



Processo nº: _____

Folha nº _____

Servidor (a) _____

Conselho Nacional de Justiça
Secretaria de Controle Interno

Informação nº 139/2013 – SCI/Presi/CNJ

Processo nº 351.120

Assunto: Relatório de Auditoria n. 1/2013 – Recomendação – Mudança na forma de aceitação dos serviços prestados pelas empresas/instrutores.

Senhor Secretário,

Por meio do Memorando n. 462/SGP/DG, o Senhor Diretor-Geral encaminhou o Memorando n. 50/2013 da Seção de Educação Corporativa (SEDUC), no qual constam as avaliações da referida Seção sobre a recomendação expedida por esta Secretaria de Controle Interno no Relatório de Auditoria n. 1/2013.

2. O citado Relatório teve por objeto a regularidade dos procedimentos licitatórios, de dispensa e de inexigibilidade de licitação realizados no exercício de 2012 por este Conselho, tendo consignado no item 7.4.f a necessidade de a Secretaria de Gestão de Pessoas (SGP) apresentar as razões que justificaram a autorização do pagamento do Módulo II do curso Excel 2007 Avançado, com Ênfase em Matemática Financeira e Estatística, pois o instrutor do referido módulo não obteve avaliação indicada no Projeto Básico (Processo Administrativo n. 350.362).

3. A Informação n. 66/2013-SCI/Presi/CNJ analisou as respostas apresentadas pela SGP na Informação n. 100/2013 da Seção de Educação Corporativa (SEDUC), encaminhada pelo Memorando n. 100/2013/SGP/DG e recomendou à SEDUC (item 3.IV) as seguintes ações:

IV – À Secretaria de Gestão de Pessoas/SEDUC:

I – **Inicie** o processo com a solicitação:

a) do servidor, no caso de evento externo;

b) da unidade orgânica, nos casos de inscrição de servidor em eventos externos ou de contratação de curso denominado "in company", ainda que o curso não conste do LNT;

c) da Seção de Educação, nos casos de inscrição de servidores em eventos externos ou de contratação de curso denominado "in company", estando o evento previsto ou não no LNT.

II - Nas solicitações para a participação em eventos internos e externos devem constar:

a) os requisitos mínimos exigidos para a participação no evento (Ex. participação em cursos intermediários, formação em economia, formação em estatística, curso de, no mínimo, 60 horas em *word*, *excel* etc);

b) declaração do chefe imediato quanto à adequação do curso aos serviços executados pelos solicitantes.

III - Na solicitação de contratação de cursos "*in company*" devem constar as justificativas da unidade demandante sobre a necessidade da contratação e aplicabilidade do conteúdo proposto às atividades executadas por esta;

IV - Nas futuras ações de capacitação:

a) altere as condições de pagamento de modo que o desvincule de quaisquer avaliações;

b) certifique-se por ocasião do recebimento da proposta que as condições de pagamento foram devidamente conhecidas pela proponente;

c) adote procedimento que assegure no momento da inscrição dos servidores interessados, por meio de declaração ou apresentação de certificados, de que estão aptos à participação, sob pena de responsabilização e ressarcimento dos valores despendidos devidos em razão da participação no evento.

4. Em resposta, a SEDUC apresentou plano de ação objetivando implementar estudos para efetivar mudanças na forma de aceitação dos serviços prestados na área de educação do CNJ, cujo plano previa para 10/09/2013 a conclusão dos referidos estudos (Informação n. 77/2013/SCI/Presi/CNJ).

5. Com o advento do prazo previsto para conclusão do plano de ação, esta Secretaria de Controle Interno expediu o Memorando n. 109/SCI/Presi/CNJ buscando esclarecimentos sobre o *status* do referido plano e o cumprimento da recomendação explicitada no Quadro IV, letra "f" da Informação n. 77/2013 - SCI/Presi/CNJ (item 3 acima).

6. Em resposta, a SGP encaminhou o Memorando n. 462/SGP/DG, analisado nesta informação.

7. É o relatório.

Do Pagamento dos Serviços Prestados em Educação

8. A SEDUC, por meio do Memorando n. 50/2013/SEDUC/SGP, informou que realizou pesquisa nos outros órgãos do Poder Judiciário sobre a forma como promovem o pagamento das ações de treinamento e constatou o seguinte:

a) a Câmara dos Deputados, o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios utilizam avaliação de reação como fator condicionante do pagamento.

b) o Tribunal Superior Eleitoral utiliza a avaliação de reação em momento posterior à execução dos treinamentos e não vincula o pagamento à média obtida pela aplicação da avaliação.

9. Consultada pela SEDUC, a Seção de Gestão de Contratos (SEGEC) da Secretaria de Administração deste Conselho posicionou-se pela razoabilidade da metodologia adotada pelo CNJ para a aceitação dos serviços prestados na área de treinamento.

10. A SEGEC ponderou sobre a possibilidade da adoção de ANS em substituição à metodologia atualmente adotada.

11. Assim, o pagamento se daria de forma escalonada conforme o cumprimento parcial ou integral do ANS adotado. Contudo, esclareceu que o emprego da métrica pode implicar aumento nos custos da contratação.

12. Atualmente, a forma de aceitação dos serviços prestados em educação corporativa considera o resultado da avaliação de reação respondida pelos participantes do evento de capacitação.

13. A SEDUC aplica o citado formulário no último dia do treinamento e considera para os fins de aceitação da prestação de serviços os seguintes aspectos:

- a) domínio do tema;
- b) clareza;
- c) atenção dos participantes;
- d) estímulo à participação do grupo;
- e) foco na apresentação do tema; e
- f) administração do tempo previsto.

14. Para que seja considerada aceita a prestação de serviço, cada requisito deve obter média igual ou superior a três, de no mínimo 70% dos participantes, em cinco dos seis itens avaliados, conforme indicado no parágrafo precedente. Assim, 70% dos participantes do evento deverão atribuir nota igual ou superior a três em cinco dos sete itens apresentados no formulário e que são utilizados como parâmetro para a aceitação dos serviços executados.

15. Os valores atribuídos aos explicitados no parágrafo 13 variam de um a quatro.

16. Nos casos em que as notas atribuídas pelos participantes ao instrutor não atinjam a média três exigida, os serviços são considerados não aceitos e conseqüentemente não será efetuado pagamento algum, restando, ainda, à contratada a obrigação de oferecer outro treinamento, sem ônus adicionais ao CNJ, hipótese em que após realizado o segundo treinamento e sendo bem avaliado, na forma indicada nos parágrafos precedente, dar-se-á o pagamento.

17. Assim, considerando que a metodologia praticada pelo CNJ para o recebimento dos serviços prestados em educação é semelhante à adotada por outros órgãos do Poder Judiciário, a posição da SEGEC sobre a razoabilidade desta forma de aceitação, a excepcionalidade do caso apontado pelo Relatório de Auditoria n. 1/2013, e a previsão de obrigatoriedade da repetição do evento em caso de avaliação negativa do treinamento prestado por parte dos participantes, concorda-se em tornar sem efeito a recomendação

desta SCI e manter a forma de aceite dos serviços prestados em educação corporativa.

18. No entanto, cabe analisar a natureza da retenção de pagamento operada no caso de não aceitação do serviço.

19. A retenção baseia-se na média obtida a partir da avaliação de reação que deverá ser superior ou igual a três, cuja pontuação é dada pelos participantes do treinamento.

20. Os tópicos avaliados (item 13) por meio do questionário apresentam elevado grau de subjetividade, bem como não contêm a justificativa da nota dada pelo participante do curso ao instrutor.

21. A SEDUC argumenta que no caso de avaliação negativa na forma regulamentar ocorrerá a não aceitação do serviço prestado e, conseqüentemente, o não pagamento e a obrigatoriedade de a contratada realizar novo evento, sem ônus adicionais para o CNJ.

22. Assim, na verdade, esta situação poderia ser equiparada à realização de glosa (retenção de pagamento) e aplicação de penalidade (obrigatoriedade da realização de novo evento) sem o devido processo legal e seus correlatos princípios da ampla defesa e do contraditório (art.5º, LIV e LV, da CF¹), bem como ausência de motivação das decisões administrativas (art. 2º, *caput*, e VI e VII, da Lei n. 9.784/1999²).

23. Essa conclusão decorre da percepção de que a glosa opera-se baseada exclusivamente na média obtida, cuja pontuação é dada sem justificativa por parte dos participantes do evento.

24. A motivação das notas dadas ao final do evento não é identificada ou mesmo justificada, bem como o resultado apurado não é submetido ao instrutor, especificando em quais itens obteve julgamento negativo.

25. Esta ausência de justificativa e possibilidade de defesa por parte da contratada fere o princípio da motivação que norteia as decisões administrativas (art. 2º, *caput* e VI e VII, da Lei n. 9.784/1999), pois a média obtida é condição para efetivação do pagamento, e as notas dadas não precisam ser justificadas.

26. Assim, a decisão de reter o pagamento do prestador de serviço ocorre com base em critério não objetivo, sem apresentação formal das justificativas, o que dificulta a sustentação de sua legalidade.

¹ CF/88: art. 5º.

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

² Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

...
VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

Substância
A
D.

27. Essa ausência de justificativa impede inclusive o exercício de defesa por parte da contratada.

28. Percebe-se que não existe abertura de procedimento específico para aplicação de penalidade e, conseqüentemente, a decisão de retenção dos valores contratuais dá-se unilateralmente e sem respaldo nos princípios procedimentais aplicáveis à espécie, tais como contraditório e ampla defesa.

29. Outro ponto a ser considerado é o fato de que o serviço ainda que de maneira insatisfatória, foi prestado, ou seja, o objeto foi executado. A rejeição com base em critério não objetivo por parte da Administração pode, em tese, caracterizar enriquecimento sem causa.

30. De outro lado, o reconhecimento da baixa qualidade atribuída pelos participantes ao evento avaliado pode gerar questionamentos quanto ao reconhecimento pelo CNJ da notória especialização da empresa/profissional contratados.

31. A conclusão quanto à declaração de singularidade do serviço técnico contratado e/ou a notoriedade da empresa/profissional a ser contratado é que oferecem substrato fático e jurídico para a licitude dos procedimentos de inexigibilidade de licitação.

32. Se a média obtida pelas pontuações dadas pelos participantes demonstra baixa qualidade do instrutor, esta situação, em tese, poderia levar ao questionamento sobre a notoriedade do serviço/profissional contratado, pois na prática, em tese, poder-se-ia argumentar que profissional/empresa não possuem as características que levaram ao reconhecimento da notória especialização.

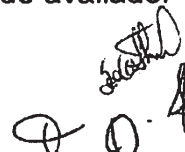
33. Dessa forma, **recomenda-se à Secretaria de Gestão de Pessoas:**

l) A manutenção dos critérios previstos na avaliação de reação aplicada ao final do evento como requisito de pagamento, conforme prática atual, devendo adotar as seguintes ações:

a. certifique-se de que a futura contratada, no momento de apresentação da proposta, tomou conhecimento expresso da existência de cláusula subjetiva que condiciona o pagamento à avaliação dos participantes, com indicação de quais itens serão avaliados pelos participantes do evento, informando, inclusive os critérios de avaliação e qual a média a ser obtida como condicionante do pagamento;

b. insira no modelo de avaliação reativa adotada campos para identificação do avaliador e para motivação das notas dadas;

c. desconsidere o valor atribuído, caso esse seja inferior ao mínimo previsto como necessário para o pagamento, não nos casos em que não haja identificação do avaliador e/ou justificativas para a pontuação dada;



- d. inicie procedimento de aplicação de penalidade, caso a média obtida, segundo os critérios acima expostos, seja insuficiente para o pagamento, em que:
- i. submeta a empresa/instrutor para defesa, com prazo de 15 dias, as razões que justificaram a média obtida;
 - ii. submeta as razões de defesa do instrutor à consideração dos participantes insatisfeitos, cujas notas promoveram a média que impossibilitou o pagamento;
 - iii. proceda o pagamento, caso sejam os motivos aceitos pelos participantes insatisfeitos; e
 - iv. submeta ao rito adotado internamente para efetuar a retenção do pagamento e a aplicação de penalidade (obrigação de realizar novo treinamento sem custos adicionais para o CNJ), caso prevaleça o impasse.

34. Esta Secretaria de Controle Interno retomando a análise do tema da contratação direta de treinamentos em razão dos procedimentos de inexigibilidade de licitação (art. 25, II, da Lei n. 8.666/93) apresenta as considerações que se seguem.

Da Inscrição de Servidores em Cursos Abertos a Terceiros

35. É possível a inscrição de servidores para participação em eventos abertos a terceiros (cursos, seminários, congressos, mesa redonda, entre outros), mediante adoção do procedimento de contratação direta por inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, *caput*, da Lei n.º 8.666/93, em razão da inviabilidade de competição entre os possíveis fornecedores.

36. Essa inviabilidade se deve a fatores inerentes à ocorrência do evento tais como o período, a eventualidade, a possibilidade de demora ou a não realização posterior de evento similar.

37. Essas particularidades fundamentam a impossibilidade de competição, uma vez que a ação de treinamento escolhida apresenta características de eventualidade e possibilidade de não ocorrer outro treinamento, portanto, apta a atender ao interesse público.

38. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes assevera que^{3,4}:

É também inexigível a licitação para a matrícula de servidor em curso de treinamento oferecido por instituição privada de treinamento, como seminários da Fundação Getúlio Vargas, da Editora NDJ, da Price, da TREIDE, da IOB, do Centro Brasileiro para Formação Política, do Centro Brasileiro de Administração e Direito – CEBRAD, da ASBACE,

³ Contratação Direta Sem Licitação, 5ª Edição, Editora Brasília Jurídica, p. 540.

⁴ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. 5. ed., Brasília Jurídica: 2004. p. 540.

Salvador
O. A.

da ESAD, etc., porque esses eventos são realizados em períodos determinados, mostrando-se inviável a competição.

Da Contratação de Cursos de Treinamento de Pessoal – *in company* – Inexigibilidade.

39. Cursos de treinamento de pessoal *in company* podem ser contratados pelo procedimento de inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, II⁵, c/c o art. 13, VI⁶, da Lei n. 8.666/93, desde que antes de qualquer providência seja declarada a singularidade do objeto pela autoridade competente e em seguida indicada detalhadamente as razões da escolha do profissional/empresa expondo com clareza a notória especialização do futuro contratado.

40. Assim, o fundamento para a inviabilidade de competição na contratação de cursos com base no art. 25, II, c/c o art. 13, VI, da Lei de Licitações decorre da declaração de singularidade do objeto, haja vista a impossibilidade de haver critérios objetivos que sustentem a licitação a ser realizada.

41. Posteriormente, contudo, será necessário indicar os motivos de escolha da empresa ou profissional para a execução do contrato, mediante identificação da notória especialização, conforme excerto extraído da decisão constante do Processo TC – 133.538/89 do Tribunal de Contas de São Paulo, *in verbis*:

"Contratação de serviços técnicos profissionais especializados. Notória especialização. Inexigibilidade de licitação. Singularidade. O Decreto-lei nº 2.300/96 (sic) já contemplava espécie como de inexigibilidade de licitação, desde que evidenciada a natureza singular dos serviços. Têm natureza singular esses serviços, quando, por conta de suas características particulares, demandem para a respectiva execução não apenas habilitação legal e conhecimentos especializados, mas também ciência, criatividade e engenho peculiares, qualidades pessoais insuscetíveis de submissão a julgamento objetivo e por isso mesmo inviabilizadoras de qualquer competição. TC/SP - TC – 133.538/89, 29.11.95⁷

42. Os dados que compõem o conceito de singularidade do objeto são subjetivos, não possibilitam especificações objetivas nem comparações.

⁵ Lei n. 8.666/93: Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

....

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

....

⁶ Lei n. 8.666/93: Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

....

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

⁷ MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*. 4. ed., Editora Síntese: 2002. p. 99

43. A caracterização da inexigibilidade depende da conjugação da inviabilidade de competição pela singularidade do objeto e a notória especialização. Os requisitos legais exigem comprovação de ocorrência concomitante e não alternativa.

44. A situação descrita no art. 25, II, da Lei n. 8.666/93 para a contratação do serviço técnico descrito no art. 13, VI (treinamento e aperfeiçoamento de pessoal) da mesma Lei necessita da combinação da singularidade dos serviços com a notória especialização do profissional/empresa a ser contratado.

45. Devem ser demonstradas as características individualizadoras do serviço (objeto) a ser contratado que o tornem singular, as suas características particulares que o distingam dos demais oferecidos pelo mercado. É necessário que demonstre cabalmente as propriedades que tornam o serviço incomum, diferente, insuscetível de comparação ou assimilação por qualquer outro da mesma espécie. Essa demonstração é que sustentará a inviabilidade de competição pretendida.

A singularidade do serviço a ser contratado é requisito indispensável para se justificar a contratação direta com empresa ou profissional notoriamente especializado. Se o serviço, objeto de contratação, for rotineiro, comum, sem exigência de qualquer conhecimento ou técnica de maior complexidade, não há razão para sua contratação sem licitação. (Consulta n. 652.069, apreciada pelo TCEMG na Sessão de 12/12/01).

46. Ademais, ressalta-se que os requisitos legais da singularidade e notória especialização devem ser demonstrados pontualmente em cada contratação considerada apta a se enquadrar nos permissivos legais do art. 25, II, c/c art. 13, VI, da Lei n. 8.666/93.

47. O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, por meio do Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado pelo Instituto de Gestão Fiscal (Grupo SIM), Processo n. 684.973, deixou claro que a singularidade dos serviços prestados deve ser verificada em cada caso.

48. Também o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo exarou decisão semelhante:

Inexigibilidade de licitação. Notória especialização. Não evidenciada a singularidade dos serviços. Ainda que a contratada detenha conhecimentos técnicos necessários a caracterizá-la como notoriamente especializada, tal aspecto isoladamente não autoriza a celebração direta do ajuste, eis que a inexigibilidade licitatória só se justifica quando conjugada a este requisito: o da singularidade dos serviços. (TCE/SP. TC-30.590/026/95, Cons. Eduardo Bittencourt Carvalho, 27/03/96).

49. Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁸ preleciona o seguinte:

Todo estudo da inexigibilidade de licitação repousa numa premissa fundamental: a de que é inviável a competição, seja porque só um agente é capaz de realizá-la nos termos pretendidos, seja porque só existe um objeto que satisfaça o interesse da Administração.

⁸ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 306.

JACOBY
J *10*

[...]

Mas, é imperioso que o serviço a ser contratado apresente uma singularidade que inviabilize a competição entre os diversos profissionais técnicos especializados

50. A singularidade demanda para a sua caracterização que o serviço prestado detenha relevo diante dos outros oferecidos no mercado.

51. A notoriedade é demonstrada por circunstâncias que revelem o domínio sobre o assunto a ser ministrado, didática diferenciada, trabalhos científicos ou publicações já realizadas, isto é, características inerentes ao serviço ou instrutor que os afastam do nível médio do proporcionado pelo mercado.

52. Portanto, em relação aos profissionais/empresas devem ser considerados, critérios como didática do ministrante, reconhecimento do público, domínio sobre o assunto a ser ministrado, publicação de livros e matérias reconhecidas pela crítica, adoção de técnicas específicas, experiência profissional, entre outros, de forma a legitimar a contratação de tais serviços por inexigibilidade com fundamento no art. 25, II, da Lei n. 8.666/93.

53. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes enumera os requisitos que tornam possível a contratação por inexigibilidade, pelo fundamento do art. 25, II, c/c o art. 13, VI, da Lei n. 8.666/93:

A inviabilidade da competição ocorrerá na forma desse inciso se ficar demonstrado o atendimento dos requisitos, que devem ser examinados, na seguinte ordem: a) referentes ao objeto do contrato: que se trate de serviço técnico; a que o serviço esteja elencado no art. 13 da Lei nº 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.

(...)

Singular é a característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador. A singularidade não está associada à noção de preço, de dimensões, de localidade, de cor ou forma. (...)

Somente depois de definir o objeto que pretende contratar é que a Administração Pública deverá buscar o profissional para executá-lo. Nunca, em hipótese nenhuma, procede-se de forma inversa. Aqui, a ordem dos fatores altera a equação, pois quando se parte da definição do profissional, certamente se agregam ao objeto características que individualizam o executor do serviço.⁹

54. Por meio do Acórdão nº 1.437, publicado em 3 de junho de 2011, o TCU aprovou a *Súmula nº 264* e sufragou o entendimento de que a notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, sendo que as características únicas do futuro contratado inviabilizam

⁹ FERNANDES. Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta sem Licitação, Brasília Jurídica, 1ª ed., 1995, pág. 306.

a competição por ausência de critérios que possibilitam o julgamento objetivo do certame:

Súmula nº 264/TCU: A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

55. A orientação trazida pela citada súmula é de que inicialmente a autoridade competente deve declarar a singularidade do serviço, ou seja, do objeto a ser contratado para depois detalhar as características que demonstrem a notoriedade do profissional/empresa que executará o serviço a ser contratado.

56. Portanto, a contratação por inexigibilidade de licitação com fundamento na singularidade do objeto e notório saber do contratado fica condicionada à comprovação das condições legais que regem a espécie, conforme Acórdão nº 427/99 – TCU – Plenário.

8.2. Firmar o entendimento de que a inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 sujeita-se à fundamentada demonstração de que a singularidade do objeto – ante as características peculiaridades das necessidades da Administração, aliadas ao caráter técnico profissional especializado do prestador – inviabiliza a competição no caso concreto, não sendo possível a contratação direta por inexigibilidade de licitação sem observância do caput do art. 25 da Lei nº 8.666/93. Acórdão nº 427/99 – TCU – Plenário.

57. Essa obrigatoriedade decorre do sistema legal que rege os procedimentos licitatórios e suas exceções, pois a regra constitucional (art. 37, XXI, da CF/88) e legal (arts. 2º e 3º da Lei n. 8.666/93) é a obrigatoriedade da realização do certame licitatório como forma de selecionar as propostas mais vantajosas à administração, ou seja, o dever de licitar precede às contratações.

58. As formas de contratação direta (inexigibilidades e dispensas) são exceções à regra licitatória, e por esta razão, devem ser cabalmente demonstradas em suas ocorrências.

Da Exclusividade

59. A constatação de exclusividade da execução do serviço tornaria o procedimento licitatório inexigível por inviabilidade de competição (art. 25, caput, da Lei n. 8.666/93), uma vez que inexistem outros fornecedores aptos a proporcionar competição.

60. A contratação direta de serviços (art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93) exige a comprovação não apenas da inviabilidade de competição, mas também que a contratação, em si, se constitua na única solução capaz de atender adequadamente o interesse público que se busca satisfazer.

Salvador
P O A

61. Sobre o assunto tratado, assim se manifestou Marçal Justen Filho¹⁰:

"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 seria impréstitável. Mas precisamente, a competição será inviável porque não há alternativas diversas para serem entre si cotejadas".

62. No mesmo sentido é a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹¹, senão veja-se:

"No caput do art. 25, estabelece a lei que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial, quando ocorrer uma das três hipóteses retratadas nos três incisos que anuncia. (...) Assim, mesmo quando se caracterizar um dos casos tratados nos incisos, se for viável a competição, a licitação é exigível, porque não foi preenchido o requisito fundamental descrito no art. 25."

63. Na contratação direta dos profissionais/empresas, em que a experiência profissional do futuro contrato se realça em relação ao conteúdo a ser ministrado, ou seja, as características pessoais únicas são os requisitos que se busca privilegiar pela prestação de serviços, não há viabilidade de competição (sustentáculo dos procedimentos licitatórios – art. 25, *caput*, Lei n. 8.666/93).

64. Esclarece-se, contudo que notoriedade não significa exclusividade.

65. O domínio sobre certo assunto torna o especialista notório; a prestação exclusiva de determinado serviço traz a exclusividade. No caso, é necessário que se busque comprovação da notoriedade e dos componentes que a demonstrem.

66. A inviabilidade decorre do fato de não existirem profissionais ou empresas aptos a suportarem a competição. Não existe parâmetro para a comparação, pois o futuro contratado ostenta características pessoais incomparáveis.

67. Assim, a contratação da empresa/profissional deve se constituir na única alternativa capaz de atender à necessidade pública.

68. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹² assim preleciona:

Cumprе ressaltar que a contratação direta de serviços, com fundamento no *caput* do art. 25, da Lei nº 8.666/93, impõe que a Administração demonstre não apenas a inviabilidade de competição, mas também que a contratação - considerada em sua essencialidade,

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed., São Paulo: Dialética, 2009. p. 273.

¹¹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. 5. ed., Brasília Jurídica: 2004. p. 530.

¹² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. 5. ed., Brasília Jurídica: 2004. p. 540.

Handwritten signature and initials

singularidade e adequabilidade – se constitua na única solução capaz de atender satisfatoriamente as necessidades do Poder Público, no que concerne à realização do objeto do contrato.

69. No mesmo sentido é o entendimento de Marçal Justen Filho¹³:

Outra hipótese consiste nas características do mercado privado envolvendo o tipo de prestação pretendida pela Administração Pública. Embora existam diferentes alternativas para satisfação do interesse público, não se configura um mercado na acepção de conjunto de fornecedores em disputa permanente pela contratação. Não há ofertas permanentes de contratação, eis que os particulares em condições de executar a prestação não competem entre si formulando propostas. Esses particulares aguardam as propostas de possíveis interessados, não estabelecendo diferença, mesmo em relação ao setor público. Ou seja, configura-se um mercado peculiar, eis que não existe a dimensão concorrencial encontrada no âmbito de compras, obras e outros serviços. Daí a referência à inexistência de um mercado concorrencial. A hipótese se passa usualmente no setor de serviços e, em especial, com aqueles de natureza personalíssima. São situações em que a prestação que satisfaz o interesse público é produzida através de atuação predominantemente intelectual e retrata uma manifestação de criatividade humana, não se materializando em objetos físicos disponíveis para aquisição imediata.

Da Obrigatoriedade da Realização de Licitação – *in company* – licitação.

70. Os cursos com conteúdo padrão, disponibilizados por vários fornecedores, tornam possível a descrição objetiva do serviço, permitindo o julgamento objetivo da disputa. Além de ser, em tese, possível, nesses casos por meio de atestado de capacidade técnica exigir a qualificação desejada dos instrutores, de modo a manter a qualidade desejável do serviço que se contrata, conforme decisões do TCU, *in verbis*:

Abstenha-se de contratar cursos de capacitação e aperfeiçoamento com inexigibilidade de licitação, por notória especialização, uma vez que tais serviços não possuem natureza singular, podendo ser realizados por diversas empresas ou profissionais capacitados para tal, observando o disposto no art. 25 da Lei n. 8.666/1993, restringindo as contratações por inexigibilidade de licitação estritamente aos casos em que seja inviável a competição. Acórdão 3249/2006 – TCU Primeira Câmara.

Somente efetuem as contratações de entidades executoras do Programa com dispensa de licitação, em casos excepcionais, devidamente justificados, conforme determinação contida no item 8.2.2, "b", da Decisão nº 354/2001 – Plenário – TCU, realizando a respectiva licitação nos casos em que não se configure a situação de singularidade dos cursos oferecidos e a excepcionalidade da entidade executora. Acórdão 875/2004 – TCU Plenário.

¹³ Marçal Justen Filho – Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 7a Edição – pág. 275/276

Handwritten signature and initials

71. Contudo, nos casos em que mesmo se tratando de cursos com conteúdo padrão, a existência de especificidades no objeto da contratação como a adoção de método didático específico e inovador ou outros que o distancie da padronização existente do mercado, tal situação seria apta a inviabilizar a competição nos moldes do art. 25, II, c/c o art. 13, VI, da Lei n. 8.666/93 e sustentar a contratação direta, conforme argumentação dos itens 35 a 56 desta Informação.

72. Na hipótese de instrutor que domina técnica especial, exclusiva ou qualquer característica pessoal que o diferencie dos demais existentes no mercado, estar-se-ia diante de contratação direta por inexigibilidade de licitação em razão de exclusividade (itens 59 a 69) *infra*.

73. Nos casos de cursos com características peculiares caracterizar-se-ia hipótese do art. 25, II, da Lei n. 8.666/93, ou seja, inexigibilidade em razão da singularidade do serviço e notoriedade do profissional executor (itens 39 a 56).

74. Finalmente, expõe-se a situação em que a distância temporal para a contratação, o conteúdo relativamente padronizado e a existência de mais de um fornecedor tornam possível a realização do certame.

75. Por conseguinte, nos casos em que há a pluralidade de eventos com conteúdos similares, oferecidos por empresas com qualidade técnica semelhante e tempo razoável para a realização do procedimento licitatório, este deverá ser realizado, pois como já dito, o dever de licitar como precedente da contratação a ser realizada, deve ser respeitado.

Da Dispensa em Razão do Valor

76. Esta Secretaria já se manifestou pela regularidade dessa modalidade de contratação direta que tenha por objeto cursos e treinamento de pessoal, conforme Relatório de Auditoria n. 01/2013:

6.4.5 Não há óbice à contratação direta para esse objeto, tanto por dispensa, quando o valor se enquadrar no limite da Lei n. 8.666/93, como por inexigibilidade de licitação, quando houver inviabilidade de competição.

77. É viável juridicamente a contratação direta de cursos de capacitação dentro do limite de dispensa por valor (art. 24 da Lei nº 8.666/1993), devendo-se ser observado o limite legal estabelecido ao longo do exercício financeiro para o mesmo curso, sob pena de se caracterizar o fracionamento ilegal.

78. Nas ações de capacitação em que os valores a serem contratados não ultrapassem os limites estabelecidos na Lei nº 8.666/1993 para dispensa de licitação, é viável a contratação direta do serviço em decorrência da dispensa, em razão do valor, aplicando-se, contudo, a orientação expedida por meio do Memorando nº 64/2012 – SCI/Presi/CNJ:

5. Ressalta-se, no entanto, que o fato de a despesa estar dentro dos limites para dispensa por pequeno valor não autoriza a alteração do fundamento legal da contratação, uma vez que a motivação e

Handwritten signature and initials
O. 4

fundamentação para a dispensa ou inexigibilidade devem ser mantidas na instrução processual.

6. Ademais, registra-se que a ausência de publicação na imprensa oficial não dispensa a utilização de meios eletrônicos de publicidade dos atos nem ao menos a observância dos demais requisitos do art. 26 e de seu parágrafo único da Lei nº 8.666/93.

Da Instrução Processual

79. É necessária, nos casos de contratação direta, em razão da inexigibilidade da licitação, a instrução do procedimento de contratação nos moldes do art. 26, parágrafo único¹⁴ da Lei n. 8.666/93.

80. Devem, contudo, constar nos autos do procedimento administrativo o projeto básico, as razões de escolha do profissional ou empresa e a justificativa do preço e sua compatibilidade com o praticado no mercado.

81. Seguem as decisões do TCU que reforçam as exigências apontadas:

Será sempre observada a necessidade de formalização de procedimento, mesmo nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, conforme preceituam os arts. 2º e 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993.

Decisão 955/2002 TCU – Plenário.

Nas contratações por inexigibilidade, deve constar nos processos a razão da escolha do fornecedor ou executante, em cumprimento ao disposto no art. 26, parágrafo único, inciso II, da Lei de Licitações, atentando para o fato de que a simples declaração de que há inviabilidade de competição, sem indicar as razões dessa situação, é insuficiente para amparar tais contratações.

Decisão 745/2002 Plenário.

(..) quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contrata para evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993 Acórdão nº 819/2005 - TCU – Plenário.

Nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, quando couber, deverá constar projeto básico e/ou projeto executivo do serviço contratado.

Decisão 302/1998 Primeira Câmara – TCU..

¹⁴ Lei n. 8.666/93: art. 26.

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

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

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

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 nº 439/98 – TCU - Plenário.**

82. Quanto aos casos de dispensa de licitação, esta Secretaria já se manifestou por meio do Relatório de Auditoria n. 1/2013, asseverando a necessidade de instrução processual adequada que demonstre a escolha de proposta mais vantajosa para a Administração, escorada em pesquisa de preço realizada com pelo menos três empresas atuantes no mercado.

6.4.7 Para instrução de processo para contratação por dispensa de licitação (art. 24, II) é necessário que, além de configurado valor inferior a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), fique demonstrada a escolha da proposta mais vantajosa, com fundamento em pesquisa de preços com, pelo menos três empresas atuantes no mercado. Nesse caso, não há fornecedor exclusivo e o objetivo da contratação é obter o melhor preço para o objeto especificado pelo órgão. **Relatório de Auditoria n. 1/2013 – SCI/Presi/CNJ**

83. Posto isto, submeto o assunto à consideração de Vossa Senhoria, para, caso concorde com o entendimento ora adotado, encaminhar ao Senhor Diretor-Geral, com vista à Secretaria de Gestão de Pessoas, para a observância das recomendações contidas no item 33 desta Informação.

Brasília, 9 de dezembro de 2013.



CRISTIANNA DUARTE FERNANDES BITTENCOURT
Assistente IV da Coordenadoria de Auditoria




RENATA LÍCIA GONÇALVES DE SANTANA ALVES
Chefe da Seção de Auditoria Interna

De acordo.

Ao Senhor Secretário de Controle Interno para encaminhamentos.

Brasília 9 de dezembro de 2013.



ANTÔNIO DANIEL RIBEIRO FILHO
Coordenador de Auditoria

De acordo com a Informação n. 139/2013-SCI/Presi/CNJ.

À Diretoria-Geral, para conhecimento e posterior encaminhamento à Secretaria de Gestão de Pessoas na forma proposta pelo item 83 da Informação n 139/2013-SCI/Presi/CNJ.

Brasília, 9 de dezembro de 2013.



SALATIEL GOMES DOS SANTOS
Secretário de Controle Interno