**PARECER JURÍDICO Nº40/2020**

Trata-se de solicitação encaminhada a esta Procuradoria Geral do Município de análise da Legalidade do texto da minuta do Contrato celebrado entre a **PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA, SERGIPE** e **A COMPETÊNCIA EM FOCO TREINAMENTO LTDA**, ambos já qualificados nos autos da Inexigibilidade de Licitação no qual emitimos parecer, para a **prestação de serviços da realização do curso "Ciclos de Reforma Trabalhista e os impactos das propostas de reforma administrativa no regime de trabalho dos servidores públicos",** para servidores deste Município, que será realizado nos dias 13 e 14 de Fevereiro de 2020 na sede do Município, com valor global a ser pago pelo Contratante ao Contratado o importe de R$ 7.900,00 ( sete mil e novecentos reais), tudo em conformidade com o disposto na Lei nº 8.666/1993, mais especificamente no art. 25, § 1º.

A Constituição Federal estabelece o regramento da Administração Pública no território nacional a partir de seu art. 37. Um dos temas que mereceu maior preocupação do constituinte de 1988 foram as contratações realizadas pelo Poder Público, por toda a repercussão financeira e social que envolve.

Por isso, pode-se dizer que a pretensão do constituinte foi afastar, tanto quanto possível, a discricionariedade administrativa do campo das contratações governamentais. Sujeitou à legislação infraconstitucional de regência a regulamentação minuciosa de suas hipóteses, estabelecendo como princípio maior a existência de licitação pública como *conditio sine qua non* para a realização lícita e legítima de contratações públicas.

Entretanto, o legislador constituinte, ciente das dificuldades que a realidade apresenta, fez constar que a licitação é, em termos jurídicos, a **regra geral** para a celebração de contratos administrativos, *ressalvados os casos especificados na legislação*, quais sejam: dispensa e a inexigibilidade de licitação, situações estas nas quais a Administração Pública estará autorizada a celebrar contratações diretas sem a efetivação de certame licitatório.

Todavia, não se pode confundir dispensa com inexigibilidade de licitação. Para tanto, *ab initio*, apresento os ensinamentos trazidos pelo professor JOEL DE MENEZES NIEBUHR (2003, p. 122), autor de uma das melhores monografias a respeito de dispensa e inexigibilidade de licitação elaboradas no Brasil. Diz o professor paulista:

> *"(...)*
>
> *Ao lado do tema da obrigatoriedade de licitação pública, vem a talho o seu inverso, isto é, a inexigibilidade e a dispensa dela. A inexigibilidade ocorre em face da inviabilidade de competição, o que esvazia o sentido da licitação pública, que pressupõe disputa. A dispensa relaciona-se às hipóteses em que a realização de licitação pública, conquanto a disputa fosse viável, causaria gravames ou prejuízos a outros valores pertinentes ao interesse público, que não deveriam, por obséquio à razoabilidade, ser suportados. Nesta ordem de ideias, os casos de inexigibilidade, por se referirem à inviabilidade de licitação pública, não são prescritos taxativamente pelo legislador, a rigor, nem precisam de norma jurídica que os autorize.*
> *(...)".*

No mesmo sentido foram traçadas as lições trazidas pelo então Ministro do Tribunal de Contas da União BENJAMIM ZYMLER (2006, p. 95), que diferencia as situações de dispensa e inexigibilidade de licitação em razão de critérios lógicos de etapas sucessivas, afirmando a necessidade de primeiro se verificar se a competição é viável ou não (caso em que se aplica a inexigibilidade) para, apenas posteriormente, sendo ela viável, decidir-se se ela será ou não realizada (dispensa de licitação). Vejamos a lição:

> *"(...)*
> *A contratação direta por inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei nº. 8.666/1993) decorre da inviabilidade de competição. Já a contratação direta com arrimo na dispensa de licitação tem por pressuposto a viabilidade de competição. No entanto, dispensa-se a licitação em virtude de circunstâncias peculiares que acabam por excepcionar o princípio da isonomia. Assim sendo, por imperativo lógico, a inexigibilidade precede a dispensa de licitação. Primeiro, deve o aplicador do direito observar se a licitação é possível. Se não for, é caso imediato de inexigibilidade. Se for possível, poderá ser caso de dispensa de licitação.*
> *(...)".*

A inexigibilidade de licitação, como dito, tem azo quando ocorre uma situação fática em que **não é possível realizar-se a disputa**. Justamente por isso, o rol legal não é taxativo, mas apenas dimensiona que, em todos os casos nos quais não possa haver competição (seja pela inexistência de critérios de julgamento, seja pela exclusividade na

prestação de certa atividade, entre outros), é impossível também a licitação.

Sendo assim, primeiro, questiona-se: **é viável a licitação?** Para dar uma resposta a esta pergunta torna-se necessário a análise dos pressupostos específicos da inexigibilidade de licitação, os quais variam conforme o caso tratado.

O artigo 25 da Lei nº 8.666/93 define ser inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, a saber:

> *Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:*
> *I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;*
> *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;*
> *III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.*
> *§ 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****.*
> *§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.*

Ultrapassadas essas considerações teóricas, damos início à análise do objeto do presente contrato para o fim de fornecer uma resposta ao questionamento acima formulado.

Inicialmente, cumpre asseverar que, em nosso entendimento, a contratação de empresa pra ministrar curso de reciclagem, sobre a reforma trabalhista e seus impactos, constitui casos de inexigibilidade de licitação pública, conforme preceitua o § 1ºdo artigo 25 da Lei nº 8.666/93.

Sobre o assunto, confira-se as considerações feitas no livro "Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública", publicada pela Editora Dialética, em 2002, nas páginas 201 e seguintes:

> *"É frequente que a Administração Pública procure contratar serviços artísticos dos mais variados naipes, como pinturas, esculturas, espetáculos musicais etc. A própria Constituição Federal prescreve ao Estado o dever de promover a cultura, que é realmente essencial para o desenvolvimento da identidade nacional, para a educação e, no mínimo, para o lazer. A contratação de serviços artísticos revela outra hipótese que enseja a inexigibilidade de licitação pública, haja vista que, sob determinadas condicionantes, torna inviável a competição, mormente tornando-se em conta que o critério para comparar os possíveis licitantes é a criatividade, portanto, de fio a pavio, subjetivo".*

A empresa **COMPETÊNCIA EM FOCO TREINAMENTOS** LTDA, possui repercussão positiva em âmbito Estadual, reconhecida por seu trabalho exemplar para com os contratantes.

Importa salientar que a consagração não é critério para escolher a empresa a ser contratado, porém pré-requisito. Todos os consagrados podem ser contratados, o que não leva a dizer que o mais consagrado é quem deva ser o contratado. O interesse público não depende exclusivamente da consagração; por oposto, deve dispensar atenção especial àquilo que não é tão consagrado.

Outro ponto diz respeito ao processo de escolha pela Administração Pública. Vê-se que se trata de competência cujo enorme parcela é discricionária, mesmo em virtude da falência de critérios objetivos. Se houvesse tais critérios, não haveria a inexigibilidade. Nada obstante isso, seguindo a linha já esposada nesse estudo, a competência discricionária é sempre limitada e, no que tange aos limites, pode e deve ser controlada.

É fora de dúvida que o agente administrativo não tem competência para escolher a empresa que quiser nas condições que bem entender e pelo preço que desejar. Antes disso, deve preocupar-se em atentar para as expectativas ou para as finalidades que se pretende auferir do empreendimento a fim de escolher o melhor. Ou seja, o perfil a empresa escolhida deve ser compatível com as pretensões da Administração Pública.

De um jeito ou de outro, é inevitável reconhecer que a escolha da empresa levada a cabo em razão de processo de inexigibilidade é largamente discricionária. Os elementos objetivos úteis a limitar tal discricionariedade são parcos, pelo que, sobretudo, ganha relevância a adequação da contratação aos princípios administrativos. Deve-se atentar a moralidade administrativa, à razoabilidade da escolha, à economicidade e, de modo especial, a impessoalidade, evitando que agentes administrativos ou políticos se valham desses eventos pata promoção pessoal.

Vê-se, assim, que a contratação cogitada pode ser feita diretamente por inexigibilidade de licitação, com base no art. 25, § 1º da Lei nº 8.666/93. Advirta-se, contudo, para a atenção aos requisitos consignados no referido dispositivo.

Diante do exposto, e por ter o presente Contrato observado os requisitos exigidos para tanto, opina essa Assessoria Jurídica de forma favorável à contratação direta, pela modalidade Inexigibilidade de Licitação.

Este é o nosso entendimento que elevo a apreciação superior.

Itabaiana/SE, 17 de janeiro de 2020

**Rubens Danilo Soares da Cunha**
Procurador do Município