
TEMAS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDA PELA
PORTARIA/PGF Nº 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

PARECER Nº 03/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.001847/2013-61

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

CURSOS FECHADOS. TREINAMENTO E PERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE, DESDE QUE PRESENTES OS PRESSUPOSTOS INDICADOS NO ART. 25, II, §1º, DA LEI Nº 8.666/93. CONTRATAÇÃO DIRETA NÃO VEDADA PELA ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 18/2009.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de Licitações e Contratos, através da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

I - identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II - promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e

III - submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2 Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3 Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á de discutir se seria possível reconhecer a inexigibilidade de licitação na contratação de cursos fechados pela Administração Pública, dada a redação da ON AGU nº 18/2009. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

5. É o relatório.

ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 18/2009 E CONTRATAÇÃO DE CURSOS FECHADOS

6 A presente controvérsia tem origem no conteúdo da Orientação Normativa AGU nº 18/2009. Ao dispor sobre a contratação direta de cursos para a Administração Pública, o referido ato parece sugerir que somente seria possível reconhecer a inexigibilidade na contratação de cursos abertos ou na contratação de pessoa física para ministrar treinamento de pessoal:

CONTRATA-SE POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 25, INC. II, 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.

7. Se interpretada estritamente, a referida Orientação Normativa poderia conduzir ao seguinte raciocínio: **a contratação direta fundada no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal em curso fechado jamais poderia ser realizada com pessoa jurídica.** Uma leitura mais apressada da **fundamentação** da Orientação Normativa pode, inclusive, conduzir a essa conclusão, mas se propõe aqui outro raciocínio.

8. Primeiramente, cabe referir que **a Orientação Normativa AGU nº 18/2009 em momento algum vedou a contratação de cursos fechados por inexigibilidade.** Observe-se que o referido ato não utilizou qualquer advérbio que indicasse essa impossibilidade. Sua redação começa com “contrata-se” e não com “somente se contrata”. Em

seu interím, também não há qualquer vedação expressa à contratação de curso fechado por inexigibilidade.

9. Assim, como o ato administrativo normativo que vincula os órgãos de consultoria e assessoramento jurídico da PGF é a própria Orientação Normativa, e não sua fundamentação (arts. 4º, XIII, 11, III, 17, II, e 18 da Lei Complementar nº 73/93),¹ deve-se inferir que **a força normativa do ato deriva de seu próprio conteúdo, devendo a fundamentação servir, no máximo, como “norte” para o adequado entendimento da proposição normativa subjacente ao texto do ato administrativo.**

10. Por outro lado, uma leitura atenta da fundamentação da Orientação Normativa AGU nº 18/2009 evidencia que a intenção da mesma não foi consagrar propriamente a vedação. Em verdade, a grande fonte da fundamentação foi a lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes sobre o tema, como se vê abaixo:

Parece pertinente, ainda, distinguir os denominados cursos abertos dos fechados. Os cursos abertos são aqueles que permitem a participação de quaisquer interessados, sendo fixados e programados pelo seu realizador. São, portanto, acessíveis a qualquer pessoa interessada na sua proposta. Os cursos fechados são voltados para grupos certos e determinados de indivíduos, elaborados de acordo com metodologia e horários previamente fixadas pelo contratante. De conseguinte, não são acessíveis a qualquer interessado, mas apenas àquelas integrantes do quadro de quem os contrata.

Assim, **somente se enquadra na inexigibilidade fundada no art. 25, inc. II, combinado com o art. 13, inc. VI, da Lei no 8.666, de 1993, a contratação de cursos abertos, sendo que os cursos fechados devem ser objeto de licitação.**

1 Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

XIII - exercer orientação normativa e supervisão técnica quanto aos órgãos jurídicos das entidades a que alude o Capítulo IX do Título II desta Lei Complementar;

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

Art. 17 - Aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas compete:

II - as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos;

Art. 18. No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas aplica-se, no que couber, o disposto no art. 11 desta lei complementar.

Sobre os cursos de treinamento aberto ou fechado, **Jorge Ulisses Jacoby Fernandes** assevera que:

É também inexigível a licitação para a matrícula de servidor em curso oferecido por **instituição privada de treinamento**, porque esses eventos são realizados em períodos determinados, mostrando-se inviável a competição. Contudo, **para a realização de seminários fechados, promovido por qualquer dessas mesmas instituições, é, em princípio, exigível a licitação, porque o interesse e conveniência de treinamento podem ser determinados pela Administração, ao contrário do caso anterior, em que a oportunidade é ditada pelas instituições.**

11. Ora, a grande fonte doutrinária da fundamentação alega que a licitação seria, “em princípio, exigível” para a contratação de instituições privadas para ministrar cursos fechados. Observe-se que a interpretação do autor nada mais fez que reafirmar a regra geral do procedimento licitatório (art. 37, XXI, da CF/88).² Atente-se, ainda, que, na supracitada passagem, o entendimento de Jacoby Fernandes foi citado como uma espécie de ilustração da visão que estava sendo firmada na fundamentação.

12. Parece evidente que a *intentio auctoris* seria reproduzir a orientação doutrinária do administrativista, mas a redação final restou mais restritiva que a mencionada posição doutrinária. Enquanto a interpretação de Jacoby Fernandes, apenas, mencionava que, em regra, haveria a necessidade de licitar, o texto da fundamentação disse que somente se enquadraria como inexigibilidade a contratação de cursos abertos; enquanto o doutrinador construía sua interpretação exclusivamente para cursos fechados ministrados por entidades privadas, o texto referia-se genericamente a toda e qualquer instituição. Fica evidente, contudo, que houve, apenas, uma inadequação da redação à orientação doutrinária capitaneada por Jacoby Fernandes.³

2 Art. 37, 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.

3 A título informativo, a contratação de instituição privada para ministrar curso aberto foi enquadrada por Jacoby Fernandes como inexigibilidade fundada no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93 (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta Sem Licitação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 552). A razão para isso é que não há sentido em licitar um curso aberto, pois sua oferta pelo mercado não pode sofrer qualquer ingerência da Administração Pública. Quando o autor comenta o art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, não faz qualquer distinção entre cursos abertos ou fechados. Limita-se a elencar os pressupostos da contratação direta e indicar que haveria sua possibilidade na contratação de treinamento de pessoal

13. Isso fica mais evidente quando se compara a fundamentação com o texto final da Orientação Normativa. De acordo com este, **pode-se contratar conferencista para ministrar curso e, obviamente, quando se menciona essa estratégia de contratação, está-se contratando pessoa física para ministrar curso fechado.** Se o texto normativo da Orientação Normativa AGU nº 18/2009 tivesse aderido irrestritamente à redação restritiva da fundamentação, não teria possibilitado a contratação de conferencista para ministrar curso fechado. Não foi isso, contudo, que restou delineado na Orientação Normativa. Não só mencionou a possibilidade de contratação de conferencista para ministrar curso fechado, como não se valeu do advérbio “somente”, tal qual se encontra na fundamentação.

14. Ainda, **a Lei nº 8.666/93, ao tratar da inexigibilidade do art. 25, II, não fez qualquer distinção entre contratar pessoas físicas ou jurídicas.** Não se pode, portanto, vedar a contratação de pessoas jurídicas para ministrar cursos fechados por inexigibilidade se estiverem presentes os pressupostos da inexigibilidade delineados no art. 25, II, §1º, da Lei nº 8.666/93 e nas Súmulas TCU nº 252/2010 e nº 264/2011.⁴ Acentue-se que a inexigibilidade resulta de uma **inviabilidade real de competição** ou, nas palavras de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, de um “**pressuposto fático**”,⁵ de modo que não faz sentido vedar a incidência do art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 sobre a

(cf. pp. 623-627 da mesma obra). O autor parece então admitir, tranquilamente, a contratação direta por inexigibilidade de cursos fechados, desde que presentes os pressupostos da inexigibilidade do art. 25, II, da Lei nº 8.666/93.

- 4 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;
- § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.
- Súmula nº 252: A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.
- Súmula nº 264: 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 8.666/1993.
- 5 MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública: a lei geral de licitação e o regime diferenciado de contratação*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 425.

contratação de cursos fechados ministrados por pessoas jurídicas, quando presentes os pressupostos reais da inviabilidade absoluta de competição.

15. Assim, se o curso fechado para **treinamento e aperfeiçoamento de pessoal** (art. 13, VI, da Lei nº 8.666/93)⁶ notabilizar-se pela “marca pessoal (ou coletiva), expressada em características científicas, técnicas ou artísticas importantes”,⁷ ou seja, se resulta de “um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para satisfação do interesse público em causa”,⁸ há de se reconhecer a **singularidade** que, aliada à **notória especialização da pessoa física ou jurídica** (art. 25, II, §1º, da Lei nº 8.666/93), daria azo à contratação direta fundada no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93.

16. Por outras palavras, se o treinamento a ser contratado puder ser prestado de maneira tal que não haja a possibilidade de indicação de um processo objetivo de seleção pautado na comparabilidade de serviços, **outra opção não há** senão se reconhecer a inexigibilidade:

31. Em outras palavras, **quando exigimos uma licitação, temos por suposto que para o bom perfazimento do objeto será irrelevante a pessoa do vencedor**, desde que - lógico - este seja idôneo e minimamente habilitado. A consecução do objeto, isso é que importa, não dependerá de nenhum traço peculiar a ser impresso pelo executante, não está condicionada a qualquer característica pessoalíssima da execução (como por exemplo, o dom artístico, o conhecimento técnico invulgar e especializado, a criatividade ímpar, a rara experiência no enfrentamento de um dado problema de questionamento difícil, etc.).

32. Porém, como se quis nuançar há pouco, **contratos há cujos objeto possui uma peculiaridade (é inquantificável, de difícil definição, de elevada especificidade, depende intrinsecamente da criatividade de um artista ou trabalhador intelectual, demanda um tratamento não facilmente encontrado no mundo privado, etc.) que o torna de comparação impossível**.

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

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 485.

8 MELLO, op. cit., p. 493.

Nestes casos, ante a impossibilidade de se proceder a uma licitação, o legislador considerou que a licitação não poderá ser sequer - exigida.

33. Ou seja, à diferença do que ocorre com a dispensa (onde se faculta ao administrador licitar ou não) na inexigibilidade a lei reconhece uma impossibilidade objetiva em se promover o certame, afastando mesmo a hipótese de licitar.

Na inexigibilidade não se trata de deixar ao arbítrio do administrador a realização ou não de um determinado certame. **Trata-se, isto sim, dos casos em que o legislador reconhece a objetiva impossibilidade de se realizar o pleito competitivo.**⁹

17. Com o entendimento em apreço, **não se quer afirmar que a contratação de cursos fechados terá que ser necessariamente direta.** Ao contrário, à luz da fundamentação da Orientação Normativa AGU nº 18/2009, **a regra geral é licitar esse objeto contratual** e, somente se presentes os pressupostos da inexigibilidade fundada no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, poderia a Administração Pública adotar este último procedimento. Ainda, peculiaridades do caso podem atrair, por exemplo, a incidência de hipóteses de dispensa de licitação fundadas em outros dispositivos do art. 24 da Lei nº 8.666/93 (ex.: inciso VIII, inciso XIII). Assim, **não há como sufragar qualquer entendimento que, em abstrato, enquadre a contratação de curso fechado em alguma dessas hipóteses legais:**

[...] não cabe reputar que toda e qualquer atividade de ensino e treinamento comportaria contratação sem licitação. A questão não reside na natureza da atividade de ensino e treinamento como um gênero em abstrato, mas é indispensável verificar se a circunstância concreta envolve uma atividade de natureza singular.¹⁰

18. Pelo exposto, deve-se concluir que a Orientação Normativa AGU nº 18/2009 não obsta a contratação direta por inexigibilidade de pessoa jurídica para ministrar curso fechado para a Administração Pública, desde que presentes os pressupostos do art. 25, II, §1º, da Lei nº 8.666/93.

9 MARQUES NETO, Floriano. Contratação direta de empresas de engenharia consultiva por inexigibilidade de licitação pública. *Revista dos Tribunais*. v. 713, p. 24, Mar/1995DTR\1995\628.

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 360.

À consideração superior.

Brasília, 5 de junho de 2013.

Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

Patricia Cristina Lessa Franco Martins
Procuradora Federal

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 10 de julho de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº 03/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 10 de Julho de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 37/2013

A ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 18/2009 NÃO OBSTA A CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE PESSOA JURÍDICA PARA MINISTRAR CURSO FECHADO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DESDE QUE PRESENTES OS PRESSUPOSTOS DO ART. 25, II, §1º, DA LEI Nº 8.666/93.