

PARECER JURÍDICO
PROCESSO DE CONTRATAÇÃO Nº 09/2020

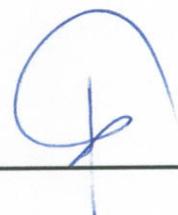
Assunto: CONTRATAÇÃO DE PALESTRANTE – INEXIGIBILIDADE DE PROCESSO DE DISPUTA – INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO – REGULAMENTO DE CONTRATAÇÕES DE BENS E SERVIÇOS DA FENACLUBES – ARTIGO 11, INCISO II.

Fundamentação.

O inciso II, do art. 11, do Regulamento de Contratações de Bens e Serviços da FENACLUBES estabelece a inviabilidade de competição no caso de contratação de pessoas físicas ou jurídicas para ministrar palestras ou prestar serviços de instrutoria relacionados às atividades finalísticas da FENACLUBES. Nesse diapasão, cumpre mencionar as atividades finalísticas descritas no art. 1º: “*O presente Regulamento aplica-se exclusivamente à execução dos recursos destinados à Federação Nacional dos Clubes Esportivos – FENACLUBES, para **capacitação, formação e treinamento de gestores de clubes sociais** previstos na alínea ‘c’ do inciso I e da alínea ‘c’ do inciso II do § 2º do artigo 16 da Lei 13.756, de 12 de dezembro de 2018*”. (g.n.)

Pois bem, a atividade finalística da FENACLUBES é, portanto, a capacitação, formação e treinamento de gestores de clubes sociais. Para melhor definir a extensão destas três expressões, o art. 3º, inciso I, do Regulamento fixou: “*art. 3º. Para os fins deste Regulamento considera-se: I. capacitação, formação e treinamento de gestores de clubes sociais – objeto organizacional atribuído à FENACLUBES ..., e executado por meio da realização de fóruns, seminários, oficinas, painéis de debates, cursos, palestras técnicas, palestras motivacionais, feiras, concursos, atividades de relacionamento, integração e outras formas de difusão do conhecimento, para os gestores profissionais e estatutários dos clubes que atuam na administração das atividades esportivas, culturais, sociais e de lazer, possibilitando que os mesmos realizem uma gestão de excelência, no busca constante da valorização dos clubes e dos serviços que prestam à sociedade*”. (g.n.)

Portanto, palestras técnicas e motivacionais figuram como um dos veículos de difusão de informação e ensino aos gestores dos clubes sociais que atuam na administração das atividades esportivas, culturais, sociais e de lazer, na busca da gestão de excelência.



Passo a opinar. Critérios gerais.

Caracteriza-se a inexigibilidade pela inviabilidade de competição, ou seja, se apenas uma determinada pessoa, quer seja ela física ou jurídica, detém a possibilidade ou exclusividade, de fornecimento ou execução do objeto pretendido, impossível será estabelecer uma competição, pois apenas ela reunirá as condições necessárias à plena satisfação do objeto do contrato. Para JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, ***“licitação inexigível equivale a licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como promover-se a competição”***.

Observa o ilustre e saudoso autor HELY LOPES MEIRELLES, em sua obra ***Direito Administrativo Brasileiro***, que ***“ocorre a inexigibilidade de licitação, quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração.”***

O presente caso revela característica específica e peculiar de contratação. Inegável que a contratação de palestra reveste-se de natureza predominantemente intelectual, subjetiva e que leva em consideração a formação, a experiência e o conjunto de elementos intrínsecos aos profissionais palestrantes. Ademais, não só a formação dos palestrantes será levada em consideração, mas a palestra e o programa nela desenvolvido; a dinâmica; os recursos audiovisuais; as ferramentas didáticas das quais o palestrante lança mão para prender a atenção do público; a forma, metodologia e dinâmica singulares acerca de um determinado assunto que tornam a palestra única; entre outras. Sendo assim, é, de fato, impossível querer comparar objetivamente duas empresas (com equipes distintas, a versar, inclusive, do mesmo tema) ou dois palestrantes, uma vez que tanto as características intrínsecas dos profissionais como do programa e da palestra, são únicos e pertencem a cada um. Na grande maioria dos casos, um único programa ou mesmo conteúdo, revela abordagens distintas e resultados completamente diferentes, mesmo porque a experiência e o conjunto de qualidades agregadas ao longo da carreira ou da vida profissional do palestrante, compõem o complexo conjunto de elementos de avaliação do produto (palestra).

Como requisito fundamental para se configurar a inexigibilidade está a característica singular do serviço o qual se pretende contratar. Um serviço deve ser havido como singular quando nele interferir um componente, estilo, capacidade ou qualidade de quem o executa. ***É o que ocorre quando os conhecimentos, organização e experiência do profissional influem diretamente no produto, a impregnar sua específica individualidade e habilitação técnica.*** A singularidade do serviço demanda cunho pessoal, intransferível, que o individualize absolutamente dos demais.

Nos termos do Regulamento de Contratações de Bens e Serviços da FENACLUBES, o art. 10 prevê expressamente a contratação – por inexigibilidade – do objeto em tela:

Art. 10 – A cotação prévia de preços poderá ser dispensada ou inexigível:

(...)

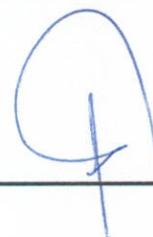
*III – na contratação de **palestras**, serviços com empresa ou profissional de notória especialização, assim entendidos aqueles cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com sua atividade, permita inferir que seu trabalho é essencial e o mais adequado à plena satisfação do objeto a ser contratado.*

Não há possibilidade de estabelecer-se uma competição, pois não há mecanismos ou ferramentas capazes de instaurar um processo competitivo entre os profissionais. Se não há competição, é impossível instaurar procedimento de cotação prévia. Não se licita aquilo que não é passível de concorrência. Afasta-se o processo de disputa e contrata-se diretamente por inexigibilidade. Portanto, sendo absolutamente singular será inexigível o processo de competição.

Sobre o tema, segue o Acórdão TCU nº 439/98 - Plenário, no qual o Tribunal de Contas da União, com clareza solar e posicionamento histórico, entende ser cabível a inexigibilidade nos casos de contratação de palestrante ou de treinamento:

“(...) Isso, porque cada possível instrutor tem características próprias, incomparáveis, como experiência anterior, currículo, áreas de especialização, publicações, etc.

... A realização de licitações nesses casos, no entanto - 1º- seria incompatível com o princípio do julgamento objetivo da licitação e - 2º - desatenderia ao interesse público’. (Eros Roberto Grau, in Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei, Malheiros, 1995, pág. 88). **‘Destarte, a primeira verificação que fazemos é a de que a notória especialização traz em seu bojo uma singularidade subjetiva, isto é, de seu executor. Note-se que dissemos singularidade e não exclusividade. Evidentemente, se alguém for único na matéria, a licitação tornar-se-ia não mais despicienda, mas impossível. Haveria, desta maneira, impossibilidade fática de licitar!’ (Lúcia Valle Figueiredo, ‘in’ Direitos dos Licitantes, Malheiros, 3ª ed., 1992, pág. 33). (...)**



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.

Publicação, Sessão 15/07/1998, Dou 23/07/1998 - Página 3”

No mesmo sentido da Decisão n 439/1998 (transcrita abaixo), o TCU proferiu os seguintes acórdãos: Acórdão nº 654/2004; Acórdão nº 1.915/2003; e Acórdão nº 1.568/20003.

“Considere que as contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal, bem assim 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 8.666/1993”. **Decisão 439/1998 Plenário**

A AGU também manifestou-se sobre o tema ao publicar a Orientação Normativa/ AGU nº 18, de 01.04.2009 (DOU de 07.04.2009, S. 1, p. 14):

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

REFERÊNCIA: art. 25, inc. II, da Lei 8.666, DE 1993; Decisões TCU 535/1996-Plenário e 439/1998-Plenário

Das características singulares do conferencista. Critérios específicos da contratação.

O objeto da presente consulta diz respeito à possibilidade da contratação direta pelo fundamento da “Inexigibilidade” da cotação prévia (art. 11, II, do RCBS) para contratação de pessoa física ou jurídica para realização de palestra destinada à motivação e aprimoramento dos dirigentes de clubes sociais.



A palestra a ser contratada é denominada "**CENÁRIOS TURBULENTOS, MUDANÇAS VELOZES: NEGAÇÃO, PROTEÇÃO OU SUPERANÇA**", ministrada pelo palestrante **MARIO SÉRGIO CORTELLA**, com duração prevista para 1h30min, a ser ministrada durante a realização da 1ª Semana Nacional dos Clubes, no dia 30/10/2020.

Consoante dispõe o Termo de Referência, a palestra a ser ministrada encontra-se em conformidade com as atividades finalísticas da FENACLUBES, conforme apresentada na "justificativa da necessidade do treinamento":

"Considerando que a FENACLUBES entende ser fundamental investir em ações de treinamento e desenvolvimento que contribuam de forma efetiva para qualificar as ações dos clubes na gestão, ter o prof. Cortella como destaque da programação da 1ª Semana Nacional dos Clubes, integrando seu seletivo grupo de palestrantes, será um importante diferencial para estimular a participação dos gestores de clubes".

"A necessidade de aprendizagem tem-se intensificado e não pode estar restrita aos métodos tradicionais de ensino; é necessário pensamento reflexivo e crítico, e nesse quesito, considera-se que o palestrante não apenas irá alcançar esses objetivos, como também fará a ponte entre o conteúdo da palestra "**CENÁRIOS TURBULENTOS, MUDANÇAS VELOZES: NEGAÇÃO, PROTEÇÃO OU SUPERANÇA?**" com as dificuldades enfrentadas hoje pelos gestores na condução dos clubes sociais em função da velocidade das mudanças alinhando a palestra aos interesses institucionais do segmento".

"Abordando conteúdo relacionado às mudanças no Mundo dos negócios, em especial para os clubes sociais; a necessidade de se desenvolver a competência coletiva e temporal; a mudança de paradigma das Organizações, passando de qualificadas a qualificantes; a importância da gestão do estoque de conhecimento como sinal de inteligência estratégica, e por fim a atitude propositiva (e não simplesmente reativa) como forma de superar as dificuldades na gestão, o Prof. Cortella se propõe a assumir o desafio de promover uma profunda reflexão junto aos gestores do segmento clubístico".

"Considerando que a escolha do palestrante se torna questão central para estimular a participação na 1ª Semana Nacional dos Clubes e para qualificar o debate em torno da gestão dos clubes, e, considerando a excelência do trabalho do Prof. Cortella, baseada em seu extenso e qualificado currículo apresentado abaixo, a Comissão de Contratação da FENACLUBES entende que a sua contratação atenderá plenamente a esses propósitos, vindo ao encontro das diretrizes da política de formação, capacitação e treinamento de gestores dos clubes sociais desenvolvida pela FENACLUBES".

Ainda no Termo de Referência, há informação que demonstra a notória especialização do palestrante:

“(…) a FENACLUBES realizou pesquisas sobre os melhores palestrantes do país junto a sites especializados, onde o Prof. Mário Sérgio Cortella aparece em primeiro lugar em diversos *rankings*, sendo considerado um dos intelectuais mais influentes do Brasil na atualidade”.

“Autor de mais de 20 obras nas áreas de educação e filosofia, destaca-se pela capacidade de interpretar cientificamente os problemas sociais contemporâneos, promovendo sempre o debate crítico e universalizado”.

No mesmo documento, há um extenso currículo do palestrante, o que leva à conclusão de que as habilidades e experiências do palestrante são singulares e, ainda, insuscetíveis de comparação objetiva. Logo, entendo que a presente contratação encontra-se sob a tutela da contratação direta, por inexigibilidade de procedimento de disputa.

Conclusão

Conforme a justificativa de preços constante dos autos, mediante a apresentação de notas fiscais de contratos anteriores fornecidas pelo palestrante, é possível concluir que o valor cobrado pelo palestrante para o evento que ocorrerá na 1ª Semana Nacional dos Clubes, é compatível com a média praticada pelo futuro contratado.

No último capítulo do Termo de Referência, o coordenador da Comissão de Contratação menciona que no valor contratado – R\$ 43.480,00 – estão incluídas as despesas com a palestra e o deslocamento (ida e volta) do palestrante até o local do evento.

Ante o exposto, entendo que foram atendidos os elementos que justificam a contratação do palestrante MARIO SÉRGIO CORTELLA, com fundamento no artigo 10, III, do Regulamento de Contratações de Bens e Serviços da FENACLUBES.

É o meu parecer.

São Paulo, 02 de março de 2020.

ARIOSTO MILA PEIXOTO
OAB/SP N° 125.311