negócios de artistas determinados, numa relação contratual duradoura. O último intermedia qualquer artista, sempre numa relação pontual e efêmera.

Demonstradas as conclusões gerais sobre o dispositivo, passa-se, agora, à análise específica da contratação de cursos e eventos similares.

Não é exagero afirmar que a administração burocrática está com seus dias contados. Em seu lugar, como verdadeira quebra de paradigma, assume a administração gerencial, voltada para resultados, onde a eficiência e a eficácia têm importância vital.

Diante desse quadro de profundas transformações, a capacitação dos agentes públicos é condição *sine qua non* para a obtenção da melhoria contínua dos processos e, por consequência, dos serviços públicos prestados ao cidadão. Verdadeira razão de ser e existir do Estado.

Em que pese haver consenso sobre a importância da capacitação dos agentes públicos, os administradores têm encontrado dificuldades para proceder à contratação utilizando-se da Lei de Licitações.

Ou ele apela para o credenciamento, mantendo-se uma estrutura burocrática e dispendiosa de administração, ferindo o princípio da economicidade (art. 3º, *caput*, da LLC). Ou ele tenta fazer pré-qualificação, esquecendo-se que esse instrumento é exclusivo para a modalidade concorrência (art. 114 da LLC). Ou ele força a contratação por preço situado dentro do limite permitido para dispensa de licitação (art. 24, II, da LLC), com resultados canhestros em relação à qualidade dos instrutores que, via de regra, frustram os anseios dos treinandos. Ou, pior, ele faz um verdadeiro teatro licitatório através de convites forçados, onde já sabe de antemão quem será o contratado.

Recentemente, também virou modismo contratar cursos utilizando-se da modalidade pregão. Como o critério usado é o do menor preço, o resultado, com raras exceções, tem conduzido à contratações pífiyas, onde empresas aventureiras empurram “goela” abaixo da Administração, instrutores de competência questionável. Resultado: arremedos de cursos e uma “pseudo-capacitação”.

Nenhuma das soluções apontadas atende plenamente o interesse público.

A contratação de cursos de capacitação para os agentes públicos pode (e deve) ser realizada por inexigibilidade de licitação, consubstanciada no art. 25, II, c/c art. 13, VI, da LLC.

Se existe dispositivo expresso, porque os gestores públicos insistem em buscar soluções mirabolantes?

A contratação de cursos amolda-se com perfeição aos pressupostos exigidos para aplicação da inexigibilidade, a saber: está elencado como serviço técnico no art. 13 da LLC; a natureza do objeto é absolutamente singular e exige-se, para sua consecução, alguém de notória especialização.

A **inviabilidade de competição** na contratação de cursos não reside, *de per se*, na exclusividade, mas, sobretudo, na impossibilidade de se ter critérios objetivos numa licitação, exceto para eventos mais simples, onde o nível de especialização não é fator preponderante, v. g. curso de básico de informática. Corroborando com esta assertiva, vejam-se alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto:

“Isso, porque cada possível instrutor tem características próprias, incomparáveis, como experiência anterior, currículo, áreas de especialização, publicações, etc. Como admitir que o menor preço possa ser um bom critério para a escolha?” (Decisão TCU n. 439/98)

“São tantas as variáveis que influem na definição do perfil ideal dos professores e instrutores adequados a cada caso, que dificilmente se pode defender a tese de que haja efetiva 'viabilidade de licitação' para formalizar tais contratos.” (Decisão TCU n. 747/97)

“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. (...) O êxito do treinamento depende, basicamente, dos instrutores ou docentes. Que são incomparáveis, singulares, o que torna inviável a competição." (Antônio Carlos Cintra do Amaral *in* Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos – pg. 111).

A **singularidade**, que gera a inviabilidade de competição, leva em consideração critérios subjetivos e objetivos relacionados sempre ao instrutor, tais como: didática; domínio do assunto; capacidade de transmitir conhecimentos; quantidade de cursos ministrados; avaliações pretéritas dos treinandos; etc.

Em relação à **notória especialização**, torna-se de bom alvitre repisar que esta característica não é, exclusivamente, da empresa que se está contratando. É, principalmente, do seu corpo técnico. Tanto é verdade, que o § 3º do art. 13 da LLC exige, para a contratação, que a empresa apresente a "*relação de integrantes de seu corpo técnico*", obrigando-a a garantir que "*os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato*".

De outro giro, é igualmente importante frisar que a notória especialização não se confunde com "exposição pública". Não se exige que a pessoa seja famosa ou mesmo reconhecida pela opinião geral. Não! Nesse sentido, Jacoby Fernandes:

"A reputação da notoriedade só precisa alcançar os profissionais que se dedicam a uma atividade, sendo absolutamente dispensável, ou impertinente, a fama comum, que a imprensa não especializada incentiva" (*in ob. cit.* – pg. 316).

Fato interessante a denotar é que o § 1º do art. 25 da LLC elenca uma série de fatores que podem auxiliar na configuração da notória especialização, a saber: *desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades*. Os menos avisados acabam cometendo a heresia de achar que a pessoa a ser contratada deve possuir todos esses atributos. Ledo engano!

A seqüência de fatores termina com a conjunção "ou". Portanto, a pessoa a ser contratada pode ter um, alguns ou todos os atributos ali elencados e, ainda, outros, de conformidade com a natureza do objeto. Sempre lembrando que os atributos do corpo técnico são essenciais.

É necessário, neste ponto, fazer uma distinção entre cursos "abertos" dos "*in company*". Para os primeiros, realizados por empresas ao tempo e modo que melhor lhes aprouver, tendo o evento conteúdo genérico, com amplo espectro de possibilidade de participação, abrangendo órgãos de todas as esferas e níveis e, até mesmo, a iniciativa privada, a contratação sempre será por inexigibilidade de licitação, exceção feita quando o valor envolvido das inscrições ficar dentro do limite permitido para dispensa de licitação (art. 24, II, da LLC). Nesse caso, os princípios da eficiência e da economicidade têm que ser observados, haja vista que a inexigibilidade demandaria um processo mais custoso, necessitando de justificativa, ratificação e publicação na imprensa oficial (art. 26 da LLC).

Em outras palavras, se o montante das inscrições ficar abaixo de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), a contratação deverá ocorrer por dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, II, da LLC. Caso contrário, o fundamento legal passa a ser o art. 25, II, cc, art. 13, VI, da LLC.

Nos cursos fechados (*in company*), o raciocínio, *mutatis mutandi*, é bastante parecido. Se o valor ficar dentro do limite do art. 24, II, da LLC, a contratação dar-se-á por dispensa de licitação. Caso contrário, a contratação ocorre por inexigibilidade. Todavia, neste último caso, deverá ficar configurada a singularidade do objeto e a notória especialização, quer da pessoa física a ser contratada ou do corpo técnico da empresa proponente.

Fechando o raciocínio até aqui exposto, traz-se, neste momento, posicionamento contundente e inteligente adotado pelo TCU através da Decisão n. 439/98:

"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 n. 8.666/93;” (grifos acrescentados)

Da forma como está colocada a decisão, aquela Corte de Contas permite que a inexigibilidade seja utilizada, inclusive, para os chamados cursos simplórios ou comuns, onde reina pluralidade de possíveis contratados, v. g. curso básico de informática.

Esse posicionamento, extremamente arrojado, está consubstanciado no corajoso posicionamento do Min.-Relator do *decisum*, Adhemar Paladini Ghisi, que, sem meias-palavras, assim vaticinou:

“A exceção à regra geral estabelecida pelo Prof. Rigolin, no parecer já mencionado, diz respeito à contratação de treinamentos concernentes a serviços (...), 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 expendidos até aqui, pois a condução do treinamento continua sendo personalíssima e a experiência do instrutor contratado faz diferença quanto aos resultados alcançados. (...) 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.” (grifos acrescentados)

CONCLUSÃO:

O instituto da inexigibilidade de licitação não é um “bicho de sete cabeças”. Ele é um eficiente instrumento para permitir, em certos casos, o exercício da discricionariedade do administrador. Discricionariedade, esta, que não é ilimitada. No caso específico da contratação de cursos, o ato tem que estar assentado no interesse público. A escolha do instrutor ou da empresa que irá ministrar o curso deve atender à necessidade administrativa do órgão e jamais poderá configurar uma mera vontade do Administrador. Se assim não for, o ato estará eivado de vício, vez que ferirá um dos princípios mais caros à Administração Pública: o da impessoalidade.

Na contratação de cursos de capacitação, principalmente quando o produto buscado é para atender necessidades específicas do órgão, o caminho natural (e mais correto) é o da inexigibilidade de licitação. Qualquer afastamento dessa trilha poderá trazer conseqüências extremamente negativas para o fim colimado. Quando se contrata um instrutor, a Administração tem que ter a certeza de que o resultado será satisfatório, quer seja para a instituição, quer seja para o treinando.

Contratar curso baseado no exclusivo critério de menor preço é ato ilógico. É brincar de ser gestor. A Lei proíbe o superfaturamento ou o sobrepreço⁶, mas jamais impediu que a contratação ocorresse pelo preço de mercado. E qual é o preço de mercado de um instrutor? É quanto ele normalmente cobra. Nunca compare um profissional com o outro. Não se cotejam coisas desiguais.⁷

Realizar com estardalhaço licitações na modalidade pregão para contratar cursos serve apenas para fazer média com a população e com os órgãos de controle, vez que passa a falsa impressão de que se está “economizando” recursos públicos. Agora, experimente mensurar o grau de excelência dos cursos contratados. Será que os órgãos estão tendo os melhores instrutores? Será que os treinandos estão satisfeitos? Será que o número de horas não está sendo artificialmente aumentado nas faturas para poder compensar o valor irrisório proposto na licitação? Será?

Enquanto isso, os órgãos que utilizam corretamente a inexigibilidade estão contratando os melhores cursos e os melhores instrutores, proporcionando aos seus servidores acesso a conhecimentos de qualidade. Quem é o gestor mais eficiente? Aquele ou este?

⁶ Existe uma distinção ontológica entre sobrepreço e superfaturamento. O primeiro é o exercício da liberdade capitalista, onde cada um coloca o preço que entender melhor para sua mercadoria. Compra quem quiser. O segundo é crime, pois há um conluio entre pessoas (licitantes e/ou agentes públicos) para elevar artificialmente o preço.

⁷ Lúcia Valle de Figueiredo *in* Curso de Direito Administrativo.

Enfim, pode-se afirmar que na contratação de cursos, quer seja os “abertos”, quer seja os “fechados”, sempre será possível utilizar-se da inexigibilidade de licitação, combinando o art. 25, II com o art. 13, VI, da Lei n. 8.666/93. O ato somente será inválido se afrontar o princípio da impessoalidade ou se não atender à necessidade administrativa do órgão.

ÉRCIO DE ARRUDA LINS
Especialista em Direito Público