

PARECER

Processo Administrativo Nº 32/2024 – Inexigibilidade Nº 001/2024

Requerente: Diretor Geral

Assunto: Contratação De Pessoas Físicas E Pessoas Jurídicas Detentoras De Notória Especialização

Ementa: Contratação Direta Por Inexigibilidade. Nova Lei De Licitações E Contratos. Treinamento E Aperfeiçoamento De Pessoal (Art. 74, Inciso III, Letra ‘F’, Da Lei Federal Nº 14.133/2021). Pessoas Físicas E Pessoas Jurídicas Detentoras De Notória Especialização. Para Atender O Legislativo Municipal De Itarana/ES. Pressupostos Atendidos.

Ao Excelentíssimo Senhor Presidente,

Vem a esta assessoria, para ser submetido a análise jurídica, o processo referenciado em que é solicitado a contratação de serviço de notório especialista, visando o treinamento presencial e “in loco” de 10 (dez) servidores da Câmara Municipal de Itarana-ES, para a regulamentação da nova lei de licitações e contratos administrativos, conforme quantitativo e especificação constante do termo de referência **(fls. 09/31)**.

O processo se faz acompanhado, dentre outros, dos seguintes documentos:

- a) Documento de formalização de demanda;
- b) Termo de Referência;
- c) Proposta Comercial;
- d) Folders informativos de cursos ministrado pelo Dr. Alexandre Amorim;
- e) Relatório da Comissão de compras;
- f) Razões da escolha do fornecedor;
- g) Justificativa do preço;
- h) Certidões de regularidades e documentos de habilitação da contratada;
- i) Documento de atestado de capacidade técnica;
- j) Pesquisa de contratações similares no âmbito de outros órgãos e entidades da Administração Pública;

- k) Certidões de regularidades e documentos de habilitação da empresa;
- l) Dotação Orçamentária.

O valor total da contratação é estimado em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), conforme termo de referência **(fls. 09/31)**.

Oportuno esclarecer que o exame deste órgão de assessoramento jurídico é feito nos termos do Art.8º, §3º da Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos), abstraído-se os aspectos de conveniência e oportunidade da contratação em si. Nada obstante, recomenda-se que a área responsável atente sempre para o princípio da impessoalidade, que deve nortear as compras e contratações realizadas pela Administração Pública.

É o que basta relatar. Passo a opinar.

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, estabelece a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para contratações realizadas pela Administração Pública. Todavia, o próprio dispositivo constitucional reconhece a existência de exceções à regra ao efetuar a ressalva dos casos previstos na legislação, quais sejam, a dispensa de licitação e a inexigibilidade de licitação.

No entanto, o próprio dispositivo constitucional admite a ocorrência de casos específicos, expressamente previstos pela legislação, em que se permitem exceções à regra geral da prévia licitação como requisito à celebração de contratos com a Administração. Tais exceções encontram-se previstas atualmente nos arts. 74 e 75 da Lei n. 14.133/2021, que tratam, respectivamente, de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

Neste diapasão, a contratação em referência será realizada por inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 74, inciso III, alínea “f”, da Lei n. 14.133/2021, in verbis:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

[...]

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal:

Como é possível inferir, é inexigível a licitação quando inviável a competição e, nesta hipótese em especial, para as contratações de serviços técnicos especializados, de

natureza predominantemente intelectual, com profissionais ou empresas de notória especialização, tendo por finalidade o treinamento e aperfeiçoamento de pessoal.

No ponto, cumpre transcrever as lições de Edgar Guimarães e Ricardo Sampaio, que distinguem as espécies de inviabilidade de competição entre relativa e absoluta, nos seguintes termos:

[...]

A inviabilidade de competição pode ser absoluta (art. 74, inciso I e IV) ou relativa (art. 74, incisos II, III e V). Configura a inviabilidade absoluta a inexistência de competidores, ou seja, quando apenas uma pessoa pode executar o objeto pretendido pela Administração (art. 74, inciso I) ou quando a Administração precisa contratar todos os interessados que preenchem as condições definidas para a contratação (art. 74, inciso IV). Será relativa quando, apesar de existir mais de uma pessoa capaz de executar o objeto pretendido, a Administração não dispuser de meios e critérios objetivos para selecionar a proposta mais vantajosa¹.

Semelhantemente, aduz Marçal Justen Filho que a inviabilidade de competição é um conceito complexo que pode decorrer de fatores diversos, inclusive da ausência de critérios objetivos para seleção do objeto, in verbis:

[...]

1.3) "Inviabilidade de competição" como uma decorrência É imperioso destacar que a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma ideia única. Trata-se de um gênero, comportando diferentes modalidades. Mais precisamente, a inviabilidade de competição é uma consequência, que pode ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação.

[...]

3) Ausência de pressupostos necessários à licitação

[...]

3.3) Ausência de objetividade na seleção do objeto A hipótese imediatamente considerada acima também se caracteriza, como regra, pela impossibilidade de seleção segundo critérios objetivos. Existem diferentes alternativas, mas a natureza personalíssima da atuação do particular impede julgamento objetivo. É impossível definir com precisão uma relação custo-benefício. Ainda que seja possível determinar o custo, os benefícios que serão usufruídos pela Administração são relativamente imponderáveis. Essa incerteza deriva basicamente da natureza subjetiva da avaliação, eis que a natureza da prestação envolve fatores intelectuais, artísticos, criativos e assim por diante. Não há critério objetivo de julgamento para escolher o melhor. Quando não houver critério objetivo de julgamento, a competição perde o sentido².

¹ - GUIMARÃES, Edgar e SAMPAIO, Ricardo. Dispensa e inexigibilidade de licitação: Aspectos jurídicos à luz da Lei nº 14.133/2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 63.

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo:

Nessa ordem de ideias, observa-se que a hipótese de inexigibilidade prevista no art. 74, inciso III, alínea “f”, da Lei n. 14.133/2021 decorre justamente da ausência de parâmetros objetivos para a seleção do objeto. Conforme já mencionado, os requisitos exigidos pela norma são: inviabilidade (relativa) de competição; contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização; não se tratar de serviços de publicidade ou divulgação; contratação que envolva treinamento e aperfeiçoamento de pessoal.

Ressalta-se que a própria Lei n. 14.133/2021 já estabelece que os serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal são considerados serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual (art. 6º, XVIII, “f”) e que a notória especialização é a “qualidade de profissional ou de empresa cujo conceito, no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permite inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (art. 6º, XIX, e art. 74, § 3º, da Lei n. 14.133/2021).

Para Marçal Justen Filho³, (p. 1015), o serviço técnico predominantemente intelectual é aquele que envolve uma habilidade individual, uma capacitação peculiar, relacionada com potenciais intelectuais personalíssimos. Para o autor, promove-se uma espécie de “transformação” do conhecimento teórico em prático, o que envolve um processo intermediado pela capacidade humana.

As experiências anteriores do Contratado demonstram exatamente a sua capacidade de transformar o conhecimento teórico-normativo (absorvido da conjugação das fontes do Direito, mormente lei, doutrina e jurisprudência) em aplicação prática, inclusive por meio de Atestados de Capacidade Técnica (anexo) exarados por Municípios já atendidos com treinamentos na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 14.133/21) **(fls. 43/67 e 75/77)**.

Ainda de acordo com as lições de Marçal Justen Filho, a notória especialização diz respeito à comprovação de que o serviço a ser prestado pelo particular é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do interesse público.

De se ver, a notória especialização da futura contratada se encontra devidamente demonstrada nos autos, conforme se depreende dos seguintes trechos da Informação do Termo de Referência de **(fls. 09/31)**, senão vejamos:

Thomson Reuters, 2021, p. 959/960.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2º ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

“Neste sentido, frise-se que não apenas a Câmara Municipal de Itarana-ES verifica a notoriedade do Contratado, como também diversos outros órgãos atestaram sua capacidade técnica em atividade similar (atestados de capacidade técnica anexos). Logo, não há uma mera avaliação interna do órgão municipal Itaranaense em relação ao profissional, mas um reconhecimento em nível estadual.

Ademais, o profissional técnico-especializado (Contratado) é advogado, mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), professor de Direito Constitucional e Administrativo há 16 anos, foi assessor jurídico na Secretaria Municipal de Controle e Transparência da Prefeitura Municipal de Vila Velha (2018-2020), foi assessor jurídico-parlamentar na Câmara Municipal de Vitória (2022-2023), é palestrante de honra dos Congressos Anuais dos Vereadores do Espírito Santo (CONGREVES) e é instrutor na área de Gestão Pública, com experiência nos Legislativos e Executivos Municipais em mais de 30 cidades do Espírito-Santo, dentre elas: Alegre, Alto Rio Novo, Baixo Guandu, Barra de São Francisco, Boa Esperança, Cachoeiro, Cariacica, Castelo, Conceição da Barra, Ecoporanga, Governador Lindemberg, Itaguaçu, Santa Leopoldina, João Neiva, Marilândia, Marataízes e Belo Horizonte (MG).

O profissional técnico-especializado mencionado no item anterior conta com mais de 2 (dois) mil servidores capacitados em mais de 40 (quarenta) órgãos municipais e estaduais, em mais de 35 (trinta e cinco) Municípios do Espírito Santo, além de Belo Horizonte (MG) e Macapá (AP)”.

Cabe esclarecer que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021), ao contrário do que prevê a Lei n. 8.666/1993 (art. 25, II), suprimiu a exigência de comprovação da singularidade dos serviços para caracterização da inexigibilidade. Entretanto, instalou-se certa controvérsia doutrinária acerca do tema.

Entretanto, mesmo com o estado atual da arte em situação indefinida sobre a persistência da necessidade do atendimento ao critério da singularidade ou não, ainda assim cabe mencionar que o Contratado detém conhecimento específico em implementação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos no Executivo e nas Câmaras Municipais do interior do Espírito Santo.

Pelo êxito obtido e reconhecido mediante Atestados de Capacidade Técnica exarados por órgãos do ES que conseguiram realizar a regulamentação e transição da antiga legislação para a Lei Federal nº 14.133/21, percebe-se que o Contratado tem um trabalho que, nas palavras da própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos em vigor, é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

De qualquer modo, a despeito da controvérsia, ao avaliar as justificativas indicadas pela unidade requisitante, verifica-se que a escolha do objeto perpassa critérios subjetivos, que não são passíveis de mensuração em eventual processo licitatório, o que justifica a contratação por inexigibilidade de licitação.

Por oportuno, registra-se que o Tribunal de Contas da União já se posicionou favorável à inexigibilidade de licitação para a inscrição de servidores em participação de cursos abertos a terceiros, conforme se observa no trecho da Decisão n. 439/1998 – Plenário: *Considere que as contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal, bem assim 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 8.666/1993.*

Desta forma, a contratação da aludida empresa atende aos requisitos exigidos pela legislação.

Outrossim, há a exigência de documentos a serem apresentados para a realização de contratações diretas, conforme determina o Art. 72 da Lei 14.133/2021. Assim vejamos:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Vemos que, a partir de agora, o gestor que decidir pela inexigibilidade dispensa ou de licitação, deverá iniciar o processo com a requisição de sua demanda, a fim de que, em sendo o caso, seja realizado estudo técnico preliminar, confeccionado termo de referência, projeto básico ou projeto executivo que embasará a solução mais viável para a contratação **(fls. 03/06 e 09/31)**.

Por outro lado, em relação à escolha do fornecedor, deverá ser por meio da escoreita justificativa, apresentar os critérios que levaram à escolha do respectivo fornecedor/executante, cuja fundamentação, inclusive, poderá ser a preferência do menor preço **(fls. 69)**.

No que tange à justificativa de preço, deve ser demonstrado que a oferta da contratada se encontra dentro dos patamares praticados no mercado **(fls. 70)**.

Como podemos verificar, o preço a ser pago deve ser compatível com aquele praticado no mercado, situação essa a ser comprovada mediante a juntada da documentação pertinente no respectivo processo de inexigibilidade, pesquisa de contratações similares no âmbito de outros órgãos e entidades da Administração Pública, ou justificativa circunstanciada caso não seja viável obter esse número de cotações.

A contratação/aquisição se encontra devidamente contextualizada e justificada no Termo de Referência, esclarecendo que a contratação se mostra imprescindível para que seja realizado treinamento dos servidores envolvidos com as compras e contratações públicas, em razão da vigência da Lei nº 14.133/2021. **(fls. 09/31)**.

As documentações remanescentes às regularidades fiscais, trabalhista, previdenciária, FGTS, Recuperação Judicial e Extrajudicial, bem como as relativas à habilitação jurídica, pertinentes, estão devidamente instruídas, estando e aptas à contratação da empresa que apresentou melhor proposta, nos termos dos art. 68 e 72, incisos I à VIII da Lei nº 14.133/21 **(fls. 71 e 78/91)**.

Com relação à previsão de recursos orçamentários com vistas a custear a futura contratação, vejo atendidas as condições preconizadas na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos **(fls. 102/103)**.

Com efeito, qualquer contratação que importe dispêndio ao erário público depende de prévia indicação de recursos orçamentários. Essa exigência decorre do princípio constitucional de que todas as despesas deverão estar previstas no orçamento (art. 167, incisos I e II, da CF). Portanto, satisfeitos os comandos legais estampados nos artigos 72, inciso IV e 150 da Lei nº 14.133/21.

Já no que diz respeito ao parecer jurídico, o requisito estará atendido com a emissão do presente opinativo.

Além disso, vislumbra-se do restante da documentação colacionada, que foram apresentados todos os documentos necessários. Respeitando-se, assim, o que a lei estabelece para a legalidade das contratações diretas. Com exceção do parecer técnico e

autorização para a contratação, ainda não juntados aos autos, que devem ser providenciados antes de sua efetivação.

Por fim, urge destacar, por fim, que o *"ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial"*, nos moldes do parágrafo único do art. 72 do Novo Estatuto Licitatório.

Portanto, feitas essas considerações, é clara a desnecessidade de instauração de procedimento licitatório; pois, trata-se aqui de contratação direta, uma vez existentes todos os requisitos da legislação que rege a matéria.

FACE O EXPOSTO, abstraídos os aspectos técnicos e financeiros que escapam a competência deste Órgão, nos termos do art. 53, §1, incisos I e II e art. 72, inciso III da Lei nº 14.133/21, **CONCLUI-SE** que o processo se encontra revestido das formalidades legais exigidas, razão pela qual está Assessoria Jurídica se manifesta pela possibilidade de contratação direta por Inexigibilidade de Licitação do **INSTITUTO CAPACITAR PARA LEGISLAR ICPL**, inscrito no CNPJ nº 46.984.436/0001-63, para prestar o serviço de treinamento periódico, por meio de especialista Dr. Alexandre Oliveira Santos Amorin, para atender o Legislativo Municipal, conforme especificações e quantidades contidas no Termo de Referência de folhas 09/31 dos autos, saindo o valor total da contratação em **R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), com fulcro no inciso II do art. 75 da Lei nº 14.133/21.**

OBS: Parecer técnico e autorização para a contratação, ainda não juntados aos autos, devem ser providenciados antes da efetivação da contratação.

A publicação do contrato far-se-á com observância do art. 54, §1º, art. 72, § Único e art. 94 todos da lei nº 14.133/2021.

Dever-se-á ser indicada a figura do Fiscal do Contrato.

Salvo melhor juízo, é o parecer que submeto à consideração superior.

Itarana/ES, 15 de fevereiro de 2024.

Cláudio Cancelieri
Assessor Jurídico
OAB/ES 19.217