

**Título :** A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA LEI Nº 14.133/2021

**Autor :** Luiz Cláudio de Azevedo Chaves

## **A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA LEI Nº 14.133/2021**

### **LUIZ CLÁUDIO DE AZEVEDO CHAVES**

Administrador e Jurista, pós-graduado em Direito Administrativo. Diretor da Divisão de Planejamento, Orçamento e Cotação do Departamento de Engenharia e Membro do Grupo de Trabalho para implantação da nova lei de licitações e contratos no Tribunal de Justiça/RJ, de onde é servidor de carreira, com mais de 30 anos de experiência. É Professor Convidado da Fundação Getúlio Vargas-FGV/PROJETOS e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro-PUC-RIO, além de diversas instituições de ensino e Escolas de Governo do País, dentre as quais destacam-se: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, Escola de Administração Judiciária – ESAJ/TJRJ, Escola Nacional de Serviços Urbanos – ENSUR/IBAM. Autor, dentre outras, das seguintes obras: Curso Prático de Licitações, os segredos da Lei 8.666/93, Lumen Juris, 2011; Licitação Pública, Compra e Venda governamental Para Leigos, Alta Books, 2016; Gerenciamento de Riscos nas Aquisições e Contratações de Serviços da Administração Pública, ed. JML, 2020; e, A Atividade de Planejamento e Análise de Mercado nas Contratações Governamentais, 2ª. ed. Fórum, 2022. É articulista nos principais periódicos especializados em Licitações e Contratos, destacando-se, dentre eles a Revista do Tribunal de Contas da União-RTCU; Revista dos Municípios-IBAM; Fórum de Contratações e Gestão Pública-FCGP/FÓRUM.

### **RESUMO**

A tão aguardada nova lei geral de licitações e contratos – Lei nº 14.133/2021 – trouxe uma série de inovações em relação à norma de 1993. Boa parte delas, incorporando entendimentos consolidados no âmbito dos julgados do Tribunal de Contas da União. O novel instrumento é mais sofisticado, notadamente, na parte que trata da fase de planejamento da contratação. Porém, como qualquer norma nova, assim que a mesma ingressa no sistema jurídico, passa a alcançar situações casuísticas que sequer passaram no imaginário do legislador. Cabe ao hermenêuta, a partir das técnicas adequadas, investigar o conteúdo e o alcance da norma jurídica a fim de compatibilizá-la com todo o sistema a que pertence. Em trabalho anterior, discorremos sobre a dificuldade prática que os órgãos e entidades da Administração Pública encontram ao contratar ações de capacitação para os servidores do quadro, fundamentalmente pela dificuldade de contratar por via licitatória, bem como o enquadramento da hipótese no conceito de singularidade para aplicar ao instituto da inexigibilidade de licitação. A nova lei não facilitou esse trabalho. Ao contrário, ao retirar essa expressão da redação do inciso III do art. 74, provocou uma celeuma jurídica que conturbou o ambiente científico. Este trabalho buscará trazer luz a esse aspecto das contratações públicas, de modo a dar melhor orientação aos profissionais da área de educação corporativa dos órgãos e entidades da Administração Pública, agora à luz da nova lei geral de licitações e contratos.

1. Introdução. 2 – Porque a licitação pública não é a melhor solução para contratação de serviços de treinamento. 3 – O enquadramento da contratação de serviços de T&D na inexigibilidade de licitação fundada no art. 74, III da Lei nº 14.133/2021. 4 – O problema da supressão da expressão “de natureza singular”. 5. – Roteiro processual a ser seguido na instrução do processo para o correto enquadramento legal da hipótese. 7 – Passo 1: o enquadramento dos serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal como serviço predominantemente intelectual. 8 – Passo 2: a identificação do elemento que torna ilícitável o serviço de treinamento. 9 – Passo 3: a indicação do executor e o reconhecimento da sua notória especialização. 9.1 – Na contratação de treinamento por meio de pessoas jurídicas, quem detém a notória especialização: o professor ou a empresa? 10 – Os cursos no sistema EAD síncronos e assíncronos. 11. – Inscrição de servidor em evento aberto a terceiros. 12 –

## 1 – INTRODUÇÃO

Há muito, órgãos e entidades integrantes da Administração Pública saboreiam o amargo gosto do enfrentamento das normas licitatórias para o fim de proceder à contratação de cursos de graduação, de pós-graduação, palestras, treinamentos específicos, conferencistas e instrutores com vistas ao desenvolvimento dos seus quadros de servidores. Conciliar as normas legais para contratação de serviços (CF, art. 37, XXI e Lei 14.133/2021) e as peculiaridades inerentes a essa espécie de prestação de serviço, definitivamente, não é tarefa fácil. Quanto mais pelo fato de que tais contratações são planejadas e instruídas dentro dos setores de treinamento, normalmente ligados à Gestão de Pessoas, e nas escolas de governo e universidades corporativas. Como, em regra, são tocados por profissionais não afetos à ciência jurídica, o encargo de aplicar corretamente as normas licitatórias se mostra um fardo difícil de carregar.

A primeira dificuldade surge logo no momento em que se verifica a forma de escolha do profissional ou empresa. Como o *dever de licitar* é imperativo e fazê-lo pelo critério de menor preço é regra geral, o problema advém da imensa dificuldade (adiante veremos que na maioria dos casos haverá impossibilidade) de se estabelecer critérios de aferição idôneos e objetivos que apontem com segurança a proposta efetivamente mais vantajosa, o que eleva sobremaneira o risco de insucesso na contratação. A experiência tem demonstrado que contratos dessa natureza, quando licitados, não raro, anotam má prestação de serviço e não atendimento aos objetivos traçados.

Por lado outro, os contratos celebrados com fundamento nas exceções ao dever de licitar (dispensa e inexigibilidade de licitação) geram enorme desconfiança quando submetidos ao controle interno e externo de legalidade. É que os procedimentos de contratação sem licitação costumam fornecer aos órgãos de controle rica fonte de irregularidades e falhas processuais. Isso acarreta maior rigor na investigação por parte desses órgãos. Esse rigor provoca certo melindre; uma espécie de “receio permanente” nos setores responsáveis em instruir os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, que acabam sendo também mais rigorosos do que o necessário, vendo embaraços onde eles não existem.

Outro fator que acaba soando negativo é a existência de sortida variedade de profissionais e empresas para o segmento de ensino e capacitação corporativa. Provocado pelo “receio geral” acima referido, o fato de haver, no mercado, grande variação de soluções para uma mesma demanda de treinamento, torna nebuloso o correto entendimento sobre questões como *singularidade* (será que ainda é aplicável?) e *notória especialização*. Assim, uma característica do segmento que deveria ser considerado salutar e proveitoso, no atual cenário, termina por dificultar a instrução dos processos.

A falta de orientação adequada aos servidores envolvidos no processo de contratação, que, como já dito, costumam não possuir conhecimentos mais aprofundados a respeito das normas que regem as contratações governamentais, como também, o distanciamento entre os setores responsáveis pelas contratações e os órgãos de assessoramento, aumenta ainda mais o abismo existente na maioria dos órgãos e entidades públicas entre os setores de capacitação de pessoal e aqueles ligados diretamente às contratações (setores responsáveis pela elaboração de editais e redação de contratos, assessorias e procuradorias jurídicas e controle interno). O ruído no canal de comunicação entre esses segmentos trava a marcha processual, adiando a providência, além de criar um ambiente organizacional desfavorável à solução dos impasses surgidos no curso de sua instrução. Não é incomum o processo ser desenvolvido nos departamentos de capacitação (o que consome precioso tempo) e ao chegar às mãos da Assessoria Jurídica ou Controle Interno ser contraindicada ou mesmo indeferida a contratação, retornando o processo para reiniciar a instrução sob novas bases.

## 2 – PORQUE A LICITAÇÃO PÚBLICA NÃO É A MELHOR SOLUÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TREINAMENTO

É indene de dúvidas de que cada órgão ou entidade pertencente ao Poder Público precisa dotar-se de meios que lhes permita cumprir sua missão institucional, o que passa por promover ações de capacitação interna em caráter continuado, criando programas de qualificação profissional entre outras medidas. Para isso, por óbvio, deve se servir da gama de serviços da área de ensino que o mercado

oferece. Todavia, não será suficiente apenas planejar de forma coerente as ações de capacitação. Será igualmente importante selecionar o prestador de serviços que atenda aos anseios da Administração.

Conforme visto no tópico introdutório, na Administração Pública, essa não é uma tarefa das mais fáceis, pois ao contrário dos particulares, o Administrador Público não possui a mesma liberdade de escolha quando necessita realizar compras, contratar serviços e obras ou alienar bens, dado que obrigado a cumprir o rito previsto na lei e submeter a oportunidade de negócio a procedimento licitatório prévio. Deixar de realizar a licitação somente será possível nos casos em que a lei prevê tal possibilidade, como nos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação. No primeiro grupo, temos as situações para as quais a norma entende viável a realização da licitação, mas permite seja ela afastada, como nos casos de despesas de menor valor, nas situações emergenciais ou calamitosas. Também pode ser dispensada quando se contratada com outro órgão pertencente à Administração Pública ou entidades sem fins lucrativos para certos objetos, voltados a pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional.

Ao contrário das situações de dispensa, em que é possível desenvolver o procedimento licitatório, há casos nos quais, mesmo que se pretendesse realizá-lo, este seria inviável. Essas situações são caracterizadas pela norma licitatória como licitação inexigível. A inexigibilidade de licitação se configura num cenário em que a competição se revela impossível de ser realizada, sendo esta sua marca nodal.

A inviabilidade de licitação pode decorrer fundamentalmente de três específicas situações. Pode ser por uma questão de ordem fática, como é o caso das contratações com fornecedores ou prestadores de serviço exclusivos. Aqui, a despeito de o objeto, em tese, poder comportar licitação, só há um fornecedor autorizado a comercializar o produto. Nesse caso, a licitação é inviável porque não existe pluralidade de contendores.

A segunda é quando é impossível a comparação objetiva entre as possíveis propostas. Em razão da natureza do objeto, fica inviável a formulação de critérios objetivos para o fim de comparação entre as propostas. São os casos de contratação de certos tipos de serviços intelectuais e da contratação de profissionais do setor artístico.

É verdade que muitas vezes, o objeto é determinado em razão de sua finalidade ou da natureza do negócio <sup>1</sup>, e, nesse compasso, um objeto, em princípio, licitável, pode assumir características que venham a inviabilizar a licitação. A construção de um museu, por exemplo, que em princípio não guarda peculiaridade alguma, podendo ter seu projeto licitado normalmente, poderá ganhar contornos especiais se o Município que pretende construí-lo tiver por escopo torná-lo capaz de dar visibilidade e prestígio internacional ou que ele se transforme no novo símbolo da cidade, de forma a incrementar o turismo na cidade. Essa finalidade impõe uma característica que torna o projeto especial, atribuindo-lhe uma marca própria. Assim, a natureza do negócio tornou o objeto — projeto arquitetônico para construção de um museu — peculiar e, conseqüentemente, ilicitável por impossibilidade de comparação objetiva de propostas. A inviabilidade, portanto, é própria do objeto; em qualquer caso nasce com o objeto a ser contratado. Essa é a lapidar lição de Celso Antônio Bandeira de Mello <sup>2</sup>, *in verbis*:

“São licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial, entre ofertantes... Só se licita bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais. Cumpre que sejam confrontáveis as características do que se pretende e que quaisquer dos objetos em certame possam atender ao que a Administração almeja”.

A terceira é quando a licitação é impertinente para o atendimento ao interesse público. São os casos em que a Administração necessita selecionar não uma só proposta; mas o máximo delas que for possível para atender a sua necessidade.

Para esses casos, se utiliza o Credenciamento, instituto que não se encontrava previsto na Lei nº 8.666/1993, mas era amplamente reconhecida pela doutrina e pelos Tribunais de Contas. Atualmente, encontra previsão no art. 79 da Lei nº 14.133/2021.

No credenciamento, a Administração fixa critérios de qualificação jurídica e técnica, além das

obrigações fiscais atinentes às contratações públicas e oferece o objeto a todos aqueles que se interessarem e atenderem a tais critérios. Uma característica importante do Credenciamento é que, nele, não há disputa entre os interessados, pois não são eles que apresentarão ofertas, mas apenas aceitarão o valor que a própria Administração se propõe a pagar. Além disso, todos os credenciados serão alvo de contratação futura.

Um bom exemplo de contratação por Credenciamento é o SUS. O Ministério da Saúde precisa atender a um grande número de usuários do sistema de saúde pública, mas não dispõe de meios próprios suficientes para tal fim. Necessita contratar clínicas, consultórios e hospitais particulares para esse atendimento. Se realizasse uma licitação, acabaria contratando apenas um (ainda que por região), o que seria insuficiente para atender à sua grande demanda. Para atender a essa necessidade, o Ministério da Saúde oferece uma lista de serviços médicos; fixa o preço que se propõe a pagar por cada um desses serviços (que é a tabela do SUS) e qualifica todos os que tiverem interesse e aceitarem o preço proposto. Toda vez que o órgão necessitar de um serviço de um dos credenciados, sua contratação se dará sem licitação, capitulada no art. 74, *caput*.

Considerando, pois, que a inviabilidade de licitação decorre das características do próprio objeto ou do negócio (o que dá no mesmo), seu reconhecimento não será fruto de decisão discricionária do agente competente, como ocorre nos casos de dispensa de licitação. O senso de oportunidade e conveniência da autoridade incidirá apenas na decisão de celebrar ou não o contrato. Caso decida pela contratação, outra alternativa não lhe restará senão *reconhecer* ser impossível submeter a oportunidade de contratação à competição.

Difícilmente a licitação será a solução para a contratação de serviços de treinamento e desenvolvimento de pessoas. Ao contrário da maioria dos serviços, um treinamento contratado é quase impossível de receber correção de desvios durante sua execução. Em geral, os problemas de execução acarretam prejuízos de difícil reparação. Imaginemos que uma escola de governo contratou um docente para ministrar um curso avançado sobre determinada área temática para um público-alvo de servidores do quadro já experimentados no assunto. Se no início da aula for verificado que a sala não se acha em condições adequadas de habitabilidade, por falha da prestadora de serviços de limpeza e higiene, o fiscal do contrato de limpeza poderá resolver facilmente o problema, convocando o encarregado da contratada, exigindo a limpeza do ambiente. O prejuízo a ser suportado se limitará a um pequeno atraso no início da aula. Mas, se o docente inicia a sua aula e, passadas algumas horas, o público-alvo verifica que lhe falta conteúdo e que o treinamento está muito aquém das expectativas, o prejuízo será irreparável. Assim, o contrato de treinamento dispõe de pouca ou nenhuma margem de correção de desvios de execução, o que atrai um risco de dano insuportável para a Administração.

De outro turno, a contratação por via licitatória envolve o afastamento da liberdade de escolha do profissional ou empresa. Aquele que se apresentar e cumprir as condições de habilitação e apresentar o menor preço será obrigatoriamente o contratado. Em um contrato de serviço de treinamento *in company*, com a infraestrutura didático-pedagógica a cargo do contratante, o valor a ser pago ao docente desponta como principal componente de custo. Principalmente se o docente for residente na cidade onde o curso vai se realizar ou se for *on line*. Ora, para flexibilizar seu preço a fim de sagrar-se vencedora da licitação, a empresa terá de reduzir seus custos e o fará a partir da mão de obra. Com isso, uma vez vencedora do certame, a empresa irá buscar um profissional que caiba no seu (apertado) orçamento. Fatalmente, contratará um docente menos qualificado e experimentado (porquanto de custo mais baixo), o que eleva sobremaneira o risco de não se alcançar os objetivos pretendidos pela Administração.

Por tais motivos, em regra, a licitação não se revela a solução adequada para a contratação desse peculiar objeto, devendo ser feito, por regra, por inexigibilidade de licitação como se verá adiante.

### **3 – O ENQUADRAMENTO DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE T&D NA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FUNDADA NO ART. 74, III DA LEI Nº 14.133/2021**

O dilema da contratação de cursos, professores e conferencistas no âmbito da Administração Pública foi muito bem enfrentado pelo Tribunal de Contas da União, na paradigmática Decisão Plenária nº 439/1998, cuja relatoria coube ao Min. Adhemar Paladini Ghisi, a qual se tornou um divisor de águas na matéria. Naquela assentada, o Pleno, por unanimidade, fixou o seguinte entendimento:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 1. considerar que as contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal, bem como a inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros, enquadram-se na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei nº 8.666/93; 2. retirar o sigilo dos autos e ordenar sua publicação em Ata; e 3. arquivar o presente processo.

Com o fito de estabelecer uma linha de raciocínio às conclusões que chegaremos mais adiante, cumpre esclarecer, em apertada síntese, como a Corte Federal de Contas chegou à solução retratada naquele *decisum*.

A Secretaria Geral de Controle Externo do TCU, SEGECEX, unidade técnica que, em parceria com o Instituto Serzedelo Corrêa, presidiu a instrução do processo, concluiu que seria desnecessário firmar entendimento quanto à inexigibilidade de licitação para inscrição de servidores em cursos abertos a terceiros. Entendeu a referida unidade técnica que “os cursos abertos para os quais não cabe licitação são aqueles inusitados, quer por não haver previsão de sua repetição, quer pela indiscutível notoriedade do instrutor, ou ainda aqueles oferecidos por uma única empresa.” Em relação à contratação de professores conferencistas ou instrutores, entendeu cabível o enquadramento na inexigibilidade de licitação desde que se tratasse de “cursos desenvolvidos especificamente ou adaptados ao atendimento das necessidades do contratante e/ou voltados para as peculiaridades dos prováveis treinandos.” Por fim, em relação aos cursos regularmente oferecidos por mais de uma empresa, não haveria que se falar em inexigibilidade, pois, em seu olhar, nesses casos, não haveria singularidade no objeto e, portanto, a competição seria perfeitamente possível.

Em resumo, a instrução entendeu que a inexigibilidade de licitação para contratação de ações de capacitação corporativa não se daria em todos os casos, mas apenas em certas situações específicas.

Discordando da instrução, o Relator apontou que o ponto central seria a forma do alcance dos resultados pretendidos. Pois, não sendo possível dissociar o treinamento do docente responsável, não seria possível compara objetivamente os eventuais diversos executores. Isto porque cada profissional apresenta o mesmo conteúdo de forma personalíssima, com didática própria, e, nisso, residiria o elemento da singularidade.

O voto do Relator se encaminhou em sentido mais abrangente. Concordou com a unidade técnica que a intervenção pessoal do docente, como principal propulsor do aprendizado é o elemento que caracterizaria a singularidade do serviço, mas ponderou que, mesmo nos casos em que o treinamento não fosse customizado especialmente para o órgão contratante, o objeto permaneceria ilícito, assim se manifestando, *verbis*:

Mas, mesmo nesses casos, entendo defensável a contratação direta, alicerçado nos mesmos argumentos expendidos até aqui, **pois a condução do treinamento continua sendo personalíssima e a experiência do instrutor contratado faz diferença quanto aos resultados alcançados.** (GN)

Tal solução se baseou em estudo empreendido pelo Instituto Serzedelo Corrêa/UNB que concluiu que, na realidade brasileira, mesmo nos cursos que já atingiram certa padronização, a atuação do instrutor ainda faz diferença, afetando os bons resultados almejados no treinamento.

Em verdade, o que restou assentado foi o entendimento no sentido de que, na contratação de cursos, a regra é a inexigibilidade e a licitação, a exceção. Isto porque, deve ser reconhecido que (em via de exceção) há cursos cuja metodologia didático-pedagógica torna a intervenção do instrutor menos determinante na obtenção dos resultados almejados. Daí porque já nos manifestamos <sup>3</sup> no sentido de que não se deva generalizar da forma como decidido pelo Egrégio Pretório Federal de Contas. Todo o processo de contratação de cursos deve exigir da autoridade competente seu correto enquadramento legal, com demonstração da presença inequívoca de todos os requisitos legais; a) explicitação da característica singular do serviço; demonstração de notória especialização do escolhido; e, c) e justificativa de preços. A generalização reconhecida na Decisão 439/1998, que considera presumidamente singulares todos os cursos, poderia conduzir ao enfraquecimento da instrução do processo na medida em que tornaria quase desnecessária a caracterização do serviço como sendo singular, como dispunha a norma legal em que se baseou tal decisão. <sup>4</sup>

Não por outro motivo, interpretando os dispositivos indicados da decisão acima <sup>5</sup>, o Tribunal de Contas da União sumulou os requisitos processuais que devem estar consignados nos autos para fins do correto enquadramento do caso concreto à hipótese fática, senão vejamos:

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o art. 25, inciso II, da Lei 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. (TCU, Súmula 252)

Frise-se que que apesar de ter sido proferida há mais de 20 anos, a Decisão 439/1998 ainda continua balizando as decisões da Corte Federal de Contas, como se vê, apenas a título de ilustração, os seguintes precedentes: Acórdão 654/2004 - Segunda Câmara Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha; Acórdão 1886/2007 - Segunda Câmara Rel. Min. Marcos Bemquerer; Acórdão 1247/2008 - Plenário Rel. Min. Marcos Bemquerer; Acórdão 1762/2011 - Segunda Câmara Rel. Min. Augusto Sherman.

Assim sedimentado, estabeleceu-se uma diretriz no sentido de que tais contratações seriam, sempre, incompatíveis com o cotejo entre várias possíveis propostas. Apesar de sua objetividade, a referida decisão não chegou a pacificar a rotina dos setores envolvidos nas contratações de serviços relacionados à educação corporativa. Muitos órgãos e entidades, a maioria, diga-se, continuaram a penar na instrução dos seus processos, buscando o enquadramento do caso concreto à hipótese legal prevista no art. 25, II da Lei nº 8.666/1993. Permaneceram vivos três grandes desafios para o enfrentamento do aplicador, a saber: (i) identificar se e porque o curso a ser contratado deve ser considerado singular; (ii) como justificar a notória especialização do escolhido; e, (iii) finalmente e não menos tortuoso, como justificar o preço proposto pelo escolhido.

Sem dúvida, sempre foi um grande desafio hermenêutico encontrar o verdadeiro significado e alcance da expressão *natureza singular*. Alguns autores simplesmente abominam essa expressão pela sua larga margem de subjetividade. Não os critico. De fato, apontar o que faz um serviço ser reconhecido como singular levou inúmeros pareceristas a confundir essa expressão com outras cuja literalidade apresentava algum grau de aproximação, muitas vezes deixando de reconhecer a inviabilidade de competição pelo fato de existir muitos profissionais e empresas aptos a prestar o serviço pretendido. Quantas e quantas vezes os setores administrativos ouviram de suas Assessorias Jurídicas argumentos tais como “se tem muitos que executam, então tem que licitar”. Assim, era frequente (talvez ainda o seja) a interpretação do termo *singularidade* como algo raro, único ou inédito. E mais. Sempre associado à uma equivocada percepção no sentido de que o serviço singular, necessariamente, seria algo de elevada complexidade.

Ora, não é a quantidade de oferta de profissionais que indica a presença desse elemento no serviço. Tampouco a novidade do objeto no segmento a que pertence. Menos ainda que seja altamente complexo. Se assim o fosse, como explicar, e.g., a primeira licitação para fabricação e aquisição das urnas eletrônicas em 1996, uma vez que o objeto era inédito? Ou, como explicar a realização de licitação por pregão eletrônico para contratação de serviços complexos na área de TIC? Se o fato de o objeto ser inédito ou altamente complexo fosse o direcionador da inviabilidade de competição, esses objetos não teriam sido licitados. Justamente em função dessa falsa percepção sobre a *singularidade* e a existência de vários possíveis executores, o Tribunal de Contas da União <sup>6</sup> bem definiu o campo de interpretação do conceito de *singularidade*:

Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, inedítismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento.

Em trabalho anteriormente publicado <sup>7</sup>, defendemos a solução no sentido de que *singular* seria o objeto cujo resultado da execução (e não a execução em si) é imprevisível, isto é, o contratante não consegue imaginar o que receberá do contratado e somente conhecerá o objeto ao tê-lo em mãos. E quando assim o é, a escolha se torna necessariamente subjetiva. Já o objeto cujo resultado da execução é previsível, permite comparação objetiva entre as várias propostas apresentadas, porquanto os critérios de comparação são objetivos. Vale relembrar o exemplo oferecido:

Imagine que um órgão pretenda contratar um projeto arquitetônico (art. 13, I da Lei nº 8.666/1993), definindo as características que a edificação deverá apresentar, tais como: espaço para biblioteca que acomode 60.000 exemplares; um departamento de saúde com capacidade para atendimento ambulatorial para 10 pacientes simultâneos; vaga coberta para no mínimo 200 automóveis; que edificação possua sistema de captação de energia solar para conversão em energia elétrica. O resultado que será apresentado já é sabido mesmo antes de iniciada a execução (que é a elaboração do projeto). Ou seja, o contratante antes mesmo de receber os projetos dos profissionais, já sabe o que lhe será entregue, pois cada projeto contará com aquelas características solicitadas e, ainda que se diferenciem aqui e ali (tipo de fachada, materiais de acabamento etc.), tais distinções não importariam em critério de avaliação. Logo o resultado é perfeitamente previsível, e, portanto, licitável. E se é previsível, a comparação entre os vários projetos a serem apresentados se dará de forma totalmente objetiva. Se um executor não contemplar o departamento de saúde, o projeto não será aceito; se não contemplar as vagas cobertas para a quantidade mínima de automóveis, também não será aceito. Todos que apresentarem os projetos contemplando as características exigidas seriam aprovados. E, nesse caso, a escolha poderia se dar pelo preço.

Mas, se o contratante solicitasse o mesmo projeto, porém, além daquelas características, exigisse que suas linhas arquitetônicas fossem capazes de transformar a edificação em um símbolo de modernidade a ponto de se tornar uma marca que tornará a cidade reconhecida internacionalmente, impregnando a memória afetiva das pessoas. Se a principal intenção fosse essa, os vários possíveis executores apresentariam seus respectivos projetos cada qual com a sua particular leitura dessa exigência, e o contratante não teria como conhecer antecipadamente o resultado. No serviço singular o resultado da execução é imprevisível, ou seja, o contratante faz o pedido, mas não tem ideia do produto que lhe será entregue.

No primeiro caso, as linhas arquitetônicas eram desimportantes; neste, constituem o elemento primordial. No primeiro caso, a comparação entre os vários resultados é objetiva; no segundo, a comparação, isto é, a verificação do atendimento da característica principal (linhas arquitetônicas que se tornem uma marca de modernidade para a cidade) é de ordem subjetiva, sendo igualmente subjetiva a comparação entre os vários projetos executados, pois todos, sem exceção, segundo a leitura de seus respectivos autores, "atenderiam" ao requisito.

A proposta de solução encontra perfeita guarida na definição suso citada da Corte de Contas Federal em que entendeu que a contratação alicerçada no art. 25, II da Lei nº 8.666/1993 é decorrente da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de comparação.

A nova lei de licitações e contratos recepcionou a previsão contida na norma primitiva no sentido da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços de treinamento e desenvolvimento de pessoal, com a seguinte capitulação:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

[...]

**f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal (GN)**

Ainda ao tempo da norma anterior, vislumbrávamos um aspecto que, mal interpretado, limitaria a extensão da aplicação daquele dispositivo, no que se refere ao significado da expressão *treinamento e aperfeiçoamento de pessoal* utilizada pela norma geral primitiva, defeito esse reprisado na nova lei. Como dito alhures, tal expressão é imprecisa se considerado o segmento de Gestão de Pessoas. A terminologia hoje existente é variada para significar as mesmas espécies de serviços, só sendo útil mesmo para o campo da Ciência da Administração. Segundo Chiavenato<sup>8</sup>, utiliza-se a expressão treinamento, quando se quer indicar uma ação educacional que visa a um resultado rápido, aplicado de forma sistemática, com o objetivo de repassar ou atualizar conhecimentos, habilidades ou atitudes relacionados diretamente à execução de tarefas ou à sua otimização no trabalho; desenvolvimento, quando a ação está associada à ideia de resultados de médio prazo e se propõe a um crescimento cognitivo, emocional e pessoal; e, capacitação, para referir-se à ação educacional, tanto para

treinamento como para desenvolvimento. Todas elas são ações que visam desenvolvimento, aperfeiçoamento ou manutenção de competências. O termo aperfeiçoamento é o menos preciso. Na verdade, falar em “aperfeiçoar” significa dizer, no sentido mais puro, que o indivíduo está a caminho da perfeição, o que é uma utopia, pois não é possível alguém pretender chegar à perfeição. O correto seria a norma empregar a expressão *treinamento e desenvolvimento* de pessoal.

A exemplo da interpretação aplicada ao art. 13, VI da lei primitiva, a alínea *f* do art. 74, III da nova lei deve ser interpretada extensivamente, estendendo-se seu alcance a todas as ações de educação, em todos os níveis. Assim, qualquer que seja o nome que se dê para o serviço (treinamento, aperfeiçoamento, desenvolvimento, capacitação, ensino) o mesmo estará alcançado pelo dispositivo em tela. Estão incluídos nesse contexto a contratação de professores, instrutores e conferencistas quando chamados por via direta (pessoa física); contratação de cursos de extensão (curta ou longa duração), de graduação ou de pós-graduação na forma *in company*; cursos de índole comportamental, como *coaching* ou EMPRETEC; inscrição em cursos de extensão, de graduação ou de pós-graduação abertos a terceiros na forma presencial ou no sistema EAD síncronos ou assíncronos.

Portanto, os serviços de T&D podem ser alvo de contratação direta, por meio da inexigibilidade de licitação, consubstanciada no art. 74, III, *f c/c* § 3º da Nova Lei de Licitações e Contratos. Mas esse enquadramento dependerá da presença dos requisitos normativos exigidos, sem os quais, a contratação deverá se dar por via licitatória. E, nesse aspecto, de plano consigne-se que a nova lei trouxe dois desafios hermenêuticos, quais sejam: a supressão da expressão *de natureza singular* na definição contida no citado inciso; e, duas sutis, mas importantes alterações no conceito de notória especialização. Tais desafios serão enfrentados mais adiante nos tópicos correspondentes.

#### 4 – O PROBLEMA DA SUPRESSÃO DA EXPRESSÃO “DE NATUREZA SINGULAR”

Afirma-se com absoluta certeza que a maior celeuma trazida ao campo das discussões sobre a interpretação do inciso III, do art. 74 da nova lei é o fato de a mesma não ter reproduzido a expressão “*de natureza singular*” contida na norma anterior. Alguns autores se lançaram em afirmar que a intenção do legislador seria justamente abolir uma expressão que impunha sérias dificuldades na utilização do instituto da inexigibilidade de licitação. Para essa corrente, em razão do novel texto, bastaria que se caracterizasse o serviço como predominantemente intelectual e que a escolha recaísse em um notório especialista, que o afastamento da licitação estaria integralmente caracterizado. Discordamos.

O primeiro ponto é que o exegeta não deve se importar com a chamada “intenção do legislador”. Também chamada de “intencionalista” ou “originalista”, ou ainda de teoria subjetiva, tal técnica hermenêutica parte da premissa de que o texto retratado na norma é fruto da vontade do parlamento; ou, o que o conjunto de parlamentares pretendia que fosse tutelado pela norma. Nesse contexto, a norma seria presumidamente perfeita e adequada e sua aplicação deveria seguir aquilo que intencionava o legislador à época de sua produção.

Mas essa teoria sempre encontrou, e com toda razão, forte resistência na doutrina clássica, dentre os quais o mais expoente opositor foi Savigny<sup>9</sup>, que era contra a codificação e acreditava que o Direito era um organismo vivo, pois o povo o coloca em constante modificação. Observava que sua fonte seria fundamentalmente o costume do povo, o que ficou conhecida como Escola Histórica. O mestre Carlos Maximiliano<sup>10</sup> lembra a também clássica lição de Wach e Thiel: “pode a lei ser mais sábia do que o legislador”. Acrescenta ainda o Mestre que:

Deve o intérprete descobrir e revelar o conteúdo de vontade expresso em forma constitucional, e as violações algures manifestadas, ou deixadas no campo intencional; pois que **a lei não é o que o legislador quis, nem o que pretendeu exprimir, e, sim, o que exprimiu de fato.** (GN)

E arremata:

A lei é a vontade transformada em palavras, uma força constante e vivaz, objetivada e independente do seu prolator; procura-se o sentido imanente no texto, e não o que o elaborador teve em mira. [...] Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que o seu autor.

Claro que o legislador, ao apresentar e colocar em discussão uma proposta legislativa, o faz de acordo com as circunstâncias e situações fáticas que estão presentes no momento social, visando tutelar bens jurídicos no presente e no futuro. Mas ao ingressar no ordenamento jurídico, a norma atingirá casuísmos que sequer poderiam passar pelo seu imaginário no momento da sua produção. A própria Lei nº 8.666/1993 é um exemplo ainda vivo dessa constatação (porque vigente até 30/03/2023). Veja-se que em junho de 1993, mês em que tal norma entra em vigor, ingressando no ordenamento jurídico, o meio mais moderno de armazenamento de dados digitais em discos externos de computadores eram os vetustos disquetes (*floppy disk*) de 3 ½, cuja capacidade de armazenamento mal passava de 5 MB. Os discos de memória *flash* (*pen drive*) somente surgiram no início dos anos 2000. Ao serem disponibilizados comercialmente os órgãos e entidades do Poder Público passaram a adquirir os *pen drives* com o mesmo texto de lei que embasa a compra dos disquetes de 3 ½. E hoje, sequer são adquiridos, pois o armazenamento de dados é na nuvem (*cloud*), que o legislador de 1993, nem em seus devaneios mais criativos, poderia imaginar um dia existir. Como bem cunhou Renato Lima <sup>11</sup>, “o legislador não pode prever todas as situações que poderiam ocorrer na vida em sociedade e que seriam similares àquelas por ele já elencadas”.

Por tais motivos, interpretar a lei a partir da investigação da vontade do legislador jamais pode ser considerada a técnica adequada, quanto mais, como meio único de se chegar ao encontro do conteúdo e alcance da norma. A ciência jurídica não é estanque; é dinâmica, como o é a sociedade. As variações casuísticas e os aspectos da vida em sociedade se alteram diariamente, o que torna impossível (e até mesmo indesejável) que as leis que regulam as relações humanas sejam adaptadas em tempo real para acompanhar tais mudanças. O surgimento de novas tecnologias faz surgir relações jurídicas antes inexistentes e, com elas, conflitos novos a serem enfrentados pelo mesmo ordenamento jurídico. O desafio do intérprete é justamente encontrar, na norma posta, a solução para os casos antigos e os novos, como bem discorreu Maximiliano:

Incumbe, portanto à Hermenêutica, precisamente buscar os meios de aplicar a regra abstrata objetiva e rígida à riqueza, à infinita variedade dos casos da vida real, à multiplicidade das relações humanas.

Dito isto, respeitando aqueles que pensam de forma diversa, não se considera razoável concluir que a supressão da expressão *de natureza singular* no texto do art. 74, III da Lei nº 14.133/2021 significaria uma afirmação de que os serviços elencados nas suas alíneas <sup>12</sup> se tornaram presumidamente ilícitos, bastando que fosse indicado um notório especialista para albergar o afastamento do *dever geral de licitar* (CRFB, art. 37, XXI), apenas por ter sido esta a *intenção do legislador* (nem duvido que realmente o fosse). Mais uma vez, citando Carlos Maximiliano:

O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma em seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos.

[...]

Sempre se presume que se não quis substituir, de todo, a norma em vigor; a revogação da lei deve ficar bem clara. Verifica-se atentamente se o parlamento pretendeu reformar o Direito vigente, que circunstâncias o levaram a isto; até onde foi o propósito inovador [...] **Pelo que se eliminou e pelo que deixou subsistir, conclui-se o seu propósito**, orienta-se o hermeneuta. Disposições antigas, restabelecidas, consolidadas ou simplesmente aproveitadas em novo texto, conservam a exegese do original. **Pouco importam se não reproduzem as palavras**; basta que fique a essência, o conteúdo, substancialmente se haja mantido o pensamento primitivo.<sup>13</sup> (GN)

É a interpretação sistemática que deve orientar o exegeta para a investigação do conteúdo e verdadeiro alcance do dispositivo em tela. Na interpretação sistemática, se estuda o dispositivo colocando-o em paralelo com o sistema jurídico a que pertence. Parte-se da norma geral para a especial, interpretando-se as exceções de forma restritiva. Nesse cenário, a Constituição da República é o ponto cardeal a orientar o intérprete e o aplicador. Já se viu que o art. 37, XXI da CRFB impõe a regra geral de submeter a celebração de contratos com o Poder Público a realização de prévia licitação. Esta é a regra geral. As exceções a esse dever devem ser interpretadas de forma restritiva, a fim de que não haja subversão do comando constitucional.

Deve se presumir que a norma que regulamenta um dispositivo constitucional está em total sintonia com o sistema. Assim, a Lei nº 14.133/2021, do mesmo modo que a Lei nº 8.666/1993, constitui mecanismo de proteção do preceito constitucional que regulamenta. Também se presume que os dispositivos de uma lei estão em um encadeamento lógico. O artigo é o fundamento jurídico principal, sendo o *caput* o seu enunciado. A cabeça do artigo é o preceito primordial; os parágrafos são o desdobramento de um artigo, podendo ser uma condição, exceção ou esclarecimento. Os incisos também são desdobramentos do enunciado no artigo, mas em um nível inferior, o mesmo ocorrendo com as alíneas em relação aos incisos.

Do acima exposto, decorre que é o *caput* de um artigo que submete os parágrafos, incisos e alíneas; não o contrário. Daí porque, a interpretação do teor de um inciso não pode ser isolada do artigo a que serve como complemento, tampouco tratado como norma autônoma; menos ainda, a ela contraditória. Logo, o *caput* do art. 74 é o ponto de partida para a interpretação de seus incisos e cuja linha de raciocínio deve se balizar pelo preceito constitucional que a Lei regula.

A regra constitucional é a de licitar. O afastamento pela inexigibilidade é exceção, a ser interpretada restritivamente. O *caput* do art. 74 é cristalino no sentido de que somente será inexigível a licitação quando inviável a competição. Portanto, os serviços listados nas alíneas do inciso III do referido artigo somente serão contratados sem licitação por este fundamento quando demonstrada a inviabilidade de competição.

Por consectário lógico, a conclusão deve se inclinar no sentido de que a supressão da expressão “de natureza singular” não teve o condão de causar uma presunção *juris et de jure*<sup>14</sup>, de que aqueles serviços seriam presumidamente impossíveis de se licitar, mas apenas e tão somente desprender o aplicador da caracterização da inviabilidade de licitação a partir de um elemento único e de difícil compreensão e identificação: a **singularidade**. Aliás, ainda com apoio na interpretação sistemática, esse mesmo movimento pode ser notado quanto às novas disposições para comprovação de exclusividade, que, no regime da Lei nº 8.666/1993 só admitia prova por meio de atestados de exclusividades emitidas por certas entidades e, com o texto do § 1º do art. 74, que admite até “outro documento idôneo” sem o especificar, ampliou-se a possibilidade de comprovar a comercialização de bem ou serviço em caráter exclusivo, mantendo o dever de ao agente de fazer prova da exclusividade.

Ao se admitir que a supressão da vetusta expressão indicaria uma presunção de inviabilidade de competição, bastaria que a Administração indicasse um indivíduo (ou empresa), como notório especialista<sup>15</sup> para a prestação de um serviço predominantemente intelectual (lembrando que o rol desses serviços é meramente exemplificativo) que a regra geral da Constituição fosse afastada, o que é inadmissível. Analisando a presente norma, Luciano Ferraz<sup>16</sup>, com seu reconhecido talento anota que:

O raciocínio pretendeu, por fim, expor que o fato de o legislador da Lei 14.133/21 não ter reproduzido a expressão “serviço de caráter singular” no artigo 74, III, teve objetivos claros, e que não teve o condão de transformar a hipótese de contratação direta numa grande festa discricionária, em ordem a possibilitar que qualquer contratação pudesse se realizar só porque o contratado era detentor de predicados diferenciados de especialidade.

O Tribunal de Contas da União já se manifestou nesse mesmo sentido em relação a outras normas licitatórias que evitaram o uso do termo *singularidade*. Cite-se o caso do Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema S. No caso da Resolução SESC nº 1.012/2001<sup>17</sup>, proferiu a seguinte decisão:

[...] 5.2 ao Serviço social do Comércio – Conselho Nacional, para que adote providências a fim de alterar o art. 10, inciso II, da Resolução SESC no. 1.012/2001, a fim de incluir no Regulamento de Licitações e de Contratos do Sistema SESC a expressão ‘serviços técnicos de natureza singular’, a fim de evitar, portanto, a utilização da notória especialização, com caráter essencialmente subjetivo.” (TCU, Ac. 551/2003, Segunda Câmara.)

Mais recentemente vimos a entrada em vigor da Lei nº 13.303/2016, a chamada Lei das Estatais, que passou a regular as contratações realizadas pelas Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, em cujo artigo destinado à inexigibilidade de licitação tem redação praticamente idêntica à da nova lei geral, não tendo também recepcionado a expressão “de natureza singular”. O TCU igualmente

entendeu que tal supressão não elidiu o dever do agente em instruir o processo demonstrando a natureza singular do objeto, *verbis*:

A contratação direta de escritório de advocacia por empresa estatal encontra amparo no art. 30, inciso II, alínea “e”, da Lei 13.303/2016, desde que presentes os requisitos concernentes à especialidade e à singularidade do serviço, aliados à notória especialização do contratado. (TCU, Acórdão nº nº 2.761/2020, Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Julg. 14.10.2020.

A ilustrada jurista, Gabriela Pércio <sup>18</sup>, a quem rendo minhas homenagens, com seu arguto olhar, partilha do mesmo entendimento. A nobre e talentosa jurista entende que:

Seguindo a mesma linha já adotada pela Lei nº 13.303/16, chamada Lei das Estatais, a Lei nº 14.133/2021 não traz como requisito explícito a singularidade do serviço a ser contratado com fundamento no inciso III do art. 74. Contudo, conforme entendemos, ele permanece, de forma implícita. Com efeito, parece óbvio que a contratação direta de um profissional ou empresa notoriamente especializada para execução de serviço ordinário ou que não exija, por suas peculiaridades, a expertise própria de um especialista, nos termos do §3º do art. 74, não se justifica. Aparentemente, não há razões para entendimento diverso no caso da Lei nº 14.133/2021. Desse modo, o que a nova Lei fez foi eliminar as dificuldades relacionadas à caracterização da singularidade do serviço, conceito cuja delimitação se demonstrou difícil na vigência da Lei nº 8.666/1993, deixando ao encargo da Administração estabelecer, suficientemente, a relação entre suas peculiaridades e a necessidade da notória especialização para garantir uma execução satisfatória.

De fato, e como já nos referimos neste trabalho, o termo **singularidade** sempre foi um enorme e penoso desafio para os aplicadores, dada a sua imprecisão e subjetividade. Nada obstante, sua eliminação do ordenamento jurídico não afastou o dever de a Administração demonstrar, no caso concreto, a inviabilidade de competição, mas apenas a desincumbiu de ter de apontar que o serviço seria *singular*.

Corroborando com esse pensamento, Edgar Guimarães <sup>19</sup> anota que:

Ora, se o fato de o objeto consistir em um serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual dentre aqueles descritos nas alíneas do inciso III do art. 74 fosse suficiente para justificar a contratação direta por inexigibilidade de licitação, não faria sentido a Lei nº 14.133/2021 prever que a contratação desses serviços justifica a adoção preferencial do critério de julgamento de técnica e preço. [...] Com base nisso, insistimos, a contratação direta por inexigibilidade de licitação para serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual somente se justifica quando preenchido o pressuposto para o cabimento da inexigibilidade de licitação, qual seja, a inviabilidade de competição.

Nessa ordem de ideias, mesmo não mais constando como requisito expresso para contratação de serviços intelectuais a expressão “de natureza singular”, deve o agente público responsável pela instrução apontar nos autos os motivos pelos quais, naquele caso concreto, é inviável a competição para a contratação daquele serviço.

A demonstração da inviabilidade de competição passa pela indicação de que o serviço, em razão de sua natureza e características intrínsecas, não comporta adoção de critérios objetivos de comparação entre os vários possíveis executores.

## **5 – ROTEIRO PROCESSUAL A SER SEGUIDO NA INSTRUÇÃO DO PROCESSO PARA O CORRETO ENQUADRAMENTO LEGAL DA HIPÓTESE**

Tomando por base o regime da Lei nº 8.666/1993, percebe-se que a referida norma traça um roteiro que serve de referência para a correta adequação do caso concreto à hipótese legal definida em tese. Analisemos, pois o texto anterior, para, após, melhor compreendermos o texto atual. Assim, vejamos:

Art. 25, II – 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

Note-se que, em primeiro lugar, o objeto deve ser um *serviço*. E não será qualquer serviço, mas

um serviço caracterizado como sendo *técnico especializado*, que se enquadre no rol exemplificativo do art. 13 da mesma Lei. Se o objeto for uma obra ou uma aquisição, já sabemos que não será possível declarar inexigível a licitação com base nesse fundamento.

Uma vez caracterizado o objeto, a instrução deverá se dedicar a demonstrar que esse serviço técnico especializado possui algum traço que o faz *singular*. A Lei nº 8.666/1993 considerou que nem todo serviço técnico especializado é singular, portanto, haverá casos em que esse tipo de serviço admitirá cotejamento de propostas por via de certame licitatório.

Por último, o executor a ser escolhido, profissional ou empresa, deverá ser um notório especialista. Não poderá ser indicado qualquer executor, ainda que detentor das qualificações necessárias. O escolhido deverá apresentar atributos que tragam ao contratante a percepção de que se trata da solução mais adequada à plena satisfação dos interesses da Administração.

Não obstante, o erro mais frequentemente encontrado pelo Controle Externo nos processos de contratação por este fundamento é a inversão dessa ordem. Não raro o agente responsável pela instrução aponta que o serviço é técnico especializado; discorre em várias laudas a respeito da proficiência do escolhido, destacando seus feitos, suas publicações, experiências e louros profissionais e, somente após, justifica a *singularidade* do serviço, como se o serviço se tornasse ilícito a partir da presença do notório especialista à frete da execução. Definitivamente, não é isso. Nem antes; nem agora.

O serviço já nasce ou não licitável. São suas características intrínsecas que o tornam impossível de comparação por meio de critérios objetivos entre os possíveis executores. Na verdade, a presença do notório especialista se tornará uma necessidade para o alcance dos objetivos pretendidos. Não se trata de um mero requisito formal com finalidade em si mesmo.

Considerando o teor do art. 74, III da Lei nº 14.133/2021 e o fato de a Súmula nº 252 não ter sido revogada, concluímos que permanece uma boa prática observar esse roteiro, pois, os requisitos processuais da norma anterior foram recepcionados pela nova norma. A supressão da expressão “de natureza singular”, como já exposto acima, não eliminou o requisito, apenas ampliou a caracterização, permitindo identificação de outros elementos que sejam capazes de se demonstrar que o objeto não comporta comparação por meio de critérios objetivos. Olhemos a nova lei:

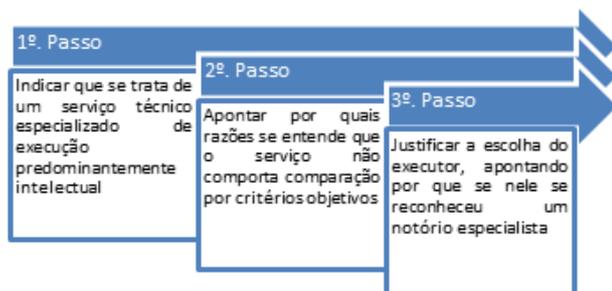
Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

Em resumo, deverá ser demonstrado que o serviço a ser contratado deve ser caracterizado como de natureza predominantemente intelectual. Feito isso, deve-se demonstrar que este serviço não comporta comparação objetiva de propostas. E, por fim, que a escolha do executor recaiu em um profissional ou empresa de notória especialização. Para o fim de assentar melhor o raciocínio, propomos o seguinte mapa mental:

Figura 1



É seguindo essa ordem processual que iremos avançar no tema, cuidando especificamente de cada um desses requisitos.

## 7 – PASSO 1: O ENQUADRAMENTO DOS SERVIÇOS DE TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL COMO SERVIÇO PREDOMINANTEMENTE INTELLECTUAL

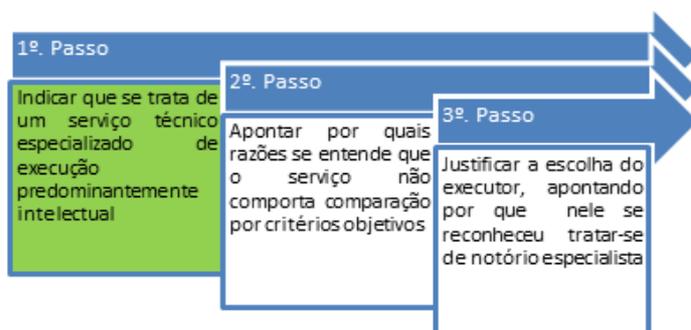
A nova lei de licitações acaba com um problema de imprecisão do conceito de *serviço técnico especializado* que há na lei primitiva. Afinal, todo serviço é técnico; é profissional; e, é especializado. A manutenção em motores a combustão é um serviço, porquanto um fazer humano; é profissional, em razão de ser executado por profissional habilitado e não por amadores; é técnico, na medida em que se exige conhecimento técnico para executá-lo; e, é especializado, pois se exige que tais conhecimentos sejam específicos para aquele tipo de equipamento. A manutenção em motores elétricos exige outro tipo de especialização que o profissional especializado em motores ‘a combustão pode não deter. Logo, a definição constante do art. 13, da Lei nº 8.666/1993 não era capaz de diferenciar os serviços constantes da sua lista de incisos dos demais serviços.

O novo texto inclui uma expressão que já se achava pacificada na doutrina e na jurisprudência no sentido de que “serviços técnicos especializados” são, em verdade, serviços que são executados de forma predominantemente intelectual, ou seja, aqueles serviços em que o elemento humano é preponderante no resultado da execução. Sobre o tema, ainda com arrimo na Lei nº 8.666/1993, assinalaram com a habitual pertinência e precisão Renato Geraldo Mendes e Egon Bockmann <sup>20</sup>, *in verbis*:

Não se deve esquecer que o serviço técnico-profissional não nasce em árvore, não resulta de linha de produção industrial ou de um *software* específico, tampouco existe em estado bruto na natureza. Ele é o resultado da atividade de um ser humano, agindo isoladamente ou em conjunto dentro de uma organização. Sem a presença da figura humana, não é possível falar em serviço técnico-profissional especializado, ou seja, pelo menos nessa fase da evolução da sociedade, é indispensável reconhecer que o serviço técnico-profissional especializado é o resultado do desempenho da atividade intelectual de um ser humano em particular ou de um grupo dele organizado sob a forma de uma entidade, instituição ou pessoa jurídica. Nesse sentido, não há serviço técnico-profissional especializado sem atividade intelectual de natureza humana,

Dentre os serviços elencados nas alíneas do inciso III, do art. 74, acima transcrito, os serviços de treinamento estão expressamente indicados na alínea *f*, não atraindo qualquer dificuldade em caracterizá-lo como um serviço intelectual. Assim, os serviços de treinamento e desenvolvimento de pessoas, nas suas várias modalidades, atendem ao primeiro requisito. Afinal, por mais que se utilize modernos recursos instrucionais para apoio às aulas, é a atuação personalíssima do docente que permite a execução do serviço. Mesmo nos casos em que o treinamento se dá pelo sistema EAD na forma assíncrona, apenas com apostila, exercícios práticos e sem tutoria, mesmo assim, é o elemento humano o preponderante na execução porquanto elaborado por um professor-conteudista.

Diante disso e atendido o primeiro requisito, o próximo passo será determinar se, e em que casos, tais serviços assumem características que tornam a licitação inviável.



## 8 – PASSO 2: A IDENTIFICAÇÃO DO ELEMENTO QUE TORNA ILICITÁVEL O SERVIÇO DE

## TREINAMENTO

Vencido o primeiro requisito, o próximo passo é a demonstração de que o serviço de treinamento a ser contratado não permite a comparação, entre os possíveis executores por meio de critérios objetivos. Uma vez que essa circunstância esteja demonstrada, faltará apenas a escolha do notório especialista.

A despeito de haver opiniões em sentido contrário, entendemos equivocadamente associar que a inviabilidade de competição pode decorrer da notória especialização de seu executor. Para essa corrente doutrinária <sup>21</sup>, a notória especialização envolveria uma singularidade subjetiva e que a tão só presença do notório especialista seria suficiente para se concluir pela inviabilidade de licitação. Todavia, se imaginarmos que a inviabilidade pode decorrer da pessoa do contratado, teríamos que admitir a absurda ideia de que um mesmo objeto seria, a um só tempo, licitável e não licitável, conforme a pessoa que o execute. Ora, o serviço é ou não é passível de comparação objetiva. Um projeto arquitetônico para casas populares, desprovido de qualquer vanguardismo técnico, não pode ser classificado como singular apenas porque sua contratação recaiu no escritório de um renomado arquiteto. O projeto, em si, continuaria usual. Jacoby <sup>22</sup>, de forma bastante didática, salienta que o processo de contratação de obras e serviços inicia-se, necessariamente, pela definição do objeto, o que envolve a elaboração do projeto básico e/ou executivo, e não pela escolha do executor. Acrescenta que “quando os órgãos de controle iniciam a análise pelas características do objeto, percebe-se quão supérfluas foram as características que tornaram tão singular o objeto, a ponto de inviabilizar a competição.”

Já consignamos que o conceito de *singularidade* estava ligado à previsibilidade ou não do resultado da execução. Se o resultado da execução fosse previsível, isto é, já conhecido pelo contratante mesmo antes de recebê-lo, ele seria licitável, porquanto comparável por via de critérios objetivos. Caso o resultado da execução, ou seja, aquilo que efetivamente será entregue ao final dos serviços, não possa ser antecipado, imaginado pelo contratante, significa que a comparação entre os possíveis resultados somente se daria por critérios de ordem subjetiva. É aí que reside a inviabilidade da licitação, pois somente se admite cotejamento de propostas se o mesmo se der por parâmetros objetivos que não dependem de um juízo de valor do agente responsável.

O serviço é ilicitável quando o resultado da execução, isto é, o produto a ser entregue, não é previsível ou é incerto; quando o contratante, apesar de apontar as características do que pretende contratar, não tem como saber qual será o produto que receberá com a conclusão da execução; é o serviço cujo resultado pode variar de executor para executor, ou seja, cada executor entrega coisa diferente do outro.

Quando o objeto é licitável, seu resultado é perfeitamente previsível, ou seja, o contratante sabe exatamente, desde a contratação, o que irá receber das mãos do executor antes mesmo de iniciar-se a execução. E por isso mesmo, tem total possibilidade de identificar objetivamente sua inconsistência ou desconformidade com o que se contratou. Ao mesmo tempo, e justamente porque já sabe qual será o resultado da execução, a comparação entre os vários produtos entregues pelos vários possíveis executores se dá por meio de comparação absolutamente objetiva, permitindo perfeitamente o cotejamento entre as várias possíveis propostas. Cumpre deixar desde já consignado que não se está falando do eventual desconhecimento da variabilidade da forma de execução (metodologia), mas do produto final, que é resultado final da execução.

Esta proposta conceitual permanece útil e perfeitamente encaixada no novo texto legal, uma vez que ao se reconhecer que um determinado objeto era *singular*, em verdade estávamos reconhecendo que a comparação entre as várias possíveis soluções não permitiria se dar por critérios objetivos.

Indo direito ao ponto, para saber se um determinado treinamento é ou não passível de ser submetido à licitação, temos que investigar a previsibilidade do resultado da execução. E, para tanto, temos que identificar, antes, qual o produto que é entregue ao final do treinamento.

Desde já afastamos a equivocada ideia de que em um serviço de treinamento o produto a ser entregue são as aulas ou as exposições. Isto é o *fazer*; é a própria execução do serviço. Assim, como projetar, calcular e desenhar uma planta é a execução do serviço de elaboração de projeto

arquitetônico, a ministração das aulas, a produção do material didático, a condução e correção de oficinas de trabalho, a aplicação das avaliações, constituem a própria execução no serviço de treinamento. Mas não é o produto final. O produto a ser entregue pelo executor, após a realização do conteúdo programático e da carga horária é o aprendizado. Segundo o *síte* Brasil Escola <sup>23</sup>, “o ato de ensinar, em síntese, implica êxito, que nada mais é que a própria aprendizagem.”

Sendo o resultado o aprendizado, se faz mister perquirir se, diante do caso concreto, será possível antecipar qual o nível de aprendizado a ser auferido pelos treinandos. Para essa reflexão, segue-se a linha de entendimento firmada pelo Tribunal de Contas da União <sup>24</sup>, no sentido de que os cursos não serão lícitáveis desde que o alcance do resultado pretendido, leia-se, o aprendizado, seja dependente, de forma preponderante, da intervenção personalíssima do Docente. Por consectário lógico, quando o aprendizado tiver por carro-chefe a metodologia e/ou o material didático, os resultados, mesmo que não precisamente previsíveis, se tornariam homogêneos e, portanto, pode-se considerar antecipáveis.

Isto porque, se o resultado aprendizado for dependente da intervenção pessoal do Docente, significa que o produto final a ser entregue por cada possível executor pode ser distinto, uma vez que cada professor/instrutor, possui sua técnica própria, sua pessoal forma de lidar com grupos, sua empatia, sua didática, suas experiências pessoais, seu ritmo e tom de voz. Tudo isso compõe um conjunto que os tornam incomparáveis entre si por meio de critérios objetivos.

Ademais disso, cada turma, porque composta de pessoas, também possui características que distinguem uma da outra, o que torna cada aula diferente uma da outra. Um grupo maior se comporta diferente de um com menos participantes; uma turma pode ser mais indagadora do que outra; uma turma pode ser heterogênea em relação à experiência e grau de escolaridade. Tudo isso requer do profissional, a cada serviço, a necessária adaptação. Inclusive o próprio professor será diferente a cada aula proferida, ainda que do mesmo tema, pois em um curso ouve uma pergunta de um aluno, que levanta uma questão não imaginada, conduzindo o desenvolvimento do conteúdo a uma vertente não programada; para outra turma, leu um livro ou artigo recém publicado ou concluiu projeto de pesquisa que o leva a revisitar o assunto tratado e, eventualmente, provocará mudança de visão e conceitos. Quer dizer, as aulas sempre serão diferentes, seja na condução, seja no conteúdo, seja na forma de exposição.

Em razão disso, o resultado da execução é absolutamente imprevisível. Não é possível sequer imaginar qual será o nível de aprendizado obtido ao final da ação de capacitação. Disso decorre que o serviço de treinamento e desenvolvimento de pessoas, quando a intervenção pessoal do docente é preponderante na obtenção dos resultados, se mostra inconciliável com a ideia de comparação por critérios objetivos.

O mesmo não ocorre com os treinamentos cujo núcleo do serviço não reside na atuação personalíssima do docente, mas no método a ser aplicado. Nesses, a intervenção do professor é acessória, não sendo determinante na obtenção dos resultados esperados. A metodologia, sim, é que a responsável pelo alcance desses resultados. Os cursos na metodologia Kumon é um excelente exemplo. Este método preconiza um “estudo individualizado que busca formar alunos autodidatas...com material didático próprio e auto-instrutivo, que permite ao aluno desenvolver os exercícios **com o mínimo de intervenção do orientador....**” <sup>25</sup> (grifamos). O núcleo do objeto, ou seja, seu elemento essencial é o método e o material didático empregado. Nesse caso, os resultados, ainda que não precisamente previsíveis, serão homogêneos. Todos concluirão o treinamento com resultados muito próximos, pois quem quer que seja o orientador, em razão de sua mínima intervenção, serão o método e o material didático os principais responsáveis pela obtenção dos resultados.

Para afastar de vez a confusão que ainda persiste existir em relação ao enfrentamento do conceito de singularidade (que cairá por completo a partir de 1º/04/2023), sobre a confusão com o fato de haver muitos executores ou ter de ser um treinamento altamente complexo para profissionais altamente especializados, abordemos a situação da contratação de cursos e treinamentos que não são especializados ou originariamente montados para o órgão contratante. Ficamos com o exemplo clássico: Curso de Redação Oficial ou Atualização em Língua Portuguesa.

Trata-se de tema de nível médio (portanto, não é altamente complexo), bem como há um enorme leque de ótimos professores de língua portuguesa (há muitos executores). Mas todos nós, em nossa

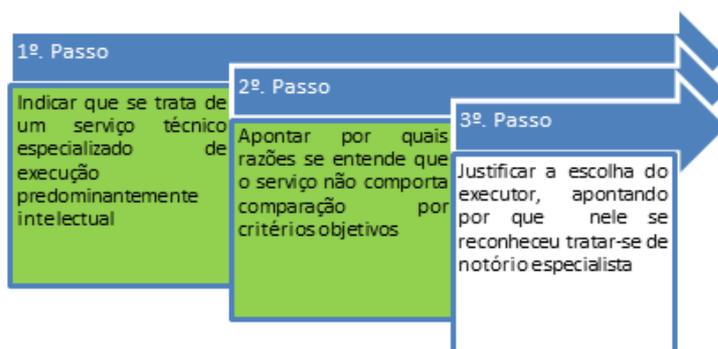
formação acadêmica já experimentamos professores que nos provocava entusiasmo e outros com os quais aprendíamos com maior dificuldade. Há professores de língua portuguesa extremamente didáticos e outros, nem tanto. Não é possível afirmar que o uso da gramática ou apostila seria o principal condutor do aprendizado. O resultado é totalmente dependente da mão do profissional docente para este caso. Neste caso, a contratação destes cursos seria por inexigibilidade de licitação.

A conclusão a que se chega não será outra se não a de que, mesmo sendo um curso sobre tema de nível médio, e havendo milhares de professores aptos, se a intervenção do mestre for determinante para o alcance dos resultados desejados, presente estará o elemento que impede a fixação de critérios objetivos de comparação.

Outro exemplo interessante, levantado em sala de aula, seria o caso do curso de LIBRAS-Língua Brasileira de Sinais. Se estivermos falando de um curso que basicamente se refere a simples adestramento e repetição de gestos, poderíamos afirmar tratar-se de um curso em que a metodologia seria o principal condutor para o alcance do resultado aprendizado. Ainda que sem precisão, poder-se-ia afirmar que todos, ao concluírem o curso, saberiam se comunicar em LIBRAS, mesmo que se admita que uma pessoa possa revelar maior talento que outra. Ocorre que não é bem assim. A linguagem exige técnicas de interpretação não só dos gestos, mas também da expressão corporal e facial do comunicante. Nesse caso, será a intervenção pessoal do docente que fará toda diferença no aprendizado, constituindo-se em seu principal fio condutor.

Temos que, com isso, estabelecemos as bases para o reconhecimento da característica que torna a contratação do objeto — serviço de treinamento e desenvolvimento de pessoas — inexigível.

Figura 3



## 9 – PASSO 3: A INDICAÇÃO DO EXECUTOR E O RECONHECIMENTO DA SUA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

Ultrapassados os dois primeiros requisitos, cumpre a seguir enfrentarmos o terceiro desafio qual seja, a caracterização da notória especialização do executor. Essa tarefa sempre gerou enorme dificuldade entre os agentes públicos responsáveis pela instrução do processo e desconfiança dos setores jurídicos e de controle, muito embora, em verdade, seja o requisito que menos desafia. Isto porque, o conceito ditado pelo § 1º do art. 25, da Lei nº 8.666/1993, que reprisou o mesmo teor do art. 12, § 1º do Dec. Nº 2.300/1986, é bastante cristalino e preciso. A respeito do conceito normativo de notória especialização, Ivan Barbosa Rigolin <sup>26</sup>, conhecido mestre do Direito Administrativo e um dos maiores críticos da (falta de) técnica dos legisladores pátrios, destaca que:

[...] poucas vezes no direito brasileiro alinhou tão bem uma lei aos requisitos, pressupostos ou características de um conceito que emitiu, como quanto referentemente à notória especialização, de que aqui se cuida, conceito esse que a lei admitiu que certos profissionais e certas empresas detêm.

A dificuldade sentida é o fato de que, em boa parte dos casos de contratação de cursos, há uma grande variedade de empresas e profissionais aptos a executarem o programa pretendido. Isso acaba gerando incerteza e até mesmo insegurança dos setores de treinamento no momento de justificar a

escolha. Não raro, o processo é instruído com os documentos juntados pelo setor de treinamento e, ao chegar na Assessoria Jurídica, ou setores de licitação, retornam para que sejam juntados “mais atestados” ou “justificar melhor a notória especialização”. Na quase totalidade dos casos, isso sequer seria necessário.

Vamos estudar o instituto da notória especialização, iniciando pelo exame do seu conceito na Lei nº 8.666/1993, para, após seu exame, compará-lo ao novo texto. *Verbis*:

Art. 25 - *Omissis*

...

§ 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.

Como lido acima, o texto apresenta pouco esforço de interpretação. Ao contrário do conceito de singularidade, o de notória especialização é objetivo e direito. Nada obstante, algumas interpretações equivocadas conduziram inúmeros órgãos jurídicos a criarem verdadeiras lendas urbanas, mitos jurídicos, impondo grandes dificuldades aos operadores do Direito, como por exemplo, de que o notório especialista deva ser famoso, um grande medalhão no segmento que atua, ou que tenha, no mínimo, nível superior. Mas a norma não diz nada disso. Do texto acima transcrito não é possível encontrar nada que chegue perto da ideia de fama ou algo do gênero.

Outro equívoco é exigir que o indicado tenha experiência anterior em atividade idêntica ao que está sendo contratado. Por exemplo, exigir que, para um curso de Fiscalização de Contratos, o indicado tenha ministrado anteriormente um curso nesse tema. Essa visão estanque pode, ocasionalmente, criar desnecessários embaraços à contratação. Ora, como exigir experiência idêntica se, por exemplo, o curso que se pretende contratar é customizado em conteúdo e carga horária, ou seja, inédito. Claro que essa percepção é totalmente equivocada, uma vez que os profissionais podem não ter ministrado um treinamento específico, mas dominar a área temática a que se refere o tema e, por isso mesmo, ser totalmente capaz de executá-lo.

Retomando o texto da lei primitiva, vê-se que notório especialista é o profissional (ou empresa) que nutre entre seus pares, ou seja, “...no campo de sua especialidade...” algum atributo (desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica), que traga ao contratante a percepção de que o seu trabalho “...é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

Não há qualquer menção a um requisito específico; ou a determinação de que o escolhido reúna um número mínimo de atributos para ser considerado notório. Aliás, o rol de atributos é meramente exemplificativo, como se vê da expressão “...ou de outros requisitos relacionados com suas atividades...”. Significa, pois, que notório especialista é um indivíduo ou empresa que apresenta um determinado atributo particular a partir do qual seja possível concluir — “ **permita inferir** — que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto. Sidney Bitencourt<sup>27</sup> vai na mesma direção:

[...] para a perfeita caracterização da notoriedade, haveria necessidade do profissional ou da empresa agrupar todos os requisitos listados no dispositivo? É certo que não, considerando o número elevado de requisitos — que dificilmente poderiam ser reunidos por um único profissional — bem como pela inteligente previsão do texto legal que registra a possível existência de outros requisitos demonstradores da notória especialização. Nesse ponto, a lei permite que o gestor público afira, discricionariamente, outros elementos não arrolados, mas suficientes para validarem a notoriedade do profissional ou empresa. O elenco de predicados é, indubitavelmente, meramente exemplificativo.

Deve-se afastar em definitivo a ideia segundo a qual o notório especialista é alguém com formação acadêmica superior ou elevada. O indivíduo deve ser, sim, uma referência na área de atuação, que por vezes está presente em pessoas com nível de formação até mesmo elementar. Um exemplo que chegou em consulta pelas redes sociais bem ilustrará a situação.

O município de Estância, no Estado de Sergipe conta com uma tradição que é conhecida em todo o País, que são os Barcos de Fogo, uma alegoria pirotécnica ligada ao ciclo junino dos festejos populares com ocorrência exclusiva nessa cidade. É uma tradição passada de pai para filho desde o primeiro artesão a construí-lo, na década de 1930, invenção de um fogueteiro local conhecido como Chico Surdo<sup>28</sup>. Há alguns anos, a Secretaria Municipal de Cultura e Turismo local avaliou que essa tradição poderia acabar em algumas décadas em razão da tendência de maior escolarização dos filhos dos artesãos, pois, ao invés de permanecerem na cidade, dando continuidade ao trabalho de seu pai, procuravam a Capital ou os grandes centros urbanos para completar a sua formação acadêmica. A fim de evitar que essa característica do folclore local desapareça, a ideia seria formar novos artesãos a partir da realização de cursos de capacitação nessa arte popular. Ora, na hipótese de se avançar nesse projeto de capacitação (não sei dizer se chegou a ir adiante), quem seriam os “notórios especialistas”? Claro que seriam os próprios artesãos, que, em boa parte, são até semianalfabetos, mas são justamente os profissionais que detêm o conhecimento necessário para a construção dessas alegorias e capazes de transmitiras adiante esse conhecimento.

Do texto legal ora em exame, se extrai duas palavras que constituem o ponto nodal do instituto da notória especialização: “**permita inferir**”.

Inferir é deduzir, concluir, intuir, depreender, perceber. Notório especialista é, portanto, alguém que possui um certo atributo capaz de provocar em alguém a percepção por meio de dedução, tratar-se do mais adequado à plena satisfação do objeto. E quem terá o mister de inferir (deduzir, intuir, concluir)? Ou seja, qual agente público a lei atribui (permite) a competência de inferir, deduzir, compreender, perceber? A resposta é óbvia: a Autoridade competente para celebrar o ajuste. Nesse sentido, vale transcrever excerto do voto do Min. Carlos Átila ao julgar regulares as contas do Banco do Brasil, pela contratação de empresa de notória especialização, visando a elaboração e implementação do Plano de Desligamento Voluntário dos empregados, *verbis*:

[...] a questão chave na interpretação deste artigo reside, a meu ver, na definição do sujeito oculto do verbo ‘inferir’. Segundo o Aurélio, ‘inferir’ significa ‘tirar por conclusão’, deduzir por raciocínio’. O dispositivo legal reconhece, portanto, que alguém deve praticar o ato de natureza eminentemente subjetiva, qual seja, tirar uma conclusão mediante raciocínio, para atribuir a notória especialização a uma determinada empresa.<sup>29</sup>

A notória especialização, portanto, é questão relacionada à confiança do gestor depositada no profissional ou empresa, confiança essa que tem fundamento em um ou mais atributos que transmitem a essa autoridade, a percepção de tratar-se do mais adequado ao alcance dos objetivos pretendidos com a contratação. O próprio supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que o requisito da notória especialização na contratação de serviços singulares era caso de confiança depositada pelo Gestor na pessoa do escolhido, *verbis*:

5. Duas considerações podem justificar o afastamento do dever de licitar nesses casos: (i) a peculiaridade dos próprios serviços, quando sejam marcados por considerável relevância e complexidade; e (ii) a falta de parâmetros para estruturar a concorrência entre diferentes prestadores especializados. Imagine-se, e.g., a contratação de advogados para o fim de auxiliar na renegociação de empréstimos vultosos tomados pelo Poder Público junto a uma entidade estrangeira. Certamente é possível identificar um conjunto de profissionais dotados de prestígio nessa área de atuação, mas não se pode estabelecer uma comparação inteiramente objetiva entre os potenciais habilitados. **A atribuição de um encargo como esse pressupõe uma relação de confiança na expertise diferenciada do prestador**, influenciada por fatores como o estilo da argumentação, a maior ou menor capacidade de desenvolver teses inovadoras, atuações pretéritas em casos de expressão comparável, dentre outros. (GN) (STF, Inq. nº 3.074-SC, 1ª. Turma. Rel. Mn. Roberto Barroso)

Do mesmo modo, já sumulou a Corte Federal de Contas:

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 n. 8.666/93. (Súmula 264) (GN)

Daí que a escolha de quem se responsabilizará pela execução de um objeto que não admite

fixação de critérios objetivos de comparação é absolutamente discricionária; justamente por depender do elemento da confiança. Em outro dizer, a notória especialização é um caso de eleição do Gestor, que enxerga na pessoa do escolhido algum atributo que lhe transmite a necessária confiança de que, qualquer que seja o produto entregue, tenderá a ser o mais adequado. Como muito bem anotou Eros Roberto Grau<sup>30</sup>, a respeito do conceito normativo de notória especialização:

Note-se que embora o texto normativo use o tempo verbal presente ('é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato'), aqui há prognóstico, que não se funda senão no requisito da confiança.

Um gestor de pessoas de uma organização governamental lê um editorial ou um artigo que trata de tema relacionado a clima organizacional que acha muito pertinente com a política que está implementando na instituição e resolve leva-lo para uma palestra sobre o tema para os servidores do órgão. Não há dúvidas de que, para o específico objeto, é a pessoa mais indicada, pois o gestor, ao ler suas ideias nele reconheceu o profissional mais adequado à plena satisfação do objeto. Seria necessário ele apresentar diplomas ou certificados que comprovassem algum tipo de formação acadêmica ou especialização técnica? Não. Ele teria que apresentar atestados por execução anterior de palestras neste ou em outro tema conexo? Não. O atributo que faria a escolha se inclinar na sua direção não seria sua formação acadêmica ou palestras anteriores, mas sim as ideias expostas no seu artigo.

A nova lei de licitações traz sutis modificações que fortalecem a interpretação quanto ao caráter discricionário da indicação do executor. Transcreve-se abaixo, com destaques para as novidades do texto. A parte tachada representa o que foi suprimido e o que está em negrito, o acrescentado.

Lei nº 14.133/2021, art.74 [...] § 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e ~~indiscutivelmente~~ **reconhecidamente** e ~~mais~~ adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Note-se que o texto novo é praticamente idêntico ao anterior. Mas suas sutis modificações ampliaram a percepção da margem de discricionariedade imanente ao processo de escolha do executor. Ao substituir a palavra “*indiscutivelmente*” por “reconhecidamente”, a norma eliminou a falsa percepção de que o escolhido teria que ser um indivíduo muito acima de seus pares a ponto de ser indiscutível o acerto de sua escolha. Some-se a isso a eliminação da expressão “*o mais*” que acompanhava o vocábulo “adequado”. Afinal, o que é “indiscutivelmente o mais adequado”, não poderia gerar dúvidas quanto à escolha por parte de Assessorias Jurídicas e Órgãos de Controle. Agora, com o novel texto, o notório especialista é um indivíduo ou empresa, que é portador de um atributo a partir do qual o gestor possa inferir ou o reconhecer adequado aos objetivos pretendidos. Quem reconhece a adequação é o próprio Gestor a partir do seu poder discricionário.

Quanto à margem de discricionariedade na escolha do executor, não há discrepância na doutrina, tampouco na jurisprudência. Mais uma vez nos socorreremos das lições do já citado e saudoso Ministro do STF, Eros Grau<sup>31</sup>:

Impõem-se à Administração - isto é, ao agente público destinatário dessa atribuição - o dever de inferir qual o profissional ou empresa cujo trabalho é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado àquele objeto. **Há intensa margem de discricionariedade aqui, ainda que o agente público, no cumprimento daquele dever de inferir, deva considerar atributos de notória especialização do contratado ou contratada.** (Eros Roberto Grau, in Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei, Malheiros, 1995, pág. 77) (grifamos)

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>32</sup>, com a habitual precisão, esclarece que:

É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado — a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria — recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso. Há, pois, nisto, também um componente inelimitável

por parte de quem contrata.

Não pode, pois, ser subtraído do próprio alvitre da autoridade competente, e só a ela competirá, a decisão sobre qual notório especialista deva recair a contratação. O que não se admitirá é que a escolha venha desacompanhada da indicação de qual ou quais atributos caracterizariam a notória especialização ou que venha calcada em argumentos genéricos ou ainda flagrantemente desarrazoados; que não se direcionem à conclusão de que o escolhido possui, de fato, notória especialização, mas sim por um capricho ou uma preferência meramente pessoal não sustentada por um ou mais atributos que justifiquem a indicação. Entre vários professores, a autoridade poderá, sim, optar pelo que se mostrar, em seu sentir, (simplesmente) adequado, mesmo que seja autor da proposta mais elevada. Porém, não estará livre de apontar as razões pelas quais reconheceu nele o profissional mais adequado. Nesse sentido, veja-se a lição de Lúcia Valle Figueiredo<sup>33</sup>:

Se há dois, ou mais, altamente capacitados, mas com qualidades peculiares, lícito é, a Administração, exercer seu critério discricionário para realizar a escolha mais compatível com seus desideratos.

Reconhecendo que a eleição do profissional é uma decisão essencialmente discricionária, mas que, ao mesmo tempo, deve fundar-se em argumentos razoáveis, relevantes e verídicos, ao comparar-se os profissionais, ver-se-á que mais de um reúne excelentes condições de execução do objeto. A indicação poderá ser direcionada por razões, que, talvez, isoladamente, não seriam suficientes para tanto. Sejamos práticos.

Digamos que um hospital público pretenda contratar um professor para ministrar curso de elaboração de termo de referência destinado aos servidores das áreas técnicas responsáveis pela especificação de insumos e equipamentos médico-hospitalares. Em pesquisa, verificou-se que há vários ótimos profissionais no mercado, com formação acadêmica, publicações importantes e vasta experiência docente no tema e com ótimas avaliações, estando três deles disponíveis para o projeto. Em qual deles poderia recair a escolha? Qualquer um. Assim, a autoridade competente terá que traçar algum parâmetro que justifique sua decisão. Dentre os três profissionais disponíveis um demonstrou ter ministrado anteriormente o treinamento em tela em hospitais públicos. Poder-se-ia justificar sua escolha exatamente por esse aspecto. A autoridade competente poderia inclinar-se licitamente na direção deste, sob a justificativa de que “dentre os profissionais disponíveis, este seria adequado por ter vivenciado a experiência de ministrar cursos em órgãos da Saúde Pública, o que lhe *permite inferir* que sua expertise docente conta com o conhecimento das peculiaridades inerentes aos produtos e equipamentos que habitualmente são adquiridos em hospitais públicos, bem como já ter tratado das dúvidas mais frequentes do público alvo.

Uma vez que a escolha se dará por meio de uma avaliação subjetiva, um juízo personalíssimo de valor a cargo da autoridade competente, nítido está que a escolha é essencialmente discricionária. Será a autoridade competente que, respeitando o leque de princípios a que se submete a atividade administrativa, notadamente, legalidade, impessoalidade, indisponibilidade do interesse público e razoabilidade, e ainda, sopesando as opções à sua disposição, com fulcro em seu juízo de conveniência, indicará aquele que lhe parecer ser o “**reconhecidamente adequado** à plena satisfação do objeto do contrato”.

### **9.1 – Na contratação de treinamento por meio de pessoas jurídicas, quem detém a notória especialização: o professor ou a empresa?**

Importante questionamento de ordem prática que é comumente suscitado em se tratando de contratação de serviços de T&D é o problema de se identificar se é a empresa ou o profissional o detentor da notória especialização. Em princípio, pode parecer um obstáculo de simples solução. É que o art. 74, III da Lei nº 14.133/2021 reprisa o formato contido no art. 25, II da Lei nº 8.666/1993 ao citar ambos a partir do emprego da conjunção alternativa ou (...com profissionais ou empresas...). De fato, a norma admite que possa ser considerado notório especialista tanto o profissional como a empresa. Quanto ao profissional, não há qualquer dificuldade de reconhecimento. Mas em relação à empresa, o assunto é outro.

Dois tipos de empresas operam nesse segmento: as empresas de organização de eventos; e, as instituições com objetivo social voltados ao ensino e pesquisa. Nesse último conjunto, há instituições vinculadas ao Poder Público, em geral, fundações, e privadas. E estas últimas, se subdividem entre as

que têm e as que não têm fins lucrativos.

A empresa de treinamento (pessoa jurídica) pode ser considerada notória especialista quando o atributo que conduziu a sua escolha for de natureza organizacional, tais como “aparelhamento, equipe técnica, experiência anterior, publicações”. Em relação às publicações, nos referimos àquelas em que a assinatura, ou seja, a produção científica esteja em nome da pessoa jurídica e não de uma pessoa física como autora, mesmo que tal indivíduo faça parte da equipe técnica. Nas empresas que têm produção científica, não será difícil caracterizar a notória especialização. Nesses casos, a escolha certamente se dará em função da produção técnica ou científica com a assinatura da instituição, ou seja, aquilo que confere notoriedade para a instituição, tais como, cursos reconhecidos nacional ou internacionalmente, anuários, periódicos, relatórios, pesquisas, além daqueles requisitos exemplificados no §3º do art. 74, III, ou seja, “...organização, aparelhamento, equipe técnica...”.

Pode surgir maior dificuldade quando se tratar de empresa de organização de eventos. Essas empresas não produzem material científico, e, muitas delas, sequer são autoras dos conteúdos dos cursos que anunciam. Tais empresas atuam de forma a captar no mercado o corpo docente e administram a organização do evento, selecionando e preparando o local onde o mesmo se realizará, bem como todos os serviços associados (buffet, sonorização, material didático e de apoio, controle de frequência e emissão de certificados). Em princípio, esses serviços seriam perfeitamente licitáveis. Daí porque, chega a ser desafiador justificar a contratação de uma empresa com essas características com o fundamento da inviabilidade de competição.

A notória especialização da empresa de treinamento que não seja autora de produção científica pode ser fulcrada no atributo *equipe técnica*. Os demais atributos de caráter empresarial (aparelhamento, organização) para tais empresas não soaria como suficiente para o afastamento do dever geral de licitar dado que, conforme já dito, tais serviços seriam perfeitamente licitáveis.

É bom que se diga que muito raramente as empresas mantêm vínculo permanente com os profissionais (conferencistas, palestrantes). Assim, as empresas de treinamento contratam tais profissionais especificamente para o evento a ser realizado (no formato aberto ou *in company*). Os profissionais atuam como uma espécie de *freelancer*.

Não é qualquer empresa que possui a capacidade de atrair e reter profissionais qualificados em seu corpo de instrutores, porque os bons profissionais, que são muito bem aceitos no mercado, não vão se dedicar a prestar serviço a empresas que remuneram aquém de seu valor de mercado, que atrasam pagamento de honorários, que cancelam eventos próximo de sua realização, que ofertam conteúdo sem o conhecimento prévio do profissional, que não respeitam a livre docência. Somente empresas que têm processos de trabalho altamente profissional é que atraem o interesse dos melhores profissionais do mercado, qualquer que seja a área do conhecimento humano.

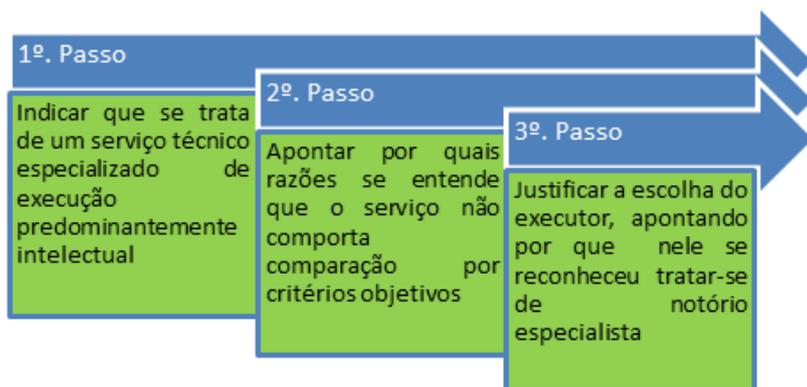
Assim, mesmo as empresas de organização de eventos podem ser consideradas notórias especialistas, notadamente no atributo *equipe técnica*.

Além disso, para justificar a escolha, é possível combinar a notória especialização da empresa e do profissional, pois cada professor/conferencista atua ao lado de mais de uma empresa ou instituição. E é também verdade que, com extrema frequência, os órgãos, na fase interna da contratação, sobretudo, na fase de cotação de preços, acabam por receber propostas de várias empresas, tendo o mesmo profissional como âncora do projeto.

Um ponto importante de atenção, entretanto, não pode escapar do olhar do agente público responsável pela instrução do processo. Se a notória especialização incidir exclusivamente na empresa, o órgão contratante não poderá direcionar o profissional que irá lhe atender, pois significa que, sendo a empresa a notória especialista, a presunção será no sentido de que quem quer que ela direcione para a execução do serviço de treinamento serão alcançados os resultados pretendidos.

Tendo ultrapassado o último requisito, temos devidamente instruídos nos autos os três requisitos normativos para configuração da hipótese de inexigibilidade de licitação.

Figura 3



## 10 – OS CURSOS NO SISTEMA EAD SÍNCRONOS E ASSÍNCRONOS

Uma questão atual que merece tratamento é em relação aos cursos no sistema à distância (EAD). Tais cursos podem ser síncronos e assíncronos. Nos primeiros, as aulas acontecem em tempo real e permitem interações também em tempo real; no segundo caso, as aulas são gravadas e estão disponibilizadas na plataforma de estudo da instituição ou empresa e não há possibilidade de interação em tempo real.

Quanto aos treinamentos síncronos, nenhuma dificuldade de se contratar com o fundamento legal *sub examine*, sendo certo que a aferição de ser ou não licitável o curso, passará pela identificação do meio preponderante para o alcance dos objetivos, isto é, se pela intervenção pessoal do docente ou pela aplicação da metodologia e/ou uso do material didático. A possível dificuldade pode surgir nos treinamentos assíncronos, posto que à primeira vista, pode parecer que pelo fato de a plataforma ser a mesma para todos os alunos e turmas e as aulas estariam “engessadas”, teríamos aqui claro exemplo de curso padronizado, em que a intervenção do docente não seria preponderante na obtenção dos resultados, o que é um grande equívoco.

Mesmo no sistema EAD assíncrono, o serviço não perde a característica de ser predominantemente intelectual e personalíssimo. A construção do conteúdo, a elaboração do material instrucional e as exposições do conteúdo são orientados pela perspectiva pessoal do Professor-Conteudista, o qual possui método de trabalho, visão científica e experiência que lhes são próprios. É um erro imaginar que ante ao fato de que a aula gravada não se modifica circunstancialmente, haveria aqui uma padronização que afastaria a possibilidade de se contratar sem licitação o curso. A forma de exposição, mesmo nas aulas gravadas, continua sendo personalíssima. Quem já não teve a experiência de, por exemplo, procurar no YouTube um vídeo de uma mesma receita em vários canais. Há apresentadores que não são didáticos atrás das câmeras; há outros que são e fazem parecer fácil a reprodução da receita.

Por conseguinte, assim como os cursos presenciais, os cursos no sistema EAD, inclusive os assíncronos, também guardam, em regra, as características que impedem a comparação objetiva de propostas, admitindo-se, excepcionalmente, que haja algum treinamento nessa sistemática cujo método supere a intervenção do Professor-Conteudista e o do Tutor.

## 11 – INSCRIÇÃO DE SERVIDOR EM EVENTO ABERTO A TERCEIROS

Esse tema quase não encontra tratamento específico na doutrina. No âmbito do Tribunal de Contas da União, os precedentes não chegam a esgotar o assunto. A referência mais importante que se tem junto à Corte Federal de Contas é a do já referido Acórdão 439/1998-Plenário. No voto da lavra do Min. Adhemar Paladini Guisi, restou consignado que:

“Retomando à proposta de decisão em estudo, consideramos desnecessário firmar entendimento quanto à inexigibilidade de licitação para inscrição de servidores em cursos abertos a terceiros. Os

cursos abertos para os quais não cabe licitação são aqueles inusitados, quer por não haver previsão de sua repetição, quer pela indiscutível notoriedade do instrutor, ou ainda aqueles oferecidos por uma única empresa. Em todos os casos o texto da Lei é suficientemente claro: há inviabilidade de competição. Para os cursos regularmente oferecidos por mais de uma empresa, não há que se falar em inexigibilidade, pois não há singularidade no objeto e, portanto, a competição é perfeitamente possível. O que pode ocorrer é o desinteresse dos prestadores do serviço em participarem de certame licitatório, o que caracterizaria a hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso V do, art. 24 (licitação vazia).”

Nada obstante o reconhecido saber do ilustrado Ministro, sou forçado a discordar em parte. Estou de pleno acordo com o trecho em que diz que “...Em todos os casos o texto da Lei é suficientemente claro: há inviabilidade de competição.” Mas entendo que por motivos outros, não aqueles expostos no duto voto.

Em primeiro lugar, não é correto afirmar que há inviabilidade de competição para cursos abertos a terceiros “...quer por não haver previsão de sua repetição...”, porque há numerosos casos de cursos que se repetem ao longo do ano em várias cidades e com várias empresas. Também não será suficiente reconhecer que a inviabilidade de competição decorre da “...indiscutível notoriedade do instrutor...”, em virtude de tudo o que já foi dito acima sobre o fato de que a notória especialização não precede a singularidade do objeto, mas o contrário. Quanto aos cursos “...oferecidos por uma única empresa...” estar-se-ia falando de inviabilidade por ausência absoluta de competidores, com fundamentação legal no art. 74, I da Lei nº 14.133/2021, o que exigiria na instrução, comprovação por documento idôneo da exclusividade, nos termos do §1º do mesmo dispositivo.

Realmente, o texto da Lei é suficiente para a hipótese de inscrição de servidores em cursos abertos por uma razão muito simples: o evento aberto é um objeto único! Ainda que haja programação do mesmo tema, com o mesmo instrutor, pela mesma empresa, na mesma cidade, ainda assim, cada qual será único. Os vários cursos, ainda que idênticos, representam objetos apenas assemelhados, porém, distintos. Não se pode cogitar no sentido de que há várias opções intercambiáveis. Argumentar que o curso pretendido se repetirá ao longo do ano, não é suficiente, pois constituem objetos não cotejáveis. O fato de o mesmo tema/conteúdo ser agendado em datas distintas, ainda que próximas não os torna cotejáveis. Uma prova disso é que não é possível garantir que um curso aberto venha a ser realizado, pois depende de quórum mínimo para sua confirmação. Há ainda o fato de que a equipe a ser inscrita pode não estar disponível em uma dessas datas. Portanto, jamais poderiam ser postos em comparação e disputa. Neste caso, sequer precisamos discorrer sobre a forma de obtenção dos resultados ou indicar notoriedade do profissional ou empresa. O fato do o objeto ser único é o que inviabiliza a licitação.

Assim, para cursos abertos a terceiros, a fundamentação correta é na cabeça do art. 74 da nova lei geral das licitações e não em seu inciso III. Reprise-se que mesmo antes de ser caso de impossibilidade de comparação por critérios objetivos (singularidade) e de demonstração de notória especialização, é hipótese de inviabilidade absoluta de competição. A notória especialização do palestrante/instrutor pode servir de lastro para a justificativa da escolha daquele específico evento, em detrimento de outras alternativas disponíveis no mercado. Mas não integra, a fundamentação jurídica do afastamento do dever geral de licitar.

Diante disso, afirma-se que é inexigível a licitação para inscrição de servidor em curso aberto a terceiros, por absoluta inviabilidade fática de competição, visto que cada evento constitui objeto único não cotejável com outro, capitulando-se a fundamentação da referida contratação no art. 74, *caput*, da Lei nº 14.133/2021.

## 12 – CONCLUSÕES

Destarte, com base no que foi aqui exposto, podemos sintetizar a contratação de serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, nas mais variadas formas, no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, tendo por base a nova lei de licitações, com as seguintes conclusões:

a. a inexigibilidade fundada no art. 74, III da Lei nº 14.133/2021 depende da conjugação de três requisitos, a saber: (i) tratar-se de um serviço executado de forma predominantemente intelectual; (ii)

possuir características que torne impossível a comparação objetiva de propostas; e, ser (iii) executado por profissional ou empresa de notória especialização (Súmula 252, TCU);

b. para fins de instrução do processo, o agente responsável deverá observar a seguinte ordem processual: i) apontar tratar-se de um serviço intelectual; ii) indicar que é impossível a comparação por meio de critérios objetivos entre os possíveis executores; e, iii) demonstrar que o escolhido, profissional ou empresa, é notório especialista;

c. os serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal podem ser objeto de contratação por inexigibilidade de licitação com base no art. 74, III, alínea *f* da Lei nº 14.133/2021;

d. apesar de não reprisada expressamente a expressão “de natureza singular”, persiste o dever de o processo demonstrar a inviabilidade de licitação, o que se fará com a demonstração de que o objeto não comporta comparação por via de critérios objetivos;

e. essa impossibilidade de comparação não envolve necessariamente complexidade, raridade, ineditismo ou exclusividade, pois há serviços que são raros e complexos, mas que permitem competição entre os executores;

f. a inviabilidade de cotejamento por critérios objetivos se revela nos serviços cujo resultado da execução é imprevisível, ou seja, aqueles em que o contratante não faz qualquer ideia do que irá receber das mãos do executor;

g. nos serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, o resultado da execução é o nível de aprendizado;

h. se o alcance do resultado (aprendizado) depender preponderantemente da intervenção pessoal do docente, como a aula é uma atividade humana (não mecânica) e os variados docentes são incomparáveis entre si, a licitação será inviável, posto que os resultados a serem obtidos se tornam absolutamente imprevisíveis;

i. tais serviços são, em regra, ilícitáveis, salvo aqueles cujo método e/ou material didático seja preponderante na obtenção do resultado, casos em que o docente se torna um facilitador, sendo que o resultado (aprendizado), ainda que não precisamente previsível, pode ser considerado homogêneo;

j. na contratação de cursos, a escolha da pessoa do executado é ato discricionário e exclusivo da autoridade competente, que deverá apontar as razões que o fizeram inclinar-se por este ou aquele profissional ou empresa;

k. cursos abertos a terceiros são sempre ilícitáveis pelo fato de se tratar de objeto único que se esgota com a execução, devendo ser contratados com base no art. 74, *caput* da Nova Lei Geral de Licitações;

## REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. Contratando sem Licitação, 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2021.

COSTA, Alexandre Araújo. Hermenêutica Jurídica, 2008, capítulo III, seção 2. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20150109222411/http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/>>. Acesso em 11.10.2022.

FERRAZ, Luciano. Por que a singularidade é o Wolverine da nova Lei de Licitações? Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-03/interesse-publico-singularidade-wolverine-lei-licitacoes>>. Acesso em 21.09.2022.

GUIMARÃES, Edgar. Dispensa e inexigibilidade de licitação: aspectos jurídicos à luz da Lei nº 14.133/2021, Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GRAU, Eros Roberto. Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei,

Malheiros, 1995

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses, *Contratação Direta sem Licitação*. 9ª ed. Fórum. Belo Horizonte, 2011.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos do Licitantes*, 4ª ed. São Paulo, Malheiros, 1993.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 13ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação*, Curitiba: Zênite, 2016.

PÉRCIO, Gabriela. A inviabilidade de competição relativa na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021): principais mudanças e proposta de interpretação para maximizar a eficiência da contratação direta. Observatório da Nova Lei de Licitações. Disponível em: <<https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/07/01/a-inviabilidade-de-competicao-relativa-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos-lei-no-14-133-2021-principais-mudancas-e-proposta-de-interpretacao-para-maximizar-a-eficiencia-da-contr/>>. Acesso em 21.09.2022.

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, FIGUEIREDO, Lucia Valle e FERRAZ, Sérgio, *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 102. Vera Lúcia Machado D'Ávila, in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.) *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 127 admite que a inexigibilidade pode também advir da pessoa do contratado, com o que discordamos.

<sup>2</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 497.

<sup>3</sup> *Contratação de serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal na Administração Pública: uma breve análise da Decisão 439/98, Plenário do TCU*. Revista do TCU nº 129, 2014. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/24>>.

<sup>4</sup> Lei nº 8.666/1993, art. 25 [...] II - 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;

<sup>5</sup> 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. Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: [...] VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

<sup>6</sup> TCU, Acórdão nº 1.397/2022, Plenário. Rel. Min. Benjamim Zymler.

<sup>7</sup> *Um estudo completo sobre a hipótese de inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos especializados*. Revista do TCU, nº 143, janeiro a junho/2019, págs 4-31; Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 19, n. 219, p. 36-52, mar. 2020, págs. 36-52.

<sup>8</sup> CHIAVENATO, Idalberto, *Gestão de Pessoas*. 3ª. ed. Elsevier. Rio de Janeiro, 2008, p.402.

TEIXEIRA, Gilberto Explica que a expressão capacitação se tornou uma espécie de jargão, pois no atual paradigma de ensino e aprendizagem, “capacitar” o outro é questionável. (O processo-ensino aprendizagem e o papel do professor como gestor d pensar. Disponível em: ).

<sup>9</sup> COSTA, Alexandre Araújo. *Hermenêutica Jurídica*, 2008, capítulo III, seção 2. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20150109222411/http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/>>. Acesso em 11.10.2022.

<sup>10</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 13ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1993, p. 106 e segs.

<sup>11</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 32.

<sup>12</sup> a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos; b) pareceres, perícias e avaliações em geral; c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico; h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso.

<sup>13</sup> *Op. Cit.*

<sup>14</sup> Presunção que não admite prova em contrário.

<sup>15</sup> Mais à frente veremos que a notória especialização será hipótese de indicação discricionária.

<sup>16</sup> FERRAZ, Luciano. *Por que a singularidade é o Wolverine da nova Lei de Licitações?* Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-03/interesse-publico-singularidade-wolverine-lei-licitacoes>>. Acesso em 21.09.2022.

<sup>17</sup> Na referida Resolução, o instituto da inexigibilidade de licitação para serviços técnicos tinha a seguinte redação: Art. 10. A licitação será inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...] II) na contratação de serviços com empresa ou profissional de notória especialização, assim entendido aqueles cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com sua atividade, permita inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto a ser contratado;

<sup>18</sup> PÉRCIO, Gabriela. *A inviabilidade de competição relativa na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021): principais mudanças e proposta de interpretação para maximizar a eficiência da contratação direta*. Observatório da Nova Lei de Licitações. Disponível em: <<https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/07/01/a-inviabilidade-de-competicao-relativa-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos-lei-no-14-133-2021-principais-mudancas-e-proposta-de-interpretacao-para-maximizar-a-eficiencia-da-contr/>>. Acesso em 21.09.2022.

<sup>19</sup> GUIMARÃES, Edgar. *Dispensa e inexigibilidade de licitação: aspectos jurídicos à luz da Lei nº 14.133/2021*, Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>20</sup> MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação*, Curitiba: Zênite, 2016.

<sup>21</sup> Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª.ed. Malheiros. São Paulo, 1994, p. 258; MUKAI, Toshio, *A natureza singular na contratação por notória especialização*, RJML de Licitações e Contratos, n. 26, p. 13/15

<sup>22</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses, *Contratação Direta sem Licitação*. 9ª ed. Fórum. Belo Horizonte, 2011, p. 604.

<sup>23</sup> Disponível em: <<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/educacao/didatica-a-arte-transmitir-o-conhecimento.htm>>. Acesso em 07.10.2022.

<sup>24</sup> Vide Decisão nº 439/1998.

<sup>25</sup> Disponível em: . Acesso em 06.11.2022.

<sup>26</sup> Boletim de Licitações e Contratos – BLC, nº 07/1994. São Paulo: NDJ, p. 330.

<sup>27</sup> BITTENCOURT, Sidney. *Contratando sem Licitação*, 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2021, pág. 136.

<sup>28</sup> Disponível em: <<https://www.estancia.se.gov.br/site/Noticias/noticia-250620201418412180-11-de-Junho-o-dia-em-que-os-Marujos-de-Chico-Surdo-celebram-o-seu-mestre>>. Acesso em 14.10.2022.

<sup>29</sup> TCU, Decisão nº 565/1995, Plenário. Rel. Min. Carlos Átila, julg. em 18/11/1995.

<sup>30</sup> GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei*, Malheiros, 1995, pág. 77.

<sup>31</sup> *Op. Cit.*

<sup>32</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 507.

<sup>33</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos do Licitantes*, 4ª ed. São Paulo, Malheiros, 1993, p. 32.

**Como citar este texto:**

CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. A contratação de serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal na administração pública à luz da Lei nº 14.133/2021. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 26 nov. 2022. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.