



PARECER n. 00097/2017/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00055.001523/2016-11

INTERESSADOS: SECRETARIA DE AVIAÇÃO CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA - SAC E OUTROS.

ASSUNTOS: LICITAÇÕES E CONTRATOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA. CURSOS FECHADOS. TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 18. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CURSOS FECHADOS. CONTRATAÇÃO DIRETA NÃO VEDADA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE PRESENTES OS PRESSUPOSTOS INDICADOS NO ART. 25, II, §1º, DA LEI Nº 8.666/93.

1 . A Orientação Normativa AGU nº 18/2009 não veda a contratação direta - por inexigibilidade - de pessoas jurídicas para ministrarem cursos fechados para a Administração Pública, desde que presentes os pressupostos do art. 25, II, §1º, da Lei nº 8.666/93.

Excelentíssimo Coordenador-Geral de Orientação,

I - RELATÓRIO

1. Os autos revelam pedido de uniformização jurídica em face da Orientação Normativa nº 18, editada pela Advocacia-Geral da União, especificamente sobre a contratação direta em virtude de inexigibilidade de licitação nos casos de cursos fechados. Por essa razão, é essencial conhecer os termos do seu enunciado: *"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"*.

2. Hodiernamente, a Administração Pública tem se deparado com a necessidade de cursos de capacitação e aperfeiçoamento de seus profissionais, on-line ou não. Em decorrência disso, as consultorias jurídicas têm enfrentado a controvérsia jurídica pertinente à viabilidade de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de cursos totalmente abertos ao público em geral, bem como fechados e circunscritos àqueles servidores que fazem parte da Administração.

3. Ao interpretarem a Orientação Normativa nº 18, alguns têm defendido que os seus termos albergam ambos os tipos de cursos, ao passo que outros argumentam a incidência apenas no que tange a cursos abertos ao público em geral. Com efeito, têm sugerido a sua revisão ou que seja esclarecida a redação do enunciado e, conseqüentemente, nova avaliação sobre esta controvérsia jurídica instalada entre os órgãos jurídicos.

4. É o sucinto relatório. Passa-se à fundamentação jurídica.

II - FUNDAMENTAÇÃO

5. Cumpre salientar, conforme frisado inicialmente, que o entendimento acerca da contratação de conferencistas para ministrarem cursos de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal ou a inscrição em cursos abertos a terceiros fora consolidado na **Orientação Normativa AGU nº 18, de 1 de abril de 2009**, que assim dispôs:

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**.

6. Integraram a sua fundamentação posições doutrinárias e jurisprudenciais, a exemplo do seguinte trecho do aresto do Tribunal de Contas da União colacionado, que tratou especialmente dos **cursos abertos**:

(...) por ocasião da Decisão 439/1998-Plenário, apesar de a Unidade Técnica ter entendido que não seria para todo e qualquer curso que se aplicaria a exceção do art. 25, inc. II, estando excluída para a hipótese de curso mais convencional, básico, considerando que neste caso a diferença entre os serviços prestados por

um ou outro licitante tende a ser mínima, sem prejuízo do objetivo do treinamento, prevaleceu a ideia de que, naquela oportunidade (1998), o estágio da discussão da matéria não permitia esta distinção. De qualquer forma, **passados dez anos daquela orientação, considerando que a inexigibilidade é exceção à regra geral do princípio licitatório, oportuno que a Advocacia-Geral da União firme seu posicionamento no sentido de que sejam licitados tais cursos padronizados/comuns ou, existindo em algum caso concreto determinado traço distintivo, seja devidamente justificado pela Administração.**

7. Sendo assim, a incidência do artigo 25, II da Lei de Licitações, **quanto aos cursos abertos**, exige a demonstração da notória especialização do contratado e da singularidade do objeto. **É verdade que tem sido cogitada, em outros processos administrativos, a necessidade de reavaliar o referido enquadramento legal da contratação, de maneira que seja realizada com suporte no art. 25, caput.** A justificativa tem por base a inviabilidade de competição nesses casos, uma vez que normalmente são realizados em determinado período de tempo (a execução e a inscrição), o que tem gerado embaraços à realização tempestiva de licitação, entre outros argumentos, bem como a dificuldade e/ou inviabilidade de comparar os eventos quanto à conveniência, metodologia, palestrantes e conteúdo, os quais são predeterminados pela realizadora do evento, diferentemente do que ocorre no âmbito dos cursos fechados.

8. No entanto, a questão referente aos **cursos abertos** será solucionada no NUP nº **00593.000129/2017-41**, sendo imperioso respeitar estritamente o objeto controvertido nestes autos. O entendimento que tem prevalecido quanto aos referidos cursos, na esteira do exposto pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério dos Transportes, é que há três requisitos a serem satisfeitos para que se possa, validamente, contratar **conferencistas** ou efetuar a inscrição em **cursos** para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal por meio de inexigibilidade de licitação: a) singularidade do objeto; b) a pessoa física ou a sociedade empresária serem caracterizadas como notórios especialistas.

9. **Quanto aos cursos fechados**, admitida a contratação por inexigibilidade, não haveria como deixar de observar os requisitos delineados nas alíneas "a" e "b". Segundo Marçal Justen Filho, "*[...] objeto singular não significa a ausência de pluralidade de pessoas em condições de prestar o serviço. [...] o objeto singular se configura quando há relevância especial do interesse a ser satisfeito, uma complexidade excepcional de problemas a serem enfrentados, uma dimensão muito elevada dos riscos ou fatores extraordinários*". Assim, compete às áreas técnicas avaliarem o requisito estabelecido.

10. Quanto à notória especialização, a doutrina tem entendido pela sua essência cumulativa, ou seja, é imperiosa tanto a sua notoriedade quanto a especialização (v.g. Marçal Justen Filho). A especialização tem a ver com a distinção objetiva do sujeito na atividade, enquanto a notoriedade está ligada a própria qualificação do sujeito no âmbito de atuação, de modo a não bastar currículos de professor(es). Nessa linha também consignou aquela Pasta, *in verbis*:

A **especialização** consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade. A **notoriedade**, por sua vez, significa o reconhecimento da qualificação do sujeito por parte da comunidade. 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. Não se exige **notoriedade** no tocante ao público em geral, mas que o conjunto de profissionais de um certo setor reconheça no contratado um sujeito dotado de requisitos de especialização.

11. **Em virtude disso é que se exige a demonstração cabal, nos autos, da especialização dos profissionais que irão ministrar o curso e a notoriedade da sociedade empresária.**

12. **Segundo a CONJUR-MT**, por visar à contratação de cursos fechados (*in company*), na maioria das vezes as minutas de contratação são reprovadas, por não atendimento aos ditames da Orientação Normativa nº 18. Os argumentos que têm sido utilizados passam pela possibilidade de apresentação de projeto básico quanto as suas necessidades, verificação junto ao mercado acerca da existência de outras sociedades empresárias, delimitação do interesse da Administração para evitar adjudicação a quem não detém qualificação e, por fim, homenagem à competição para fins de contratações vantajosas (v.g. tipos técnica e preço ou melhor técnica).

13. **Para o órgão, o fato de a orientação normativa supostamente tratar apenas de cursos abertos teria a ver com a dificuldade de aferição das reais vantagens de preços a serem pagos pela contratação de cursos fechados (in company)**, porquanto são elaborados e desenvolvidos com foco em um público alvo. Nesse cenário, as consultorias jurídicas (e.g. Ministério dos Transportes) têm exigido que a vantajosidade do preço seja comprovada por intermédio da juntada de contratos **efetivamente** firmados, não apenas com base em preços divulgados pelos interessados, o que é salutar.

14. Ademais, a doutrina do Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes[1] chega a sustentar, conforme informado pela CONJUR-MT, que:

[...]

É também inexigível a licitação para a matrícula de servidor em curso de treinamento 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, promovidos por quaisquer instituições, é, em princípio, exigível a licitação**, porque o interesse e conveniência de treinamento pode ser determinado pela Administração, ao contrário do caso anterior, em que a oportunidade

é ditada pelas instituições.

[...]

15. Apesar de o interesse e a conveniência serem passíveis de determinação pela Administração Pública, **o entendimento de que não é possível a contratação de cursos fechados (*in company*) via contratação direta (inexigibilidade) não deve prosperar.** Não há vedação jurídica para tanto, tampouco na Orientação Normativa nº 18. A questão é mais afeta à comprovação de cumprimento dos requisitos para a realização de inexigibilidade, não à existência de suporte jurídico para a contratação, que existe.

16. **É possível a contratação direta dos referidos cursos, desde que os autos do processo administrativo estejam muito bem instruídos no que concerne às circunstâncias específicas que tornam inviável a competição. Em outras palavras, efetivamente demonstrada a ausência de alternativas, de concorrência, a objetividade na seleção do objeto ou a definição objetiva da prestação a ser executada, nas palavras da CONJUR-MT.**

17. **A adoção de critérios objetivos, com clara descrição dos resultados pretendidos, é essencial a esse tipo de contratação, de modo que se comprove documentalmente a busca de outros prestadores que atuam naquele nicho comercial.** Assiste razão às consultorias jurídicas quando exigem **"documentação comprobatória das diligências realizadas, com o nome dos prestadores porventura encontrados, as razões acaso existentes que tenham tornado os produtos eventualmente disponíveis no mercado imprestáveis à satisfação dos objetivos pretendidos pela Administração"**, entre outras medidas.

18. Não é demais rememorar o conteúdo da **ON AGU nº 17/2009**, alterada pela Portaria AGU Nº 572/2011:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 17, DE 1 DE ABRIL DE 2009:

A RAZOABILIDADE DO VALOR DAS CONTRATAÇÕES DECORRENTES DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PODERÁ SER AFERIDA POR MEIO DA **COMPARAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA COM OS PREÇOS PRATICADOS PELA FUTURA CONTRATADA JUNTO A OUTROS ENTES PÚBLICOS E/OU PRIVADOS, OU OUTROS MEIOS IGUALMENTE IDÔNEOS.**

19. Com efeito, deve ser explicitado nos autos o porquê de outros interessados não poderem atender ao objetivo da Administração Pública e às necessidades de treinamento do órgão. Nessa linha, repisa-se o julgado do Tribunal de Contas da União, trazido à baila[2]:

[...] a jurisprudência deste Tribunal tem se consolidado quanto à **necessidade de se demonstrar, nas contratações diretas de serviço técnico profissional especializado, que tal serviço tenha características singulares (incomum, anômalo, não usual), aliada à condição de notória especialização do prestador (que reúna competências que o diferenciem de outros profissionais, a ponto de tornar inviável a competição).**

20. É de suma importância que o órgão demonstre, tal como recomendado pela CONJUR-MT, **"(1) as razões pelas quais propôs que tais cursos, a despeito de fechados e com conteúdo adrede fixado, fossem contratados diretamente, (2) como também a singularidade do treinamento proposto, como condição para a legitimidade da contratação direta proposta"**.

21. O texto da Orientação Normativa AGU nº 18, de 1 de abril de 2009, ao dispor sobre os **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, não proíbe a inexigibilidade quanto a cursos fechados.**

22. **O ponto inclusive foi objeto de manifestação no Parecer nº 03/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, quando a Procuradoria-Geral Federal, acertadamente, consignou que "a Orientação Normativa AGU nº 18/2009 não obsta a contratação direta por inexigibilidade de pessoa jurídica para ministrar curso fechado para Administração Pública, desde que presentes os pressupostos do art. 25, II, §1º, da Lei nº 8.666/93"**.

23. **Um dos argumentos invocados pelo órgão consultivo foi que o ato administrativo que vincula os órgãos de consultoria e assessoramento jurídico da PGF é o disposto na Orientação Normativa, e não sua fundamentação** (arts. 4º, XIII, 11, III, 17, II, e 18 da Lei Complementar nº 73/93), ou seja, a vinculatividade emana do enunciado, ao passo que a fundamentação serve de norte interpretativo quanto à norma subjacente ao texto.

24. **Ao realizar o cotejo entre o enunciado e a fundamentação, ressaí que a finalidade, quando da formulação da orientação normativa, não foi proibir, de forma absoluta, a contratação direta de cursos fechados. É que o enunciado utilizou a lição do Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, presente na fundamentação, de modo que a licitação seria, "em princípio, exigível"** para a contratação de instituições privadas para ministrar cursos fechados, em consonância com o art. 37, XXI, da CRFB de 1988.

25. **Dito de outra forma, apesar de a redação final aparentar restrição por não mencionar literalmente os cursos fechados, não condiz com a orientação doutrinária que serviu de base para a construção do entendimento. O dever de licitar, conforme defendido pelo Professor, seria a regra, mas sem qualquer informação que desse a entender que a inexigibilidade só seria possível para a contratação de cursos abertos.**

26. Além disso, se o **texto da Orientação Normativa AGU nº 18/2009** tivesse refletido integralmente a redação restritiva da **fundamentação**, fulcrada naqueles ensinamentos doutrinários, sequer teria possibilitado a contratação de conferencista para ministrar **curso fechado na**

parte inicial da sua redação. Conforme apontou a PGF,

Isso fica mais evidente quando se compara fundamentação com **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 a redação restritiva da fundamentação, não teria possibilitado contratação de conferencista para ministrar curso fechado.** Não foi isso, contudo, que restou delineado na Orientação Normativa. **Não só mencionou possibilidade de contratação de conferencista para ministrar curso fechado, como não se valeu do advérbio "somente",** tal qual se encontra na fundamentação.

27. Entretanto, consagrou a viabilidade jurídica de contratação de conferencista para ministrar este tipo de curso e não utilizou o advérbio "somente" no **enunciado** que, por sua vez, constou da **fundamentação.** A questão atinente ao uso do advérbio é melhor percebida após a leitura do seguinte trecho:

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.

28. **A compreensão jurídica no sentido de que a Lei nº 8.666/93, ao tratar da inexigibilidade do art. 25, II, não traçou distinções entre a contratação de pessoas físicas e jurídicas, é válida, sendo impróprio deduzir a impossibilidade da contratação - direta - de pessoas jurídicas para ministrar cursos fechados,** se presentes os pressupostos previstos no art. 25, II, §1º, da Lei nº 8.666/93 e dos enunciados da Súmulas do TCU nº 252/2010 e nº 264/2011.

29. Segundo o Prof. Marçal Justen Filho,

(...) 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.**

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

30. Nesse contexto, comprovada a inviabilidade de concorrência, a impossibilidade de comparação e demais requisitos apontados nesta manifestação, há suporte jurídico para a excepcional contratação direta. **A conclusão do DEPCONSU/PGF/AGU não viola a Constituição Federal, tampouco a Lei nº 8.666/93:**

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).

31. Mencione-se, por fim, que no dia 15 de dezembro de 2017 a CONJUR-MT juntou o PARECER n. 00912/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU sobre o caso concreto, caminho que se adéqua à regra de o Departamento analisar as teses controvertidas e não os casos concretos, sob pena de usurpar as competências de determinados órgãos jurídicos. Os argumentos invocados foram no sentido da viabilidade da contratação direta do curso fechado, via inexigibilidade, sem que haja qualquer afronta aos termos da Orientação Normativa nº 18. Ademais, fez referência aos fundamentos do PARECER n. 876/2016/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU, que havia seguido a mesma direção.

III - CONCLUSÕES E ENCAMINHAMENTOS

32. Ante o exposto, conclui-se que:

a) A Orientação Normativa AGU nº 18/2009 não veda a contratação direta por inexigibilidade de pessoas jurídicas para ministrarem cursos fechados para a Administração Pública, desde que presentes os pressupostos do art. 25, II, §1º, da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo de que os autos do processo administrativo estejam fortemente instruídos e, de igual forma, sejam submetidos a fiscalização e controle ainda maiores por parte dos órgãos competentes;

33. Por fim, as unidades consultivas devem ser cientificadas da presente manifestação acerca da Orientação Normativa AGU nº 18/2009.

À consideração superior.

Brasília, 14 de setembro de 2017.

JOAO PAULO CHAIM DA SILVA
ADVOGADO DA UNIÃO

[1] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação. 10. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Pg. 478.

[2] Acórdãos nºs 817/2010, da 1ª Câmara, 250/2002, da 2ª Câmara, 596/2007, 1.299/2008 e 1.602/2010, todos do Plenário, Acórdão nº 1.038/2011, Plenário, Rel. Min. Subst. André Luís Carvalho, DOU de 28.04.2011.

[3] FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Sao Paulo: Dialética, 2009.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00055001523201611 e da chave de acesso 7a8c2ae7