

Tema proposto: Justificativa de Contratação de Cursos e Treinamentos visando o Aperfeiçoamento Profissional na Administração Pública através do instituto da Inexigibilidade, verificada a Singularidade do Objeto.

Assunto: Comprovação da singularidade do objeto na contratação por inexigibilidade de Cursos e Treinamento de Servidores na forma Curso *In Company* ou aberto.

A Singularidade do objeto e a inexigibilidade. A singularidade do objeto é o ponto fundamental da Inexigibilidade para a contratação de cursos abertos a terceiros ou in company, segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, Tribunais de Contas dos Estados, Parecer da Advocacia Geral da União e a Doutrina.

Jurisprudência do TCU:

O **Tribunal de Contas da União - TCU** se manifestou a esse respeito no julgamento do Processo TC-013.263/93-5, firmando posicionamento no sentido de que a contratação direta de profissionais, ainda que renomados, inclusive Ministros aposentado do Supremo Tribunal Federal, é irregular porque os serviços contratados não eram de natureza singular a ponto de justificar a inviabilidade de competição.

Em outro Acórdão, o TCU tratou com propriedade a questão relacionada à singularidade do objeto, nos seguintes termos:

“Singular não significa necessariamente único. A singularidade de um serviço diz respeito a sua invulgaridade, especialidade ou notabilidade, quer dizer que não se trata de algo corriqueiro (...) A existência de outros profissionais que possam prestar o serviço não basta para retirar sua singularidade.”(Acórdão 410/2001).

Uniformizando a questão, o Tribunal de Contas da União pacificou o entendimento quanto a matéria, dispondo nas decisões abaixo indicadas o seguinte:

Decisão 439/1998 - Plenário

“A grande maioria dos administradores tem optado, diante da inaplicabilidade de outros tipos de licitação, pela seleção baseada no menor preço. É fácil intuir, no entanto, que esse procedimento poucas vezes permite a escolha de um profissional ou empresa que satisfaça os treinandos, principalmente quando se trata de treinamento de servidores altamente especializados, em disciplinas direcionadas para as peculiaridades do serviço executado no órgão contratante. 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? 14. Nesse ponto, valemo-nos das palavras do Exmo. Ministro Carlos Átila no voto que fundamentou a proposta de decisão ora em exame: 'Excetuados os casos de cursos virtualmente padronizados, que utilizam métodos de ensino de domínio público - como o são, por exemplo, os cursos de línguas, ou os cursos de utilização de sistemas de microcomputadores - parece-me inviável pretender que se possa colocar em competição o talento e a capacidade didática de mestres em matérias de nível superior, sobretudo quando se trata de ministrar conhecimentos especializados, para complementar e aprofundar a formação de profissionais de nível universitário. 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.'

Acórdão 412/2008 - Plenário

“No presente caso, que trata da contratação de cursos, a caracterização da inexigibilidade exigiria a combinação do inciso VI do artigo 13 com o inciso II do artigo 25, resultando na ocorrência concomitante de 4 características que são: 1. caracterização de que o serviço a ser contratado pertence ao gênero „serviços técnicos profissionais especializados“; 2. caracterização de natureza singular desse serviço; 3. caracterização da notória especialização dos profissionais ou da empresa a ser contratada; e 4. o serviço a ser contratado não pode ser de publicidade ou de divulgação. Quanto ao argumento 2, é importante observar que o Doutor Mauro Campello chamou a atenção para a discricionariedade facultada ao agente público para escolher o curso/treinamento mais adequado. Essa discricionariedade foi considerada pelo Ministro Adhemar Paladini Ghisi, ao relatar o processo TC 000.830/1998-4, cuja finalidade foi: realizar „estudos desenvolvidos sobre a possibilidade do enquadramento na hipótese da inexigibilidade de licitação para a contratação de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, bem como inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros“. No voto proferido nos autos desse processo, o Ministro Ghisi reconheceu que „há necessidade de assegurar ao Administrador ampla margem de discricionariedade para escolher e contratar professores ou instrutores. Discricionariedade essa que deve

aliar a necessidade administrativa à qualidade perseguida, nunca a simples vontade do administrador. Pois, as contratações devem ser, mais do que nunca, bem lastreadas, pois não haverá como imputar à legislação, a culpa pelo insucesso das ações de treinamento do órgão sob sua responsabilidade”.

Outras matérias correlatas apreciadas pelo TCU

Segundo o TCU, é inexigível a licitação de inscrição de servidores para a participação de cursos abertos a terceiros: **Acórdão n. 654/2004 - Segunda Câmara; Acórdão n. 1.915/2003 – Plenário; e Acórdão n. 1.568/2003 - Primeira Câmara.**

Jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

Este também é o entendimento do **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, que no processo TC - 30.590/02/65, assim se manifestou:

“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 conjugado a este requisito: o da singularidade dos serviços”.

A contratação de cursos de acordo com a Advocacia Geral da União:

Nesse mesmo diapasão, a Advocacia Geral da União - AGU resolveu a questão através da **Orientação Normativa nº 18, de 1º de abril de 2009**, que dispõe da seguinte forma:

“Contrata-se por inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25, inc. I, da lei nº 8.666, de 1993, conferencistas para ministrar cursos para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, ou a inscrição em cursos abertos, desde que caracterizada a singularidade do objeto e verificado tratar-se de notório especialista”.

Entendimento Doutrinário:

A questão da singularidade do objeto e a contratação por inexigibilidade de cursos e treinamento de pessoal é tratada, segundo a melhor doutrina da seguinte forma:

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Segundo os ensinamentos de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes a notória especialização não inviabiliza a competição, a menos que ela seja imprescindível à realização de um determinado serviço singular e mais do que isso, que a notoriedade apresente relação direta e imediata com

a singularidade do objeto. *“É imperioso que o serviço a ser contratado apresente uma singularidade que inviabilize a competição entre os diversos profissionais técnicos especializados”.*

Exemplificando, JACOBY, fala da seguinte forma:

“apagar um incêndio é atividade que pode ser executada por qualquer bombeiro; mas, debelar um incêndio em um poço de petróleo apresenta-se como atividade de natureza singular.”

Marçal Justen Filho:

No entender de Marçal Justen Filho, a singularidade do objeto se caracteriza diante de situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente *por todo e qualquer profissional especializado*, envolvendo casos que demandam mais do que simples especialização.

A contratação do Instituto Capacitar para serviços de capacitação e treinamento de Servidores Públicos:

Nos cursos ministrados pela empresa Instituto Capacitar, a singularidade é perceptível porque seus cursos não se limitam a exposição teórica de um tema, os assuntos são tratados de forma prática com aplicação de casos concretos e soluções no contexto da realidade e particularidade da máquina da Administração Pública, tendo em vista tratar-se de uma empresa dedicada à ciência da Administração Pública com corpo jurídico e de professores com longa trajetória de vida no âmbito da Administração Pública.

Como exemplo de curso prático, podemos citar o curso de elaboração de termo de referência e projeto básico: a turma é dividida em grupos e os projetos são modelados em sala de aula de acordo com o objeto que cada grupo escolhe: serviços continuados, serviços de engenharia, serviços por demanda e aquisições. Veja que neste caso não basta que o Professor seja apenas um advogado, é necessário que o mesmo tenha especialização em modelagem de projetos. A essa habilidade o direito chama de singularidade. A singularidade, portanto, ressalta ainda pelo fato de que além das habilidades já mencionadas, o Professor necessariamente deverá comprovar aptidão e eficiência na arte da educação profissional ou corporativa voltada para o setor público, muito diferente do professor acadêmico de cursos regulares, pois naquele exige-se do professor conhecimentos e experiências profissionais muito mais elevadas da que possui os Servidores participantes de um curso, caso contrário o resultado será pífio, sem significar acréscimos de conhecimentos.

Podemos então afirmar que ministrar treinamentos profissionais, qualquer professor da área que versa um dado treinamento, pode ministrar. Diferente é ministrar treinamentos de uma especialidade que exige formação, especialização e, sobretudo, experiência prática em Administração Pública e Direito Administrativo, notadamente em Licitações e Contratos Administrativos. Singular ainda é, além de ministrar o treinamento técnico especializado, é possuir habilidades técnicas e jurídicas que permita a modelagem de projetos específicos para

compras governamentais, editais, contratos e outros atos administrativos necessários a abertura e autuações do processo administrativo.

A notoriedade da especialização em Administração Pública da empresa Capacitar e as especialidades comprovada de seus professores, **vem de encontro com a singularidade do objeto**. Assim, estão presentes os pressupostos necessários para justificar a inexigibilidade de licitação conforme **Acórdão 412/2008 – Plenário qual** seja:

1. Caracterização de que o serviço a ser contratado pertence ao gênero ‘serviços técnicos profissionais especializados’;
2. Caracterização de natureza singular desse serviço;
3. Caracterização da notória especialização dos profissionais ou da empresa a ser contratada; e
4. O serviço a ser contratado não pode ser de publicidade ou de divulgação.

Análise do Procedimento Licitatório e o Critério de Julgamento da Proposta e a contratação de cursos e treinamento.

Verificamos que a vantagem que se busca mediante o procedimento licitatório, cujo critério de julgamento é o menor preço, se consolidou no âmbito de compras e contratações com evidente equívoco quando se pensa que o menor preço representa a proposta mais vantajosa. Tal não é verdade e pensar assim significa desconhecer a expertise da economia, a inteligência da lei e o espírito do legislador.

O menor preço é dado inicialmente como parâmetro objetivo de julgamento. Imagine o Administrador Público julgar propostas nos procedimentos licitatórios vinculadas unicamente a qualidade dos bens e serviços, dados inteiramente subjetivos. O menor preço representa um dado matemático para escorar o julgamento, daí estabelecê-lo como critério para proteger o interesse público na administração dos recursos financeiros e boa gestão pública.

Entretanto, a inteligência da hermenêutica jurídica nos leva a conclusões focadas nos resultados, dado a necessidade de a Administração Pública cumprir a eficiência, elevada ao status constitucional como princípio jurídico dotado de caráter normativo com poder de norma positiva coativa, bem como, a eficácia e a efetividade, estas duas últimas ainda não muito bem assimiladas no serviço público.

A questão exige, para melhor compreensão do tema, a definição do que vem a ser a eficiência, a eficácia e a efetividade. **EFICÁCIA = Capacidade de realizar objetivos; EFICIÊNCIA = Utilizar produtivamente os recursos; e EFETIVIDADE = Realizar a coisa certa para transformar a situação existente.**

Assim, quando penso somente no menor preço, estou desprezando a efetividade. Podemos com o preço chegar a eficiência e eficácia, mais não necessariamente a efetividade. Não raras vezes a Administração Pública após cumprir todos os requisitos legais descobre que o recurso público utilizado, embora adquirindo muita economia na aquisição ou contratação, foi de fato um dinheiro jogado fora dado ao baixo nível de qualidade do produto ou do serviço que não foi capaz de promover a efetividade, deixando a Administração com o mesmo problema que antes da licitação possuía, não transformando a situação existente.

De uma vez por todas não é isto que está na lei, não é isso que a Administração Pública deseja.

O artigo 3º da lei 8666/93 estabelece o seguinte: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.....” . Observe-se que o legislador não usa o menor preço como finalidade da licitação ao se referir à proposta mais vantajosa. Proposta mais vantajosa deriva do princípio da economicidade como regra obrigatória nas licitações. Economicidade não é um termo da ciência jurídica, na verdade é um empréstimo que o Direito faz à Economia.

Na economia o termo economicidade significa a relação custo & benefício. O legislador ao estabelecer o princípio da economicidade e a regra da proposta mais vantajosa na lei 8666/93, deixa claro que a Administração não pode abrir mão da verificação do benefício que o recurso financeiro aplicado trará para a Administração, mostrando que o benefício é o ponto fundamental da licitação ao contrário do que se pensa em relação ao menor preço. Em outras palavras nada importa o preço se este não é capaz de produzir os benefícios necessários para produzir a efetividade face às necessidades que justificaram a contratação.

O legislador ao se referir ao julgamento da proposta, se refere ao menor preço como dado objetivo de julgamento:

“Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo...”

“§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço”;

O legislador novamente ressalta o benefício que a contratação proporcionará à Administração, ou seja, a economicidade representada na ciência econômica pela expressão “**mais vantajosa**”, que significa a relação **custo e benefício** quando usa a expressão

“quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração determinar que será o vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital”.

Este termo “de acordo com a especificação do edital”.

Isto nos afirma que o Administrador Público deverá se ater além da legalidade, à qualidade dos bens e serviços que está sendo comprado ou contratado.

Os preços aparentemente econômicos que se tem praticado na área de compras, licitações e contratações na Administração Pública, tem na verdade trazido grandes prejuízos na medida em que os problemas e necessidades persistem após a entrega do bem ou serviço, infelizmente pela cultura de que o menor preço é a única forma de julgar uma proposta.

Nesta abordagem, o objeto tema do estudo é a contratação de cursos de capacitação e treinamento na Administração Pública, seja na forma in company, seja na forma de curso aberto.

Não raro ocorrem informações de determinados cursos deixaram de atender a expectativa no que diz respeito à transmissão e aquisição de novos conhecimentos. Não raro, Servidores Públicos têm realizado cursos com 16 horas aula, **tempo insuficiente para transmitir o conteúdo mínimo necessário**. Isto se dá pela alta competitividade do setor e, na maioria das vezes Administrações contratam devido ao menor valor do curso. Em tese o valor do curso não é o menor, porque como demonstramos acima, o benefício não ocorre e se ocorre se dá de forma insuficiente, não ocorrendo a efetividade da contratação porque o Servidor Público sai do curso com as mesmas necessidades de conhecimento que chegou no curso.

A transmissão do conhecimento depende de várias habilidades e expertises:

Quanto ao Professor: Formação e Especializações do Professor; domínio teórico da matéria; domínio prático do que ensina; conhecimento do funcionamento da máquina administrativa pública para compreender os modelos de atuação e de processos produtivos da Administração Pública; domínio da didática; experiência comprovada em sala de aula; comprovação da satisfação de Servidores Públicos que já fizeram curso com o professor indicado através da avaliação reativa; e experiência prática comprovada na área de atuação e conhecimento que versa o curso.

Quanto à estrutura do curso: condições tecnológicas exigidas para transmissão do conhecimento, às vezes para dar acesso a um curso prático; climatização do espaço onde ocorrerá a aula como dado de conforto para não prejudicar o rendimento do aluno e o processo ensino aprendizagem.

Quanto ao material didático: Atualização e qualidade do conteúdo; e compatibilidade do programa didático com o tempo de aula oferecido no curso.

Não é difícil compreender que o ofício de transmitir o conhecimento envolve questões que vai além da capacidade teórica do professor, envolve questões de aptidão semelhante ao que compreendemos como **“vocaçãõ profissional”**. Fazer um curso de capacitação e treinamento profissional requer, portando, experiência por parte de quem contrata, sob o risco de aplicar mal os recursos públicos diante de tantas outras demandas, entre elas a capacitação daqueles que se dedicam a produzir serviços públicos.

Daí a Lei, a melhor doutrina e a jurisprudência apontar para o tema **SINGULARIDADE DO OBJETO E NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO**.

Temos por singular, portanto, o curso que atender os requisitos mencionados acima de acordo com cada tipo de curso, especialmente aqueles que exigirem simultaneamente requisitos profissionais, experiência prática e notoriedade do professor e condições tecnológicas diferenciadas.

Trata-se, portanto, de atividade cuja seleção da proposta mais vantajosa prescinde de avaliações não possíveis de serem mensuradas unicamente pelo menor preço.

Instituto Capacitar
Consultoria Juridica – CJUR

Rio de Janeiro, 25/05/2016