PROCESSO LICITATÓRIO

PARECER JURÍDICO

AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO MUNICIPAL

A apreciação deste órgão de Assessoria Jurídica solicitação encaminhada pelo Secretário Municipal de Administração para contratação do Curso "Fase Interna da Nova Licitação Orientações Pontuais", "In Company", junto a empresa Uniflex, para até 35 servidores públicos, a ser ministrado entre os dias 20 a 22 de fevereiro do corrente ano, com carga horária total de 162 horas, sendo: 17 horas presencial, 135 horas Online EAD, 10 (dez) horas de Mentoria e 60 (sessenta) dias de suporte. Ficando ainda, sob a responsabilidade da futura contratada a emissão de Certificados a todos os servidores e 05 (cinco) coffees break aos participantes, tudo incluso no valor apresentado na proposta anexa ao pedido (fls. 14 usque 19), através de processo de inexigibilidade de licitação. O ofício inaugural declina um valor de R$26.000,00 (vinte e seis mil reais).

Em justificativa, destaca que a contratação se faz necessária e relevante para a atualização, eficiência e qualificação dos servidores públicos. Ainda, no E. T. P fundamenta que foi reconhecida a necessidade de aprimorar o conhecimento dos servidores alocados pelas diversas secretarias, como intuito de capacitá-los para atender de maneira mais eficiente aos novos requisitos estabelecidos pela Lei 14.133/2021.

O Departamento de Contabilidade, declina a existência de previsão de recursos orçamentários para assegurar o pagamento das obrigações, em atendimento ao contido no artigo 72, inciso IV "j", da Lei 14133/2021 e artigo 2º, inciso IV, do Decreto Municipal 6813/2023, bem como o estabelecido no art. 167, inc. I e II, da Constituição Federal.

Compulsando os autos, verifica-se que o mesmo está instruído com os requisitos básicos do artigo 72 da Lei 14133/2021 e artigo 2º do Decreto Municipal nº 6813/2023, que dispõe sobre o processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, os quais salvo melhor juízo, preenchem os requisitos elencados na legislação que rege a matéria.

O Estudo Técnico Preliminar e o Termo de referência foram juntados em conformidade com o disposto nos incisos XX e XXIII do artigo 6º do mesmo diploma legal.

A regra geral para a Administração Pública contratar serviços, realizar compras, obras e alienações, é a de que tais contratos sejam precedidos de procedimento licitatório.

Sobre a obrigatoriedade de licitação, o art. 37, XXI, da CF/88 estabelece:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Como se vê, a exigência de prévia licitação é requisito essencial, para a realização de contratos com a Administração.

No entanto, a própria constituição admite a ocorrência de casos específicos, expressamente previstos pela legislação, em que se permitem como ressalva à obrigação de licitar, a contratação direta através de processo de dispensa ou inexigibilidade. As exceções encontram-se previstas nos artigos 74 e 75 da Lei n. 14.133/2021, que tratam, respectivamente, de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

O caput do artigo 74 da Lei 14.133/2021, assim dispõe sobre a contratação direta por inexigibilidade:

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;

Vejamos o que diz o artigo 6º da Lei 14.133/2021:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XIX – notória especialização: 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;

O Mestre Marçal Justen Filho, destaca:

1. 2 "inviabilidade de competição" como situação anômala

A expressão "inviabilidade de competição" indica situações em que não se encontram presentes os pressupostos para a escolha objetiva da proposta mais vantajosa.

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.[1]

[...]

3) Ausência de pressupostos necessários à licitação

[...]

3.1) Ausência de pluralidade de alternativas

A primeira hipótese de inviabilidade de competição reside na ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública. Quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação é imprestável. Mais precisamente, não há alternativa diversas para serem entre si cotejadas.

3.2) Ausência de "mercado concorrencial"

[...]

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

---

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/2023. Thomson Reuters Brasil, 2023. 2. Ed. Ver., atual. e ampl., p.997/998/999/1014 e 1019.

julgamento para escolher o melhor. Quando não houver critério objetivo de julgamento, a competição perde o sentido.

14 Serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual (inc.III)

[...]

14.4) Serviço técnico especializado

A especialização significa a capacitação para exercício de uma atividade com habilidades que não estão disponíveis para um profissional ordinário ou padrão.

A especialização identifica uma capacitação maior que a usual e comum e é produzida pelo domínio de uma área restrita, com habilidades que ultrapassam o conhecimento da média dos profissionais necessários ao desenvolvimento da atividade em questão. O especialista é quele prestador de serviço técnico profissional que dispõe de uma capacitação diferenciada, permitindo-lhe solucionar problemas e dificuldades complexas.

22) Treinamento e aperfeiçoamento (inc. III, al "f")

A alínea "f" trata do desenvolvimento de atividades técnicas de aperfeiçoamento dos agentes públicos. Não se incluem na previsão legal serviços de aperfeiçoamento desvinculados das funções desempenhadas pelos agentes públicos. Deve haver um vínculo de pertinência entre o treinamento e a atividade desempenhada pelo agente que irá realizá-lo.

No mesmo sentido, observa Ana Luiza Jacoby Fernandes e outros, que a inexigibilidade tratou do reconhecimento de que era inviável a competição entre ofertantes, seja por motivos de fato, seja por motivos de direito.[2]

Conforme as lições de Hely Lopes Meirelles, serviços técnicos especializados são aqueles de conhecimento pouco difundido:

"são aqueles que, além da habilitação técnica e profissional normal, são realizados por quem se aprofundou nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento. São serviços de alta especialização e de conhecimentos pouco difundidos entre os demais técnicos da mesma profissão".

O parágrafo 3° do artigo 74, assim dispõe:

[...]

§ 3° Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência,

---

[2] JACOBY FERNANDES, Ana Luiza e outros. Contratação Direta sem Licitação na Nova Lei de Licitações: Lei 14.133/2023. Editora Fórum, 11ª. 2021, p. 109.

publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Ainda, para Marçal Justen filho a notoriedade significa o reconhecimento da qualificação do sujeito por parte da comunidade profissional. Ou seja, trata-se de evitar que a qualificação seja avaliada exclusivamente no âmbito interno da Administração.

Não basta a Administração reputar que o sujeito apresenta qualificação, pois é necessário que esse juízo seja exercitado pela comunidade profissional. Não se exige notoriedade no tocante ao público e geral, mas que o conjunto dos profissionais de um certo setor reconheça o contratado como um sujeito dotado de requisitos de especialização.[3]

Sobre a referida contratação, deve ser avaliado se a empresa, por meio de desempenhos anteriores, estudos, experiências, publicações, equipe e outros relacionados com sua atividade, são as mais adequadas ao atendimento que se busca. Isso pode ser constatado pela apresentação de currículo, diplomas, publicações na área do conhecimento, atestados de capacidade técnica, e, principalmente se a notória especialização está relacionada com o serviço técnico especializado objeto da contratação.

Não é suficiente que se comprove somente a especialização da empresa contratada com documentos atestando sua experiência, formação de professores, palestrantes etc.

A nosso ver, o §3º do artigo 74, faz menção a empresa mais também aos requisitos dos professores que irão ministrar o curso ou palestra, sendo necessário que o trabalho seja essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto a ser contratado. Em se tratando da contratação sub-análise, entendo estarem ambos vinculados, embora, em uma análise mais aprofundada, a responsabilidade pelos professores é da empresa, em razão de que a mesma é que está sendo contratada, sendo a responsável direta pela qualidade do material, do conhecimento, didática e qualificação dos professores, garantindo assim, que se possa atingir a satisfação do objeto.

Não se comprova notoriedade com documentos, uma pessoa pode ser considerada com notória especialização quando ela se diferencia das demais não só nos cursos que possui, mais principalmente no reconhecimento que ela tem do público, de especialistas do ramo etc.

---

[3] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/2023. Thomson Reuters Brasil, 2023. 2. Ed. Ver. , atual. e ampl., p. 1025.

Ainda e não menos importante, deve ser analisado se a formação do profissional que irá ministrar o curso ou palestra, tem relação com o que a administração busca.

Embora estejamos trabalhando com uma Lei nova e que ainda não encontramos muitas decisões específicas dos Tribunais Superiores sobre a matéria, após análise aprofundada da Lei, da jurisprudência e de toda a gama de documentação juntada aos autos, salvo melhor juízo, este Procurador entende estar comprovada a notória especialização da Unyflex para ministrar o curso In Company para os servidores públicos do município, pois a princípio, os documentos anexos a proposta preenchem os requisitos do §3° do artigo 74.

Importante destacar, que o presente parecer analisa aspectos jurídicos, não adentrando na análise de valores, quantidade, necessidade, conveniência e oportunidade da contratação pela administração que são de inteira responsabilidade do órgão solicitante.

Vale ainda consignar que o "parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa". (Celso Antonio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed. 13ª. Ed., p. 377). Ou seja, trata-se de ato meramente opinativo.

Sob a responsabilidade do órgão solicitante e com base nas informações contidas no ETP e no Termo de Referência, pode-se entender que restam preenchidos os requisitos para possibilitar a contratação direta, sem prejuízo da comprovação da regularidade fiscal do futuro contratado, bem como do disposto no §4°do artigo 74.

No tocante ao valor estimado para contratação, deve ser observado o contido no artigo 23 da lei 14.133/2021, verificando-se a inviabilidade de estimar o valor, deve-se então ser procedido de acordo com o §4° do referido artigo.

Diante do exposto, com fulcro na justificativa, detectado pelo Administrador a "notória especialização", a contratação poderá ser formalizada via modalidade de INEXIGIBILIDADE, estampada no inciso III, "f" do artigo 74 da Lei n° 14.133/2021, observado o contido no parágrafo único do artigo 72, combinado com o inciso II do artigo 94.

Torna-se obrigatória a observação das condições impostas no artigo 60 da Lei n° 4320/1964, que veda a realização de despesa sem prévio empenho.

Antes de efetivar a contratação, deve-se ainda verificar se a contratada preenche os requisitos do inciso V do artigo 72, combinado com o §4° do artigo 91, conforme previsto nos artigos 62, 66 e 68 da lei 14.133/2021.

Sendo necessário a formalização de instrumento de contrato, este deverá seguir as disposições contidas no artigo 92, no que couber.

Por fim, caso Vossa Excelência entenda que não se mostra caracterizada a condição de inviabilidade de competição, o presente certame poderá ocorrer de acordo com as modalidades previstas no art. 28 da nova lei de licitações, definindo-se em função do limite de valor.

É o parecer, s.m.j., o qual deverá ser remetido ao Prefeito Municipal para análise e decisão.

Imbituva, 16 de fevereiro de 2024.

Giovani Claudio Andrade
Procurador
OAB/PR 31836