

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
Gabinete da Procuradoria-Geral

PROTOCOLO Nº: 349227/22
ORIGEM: DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DO PARANA
INTERESSADO: ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO, DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DO PARANA
ASSUNTO: CONSULTA
PARECER: 8/23

Consulta. Defensoria Geral do Estado. Questionamento acerca da pesquisa prévia de mercado para fins de contratação de cursos de treinamento e aperfeiçoamento. Pela possibilidade de conhecimento da consulta, considerando que a entidade se equipara ao Ministério Público. Sugestão de encaminhamento do feito à CGF para adequação do art. 312, do Regimento Interno. No mérito, corrobora-se com o entendimento da 3ª ICE, no sentido de que a pesquisa prévia de mercado não descaracteriza a inviabilidade de competição, considerando que a orçamentação é requisito essencial à formalização do procedimento licitatório, independentemente da forma a ser adotada para a contratação.

Trata o presente acerca de Consulta formulada pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ, representado pelo Defensor Público-Geral, sr. André Ribeiro Giamberandino, por meio do qual pretende que esta Corte de Contas se manifeste, em tese, acerca do seguinte questionamento:

“a) A realização de prévia pesquisa ao mercado, mediante cotação com diversos fornecedores para cursos de treinamento e aperfeiçoamento, inviabiliza a posterior contratação por inexigibilidade, no regime da Lei 8.666/93? E no regime da Lei 14.133/21?”

O consulente juntou aos autos parecer jurídico a respeito da questão que ora se analisa (peça 04).

A Consulta foi recebida pelo Despacho nº 642/22 (peça 07) do Relator, Conselheiro Durval Amaral.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
Gabinete da Procuradoria-Geral

Por intermédio da Informação nº 100/22 (peça 09), a Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca informou a existência do Acórdão nº 287/11 – Tribunal Pleno¹, que guarda pertinência com o tema.

Encaminhados os autos à 3ª Inspeção de Controle Externo, por intermédio de sua Instrução nº 71/22 (peça 12), esta manifestou-se no sentido de que a realização de prévia pesquisa ao mercado não inviabiliza a contratação por inexigibilidade, para cursos de treinamento de aperfeiçoamento, seja no regime da Lei nº 8.666/93, seja no regime da Lei nº 14.133/21, desde que preenchidos todos os requisitos legais para a caracterização da inviabilidade de competição.

É o breve Relatório.

Cumprido esclarecer que as condições para a formalização da Consulta junto a esta Corte de Contas foram cumpridas, nos termos do art. 311, do Regimento Interno, já que o feito: a) contém apresentação objetiva do quesito, com indicação precisa do questionamento; b) versa sobre dúvida na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência do Tribunal, c) encontra-se instruído por parecer jurídico emitido pela assessoria da entidade consulente e d) foi apresentado em tese.

Em se tratando da legitimação da autoridade postulante, entende-se que a Defensoria Pública é essencial à função jurisdicional do Estado, reconhecida por meio da Emenda Constitucional nº 80/2014, pela qual restou assegurada à instituição os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional², conferindo-lhe *status* constitucional equivalente ao atribuído ao Ministério Público³.

Nada obstante, cumpre salientar que este Tribunal já se pronunciou acerca da matéria, ao reconhecer, por meio do Acórdão nº 1026/21- Tribunal Pleno, de Relatoria do Conselheiro Fábio de Souza Camargo, a legitimidade do proponente para a proposição de processos da mesma natureza.

¹ CONSULTA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DIRETA DOS CURSOS PARA MAGISTRADOS. INSTITUIÇÃO COM OU SEM FINS LUCRATIVOS. LICITAÇÃO. CONVÊNIO OU COOPERAÇÃO TÉCNICA. REPASSES DE RECURSOS PÚBLICOS. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ. SUBVENÇÃO. BOLSAS DE ESTUDO. RECURSOS DO FUNREJUS. (TCEPR, Proc. n.º 362394/09, Acórdão n.º 287/2011, Rel. Artágão de Mattos Leão, julgado em 03/03/2011)

² Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal. (NR)

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 98:

"Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

³ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Por tal razão, sugere-se após o trânsito em julgado da decisão final deste protocolado, que seja realizado o encaminhamento do feito à Coordenadoria Geral de Fiscalização, nos termos do inciso V, do art. 151-A, do Regimento Interno, para que, pelo instrumento adequado, promova a adequação do inciso I, do art. 312, do precitado diploma normativo, para que faça constar a referida autoridade como legítima para fins de formulação de consulta.

Em relação ao mérito da matéria, o consulente questiona se a prévia pesquisa de preços inviabiliza a contratação de cursos de aperfeiçoamento, por inexigibilidade de licitação, tanto pela lei nº 8.666/93 quanto pela lei nº 14.133/21.

Conforme bem pontuado pela 3ª Inspeção de Controle Externo em sua Instrução nº 71/22 (peça 12), para que haja a caracterização da inviabilidade de competição para os fins pretendidos, o serviço a ser contratado deverá: *“(a) estar entre os serviços técnicos especializados enumerados no art. 13, (b) ser de notória especialização e (c) ter natureza singular. A justificativa do preço é um elemento da instrução processual, meio de aferição de sua razoabilidade, corolário dos princípios da eficiência e da indisponibilidade do interesse público. (grifou-se)”*

Em que pese referir-se à sistemática adotada pela Lei nº 8666/93, o mesmo raciocínio pode ser empregado aos dispositivos de que tratam do tema na Lei nº 14.133/21. Na mesma linha, Marçal Justen Filho⁴ assim leciona sobre o tema:

Como regra, um dos requisitos de validade da instauração da fase externa da licitação (ou da contratação direta, quando for o caso) reside na existência de um orçamento estimado dos custos pertinentes à futura contratação. Essa determinação consta do próprio art. 18, IV, da Lei nº 14.133/21.

(...)

Quando se afirma a obrigatoriedade da existência de um orçamento estimado de custos, toma-se em vista aqueles casos em que a futura contratação imporá à Administração o pagamento de uma importância pecuniária ao contratado, como contrapartida por uma compra, serviço ou obra.

Importante salientar que a pesquisa de preço é um requisito legal a ser cumprido pelo ente contratante, independentemente de vir a formalizar a contratação por meio de dispensa ou inexigibilidade de licitação, conforme é possível se inferir do disposto no art. 26, da Lei nº 8.666/93 e art. 72, da Lei nº 14.133/21:

Lei nº 8.666/93

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. Ed. RT. São Paulo: 2021. p. 381.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ Gabinete da Procuradoria-Geral

Art. 26, Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

(...)

III - justificativa do preço.

Lei nº 14.133/21

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

(...)

VII - justificativa de preço;

Em que pese a Lei nº 8666/93 não disciplinar de forma específica a maneira como deverá ocorrer a pesquisa de preço, a Lei nº 14.133/21 é bastante detalhada ao disciplinar o procedimento, conforme é possível se inferir do art. 23 e seus parágrafos:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

(...)

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
Gabinete da Procuradoria-Geral

§ 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

Destaca-se o disposto no parágrafo 4º, do art. 23, em que se aduz que no caso de contratações diretas por inexigibilidade ou dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma apresentada nos parágrafos 1º, 2º e 3º, deverá o contratado comprovar que os preços praticados estão em conformidade com os ofertados em contratações semelhantes.

Vale apontar, ainda, que é equivocada a premissa de que a inexigibilidade se configura em decorrência da exclusividade do serviço a ser contratado, como fez parecer o consultante na exordial. A contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual funda-se, conforme as palavras do professor Fabrício Motta, “na *demonstração consistente de que a escolha do executor adequado para o objeto não pode ser feita por critérios objetivos de julgamento, em razão da importância da personalidade na execução do contrato*”⁵.

Deve ser observado também que a Lei nº 14.133/21 introduziu mudança substancial na forma de se contratar este tipo de serviço, uma vez que é possível se verificar, no parágrafo único do art. 29, que há vedação expressa a aplicação da modalidade pregão às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, restando, portanto, autorizada a contratação deste tipo de serviço por outras modalidades licitatórias, que deverão ser julgadas por critério de técnica e preço, preferencialmente (art. 36, §1º, I).

Ademais, a motivação que pretenda amparar a contratação direta realizada com fulcro na Nova Lei de Licitações, deverá estar amplamente fundamentada em vista da qualificação subjetiva do contratado. Nesse sentido, esclarece também Fabrício Motta⁶:

Apesar da exclusão da expressão “natureza singular”, a manutenção da necessidade de conjugação de um requisito residente no serviço (natureza predominantemente intelectual) com outro consistente em atributo pessoal do executor (notória especialização) mantém a interpretação favorável à existência de correlação necessária entre as características específicas do serviço e a especialização notória detida pelo contratado, apta a despertar no gestor a

⁵ In: Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021/ Edgar Guimarães... [et al.]. coordenação Maria Sylvia Zanella di Pietro. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. pp.262-263.

⁶ Idem.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
Gabinete da Procuradoria-Geral

confiança de que “o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

Cabe nesse contexto citar as Súmulas nº 39 e 252 do Tribunal de Contas da União, que tratam do tema, plenamente aplicáveis à sistemática introduzida pela Lei nº 14.133/21:

Sumula nº 39 – “A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8666/93”.

Sumula nº 252 – “A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o art. 25, inciso II, da Lei nº 8666/93, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular e notória especialização do contratado.

Merece destaque o excerto do Acórdão nº 10.940/2018- TCU, da Relatoria do Ministro Benjamin Zimler:

(...) considero que o conceito de singularidade não está vinculado à ideia de unicidade. Para fins de subsunção do art. 25, inciso II, da Lei nº 8666/93, entendo não existir um serviço que possa ser prestado apenas e exclusivamente por uma única pessoa. A existência de um único sujeito em condições de ser contratado conduziria à inviabilidade de competição em relação a qualquer serviço e não apenas em relação àqueles considerados técnicos profissionais especializados, o que tornaria letra morta o dispositivo legal.

(...) além disso, a singularidade pressupõe complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como uma situação de ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada que exige grande nível de segurança, restrição e cuidado.

(...) nesse sentido, o objeto é caracterizado como singular não pelas suas características abstratas, mas pela relevância dos interesses públicos em jogo.”

Desta forma, a pesquisa de preços deverá ser sempre realizada para fins de verificação da adequação da proposta, seja pela antiga, seja pela Nova Lei de Licitações. Tal feito não inviabiliza, mas ao contrário, legitima a contratação por meio de inexigibilidade, já que assim restará demonstrada a adequação do orçamento em face daqueles praticados no mercado. Deverá o contratante, no entanto, justificar a sua escolha, demonstrando, para comprovação da notória especialização, que é o profissional ou a empresa selecionada aquela que melhor satisfaz o objeto do contrato.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ Gabinete da Procuradoria-Geral

Posto isso, este Ministério Público de Contas corrobora com o entendimento explanado pela 3ª Inspeção de Controle Externo, no sentido de que a realização de pesquisa de mercado para fins de contratação de cursos de treinamento e aperfeiçoamento (tanto pela Lei nº 8.666/93, quanto pela lei nº 14.133/21) não descaracteriza a inviabilidade de competição, considerando que a orçamentação é requisito essencial à formalização do procedimento licitatório, independentemente da forma a ser adotada para a contratação.

Curitiba, 16 de janeiro de 2023.

Assinatura Digital

VALÉRIA BORBA
Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas