

EMENTA: Contratação de Fundação para realização de Concurso Público. Dispensa de licitação. Aplicabilidade do artigo 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93. Requisitos. Súmula n.º 250/TCU.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pelo Dr. Marcos Paulo de Souza Miranda, Promotor de Justiça da Comarca de Santa Luzia, acerca da legalidade da contratação de Fundação para realização de seleção de Conselheiros Tutelares do Município de Santa Luzia, sem prévio procedimento licitatório (dispensa).

O expediente veio instruído com cópia integral do Inquérito Civil n.º 0245.15.000659-2.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

Quanto à obrigatoriedade de licitação para celebração dos contratos administrativos, dispõe o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (destaque nosso)

Assim, facilmente percebe-se que a exigência de prévia licitação é a regra geral para contratação com a Administração Pública. Contudo, o próprio texto constitucional admite exceção à regra nos casos expressamente previstos na legislação.

Desse modo, cumpre inicialmente distinguir inexigibilidade de dispensa de licitação, uma vez que, para cada uma dessas exceções à obrigatoriedade de prévia licitação, existem regras e limites próprios que, apesar de semelhantes, não se confundem.

A inexigibilidade de processo licitatório ocorre nas situações em que se mostra inviável a competição, conforme estabelece o artigo 25 da Lei n.º 8.666/93; enquanto que, na dispensa essa competição é plenamente possível, sendo facultada a não realização do procedimento nas hipóteses

previstas no rol taxativo constante nos incisos do artigo 24, daquela mesma norma.

Focando na consulta submetida a este Centro de Apoio Operacional, verifica-se que estaríamos diante de hipótese de possível admissão de dispensa de licitação, alicerçada no inciso XIII, do artigo 24 da Lei de Licitações, que diz respeito especificamente à contratação de “instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”.

Portanto, o regular enquadramento na hipótese de contratação direta (por dispensa de licitação) prevista em tal dispositivo exige a conjunção dos seguintes requisitos:

- a contratada ser instituição brasileira;
- incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou, ainda, dedicada à recuperação social do preso;
- dotada de inquestionável reputação ético-profissional; e,
- sem fins lucrativos.

Como se percebe, a contratação alicerçada no inciso XIII, do art. 24 da Lei n.º 8.666/93, tem como uma de suas pilastras mestras a demonstração de que a contratada, obrigatoriamente brasileira e sem fins lucrativos, exerça, dentre suas finalidades ou objetivos estatutários, atividades de pesquisa, de ensino ou de desenvolvimento institucional, ou dedicada à recuperação social de preso.

Outra exigência muito bem destacada pelo Professor Marçal Justen Filho é a de que:

“Deve ser inquestionável a capacitação para o desempenho da atividade objetivada. Exigem-se as virtudes éticas relacionadas direta e necessariamente com o perfeito cumprimento do contrato”. (*In Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11ª edição, página 253).

Aliás, o TCU tem sido firme quanto à imprescindibilidade de conexão entre o objeto da contratação e a reputação da contratada (Processo n.º 002.510/2002-0. Acórdão n.º 427/2002 – Plenário).

Ademais, estes também têm sido os entendimentos jurisprudenciais:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REMESSA EX OFFICIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DIRETA PARA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS E DE CADASTRO RESERVA DE CARGOS DE ANALISTA JUDICIÁRIO E TÉCNICO JUDICIÁRIO DO TRE/CE. ART. 24, XIII, DA LEI Nº 8.666/93. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REGENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VIOLAÇÃO. CONTRATADAS SEM EXPERIÊNCIA EM CERTAMES DE MESMA NATUREZA E COM CONCURSOS INVALIDADOS POR IRREGULARIDADES. CONTRATAÇÃO EM CONFRONTO COM A MANIFESTAÇÃO DOS SETORES TÉCNICOS DO ÓRGÃO CONTRATANTE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INVALIDAÇÃO DA CONTRATAÇÃO. DESPROVIMENTO. 1. Remessa ex officio aviada em face de sentença de procedência do pedido de ação civil pública, via do qual se anulou o

contrato firmado entre o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Ceará (TRE/CE) e a Fundação Universidade Estadual do Ceará (FUNECE), com interveniência do Instituto de Estudos, Pesquisas e Projetos da UECE (IEPRO), “para realização de concurso público objetivando o preenchimento de vagas de quadro permanente do Tribunal Regional Eleitoral, e a formação de cadastro de reserva”. 2. **A Lei nº 8.666/93 - Com permissão da CF/88 (art. 37, XXI) - Autoriza a dispensa de licitação, “para a contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos” (art. 24, XIII).** 3. Segundo o TCU: “[...] o entendimento hodierno desta Casa é no sentido da possibilidade na contratação direta, com dispensa de licitação, de entidade para a realização de concurso público, nos termos do art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, desde que respeitadas as exigências do referido dispositivo legal [...]” Não obstante, impõe-se reconhecer que a interpretação do art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993 não suporta toda e qualquer contratação direta de instituição para realização de concurso público, mas apenas de instituições que atendam aos requisitos constantes do próprio texto legal, ou seja: ser brasileira, não ter fins lucrativos, apresentar inquestionável reputação ético-profissional, ter como objetivo estatutário-regimental a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional. Além disso, a instituição deve deter reputação ético-profissional na estrita área para a qual está sendo contratada (Decisão 908/1999 Plenário-TCU) e o objeto contratado deve guardar correlação com o ensino, pesquisa ou o desenvolvimento institucional [...]” (trechos do Acórdão 2.360-25/08-2, Rel. Min. André Luís de Carvalho, j. em 22.07.2008). 4. Entende-se por “inquestionável reputação ético-profissional”, “em termos licitatórios, idoneidade assemelhada, *mutatis mutandis*, àquela resultante da habilitação prevista no art. 27 e à notória especialização definida no art. 25, § 1º [dispositivos da Lei nº 8.666/93]” (Jesse Torres Pereira Júnior). Para se legitimar a contratação direta com espeque no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, é necessária a demonstração da qualificação da candidata à condição de contratada, ou seja, é preciso verificar se ela tem capacidade técnica para realizar o objeto da contratação, cuja complexidade pode ser medida, *in casu*, pelo valor do ajuste (mais de três milhões de reais), pelo tipo da prestação contratual e pelo universo de sujeitos alcançados (especialmente considerados os que se submeterão ao serviço). 5. A contratação direta de instituição, com base no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, para a realização de concurso público, estando comprovado que ela não tem qualificação ou capacidade técnica, implica violação não apenas à regra legal aludida, mas também a inúmeros princípios, implícitos e explícitos, constitucionais regentes da Administração Pública, a exemplos dos preceitos fundamentais da supremacia do interesse público e da moralidade. 6. Comprovada, *in casu*, a não satisfação da exigência de “inquestionável reputação ético-profissional”, seja porque a contratada não tem qualquer experiência em concursos de mesma natureza, seja porque em desfavor da contratada pesa a existência de concursos públicos por ela realizados e que foram invalidados por irregularidades, inclusive o atinente ao vestibular para o UECE de 2010. Ademais, não pode fugir à consideração o fato de que a contratação se deu em confronto com a manifestação dos setores técnicos do órgão contratante, que sopesaram a inconveniência da contratação, também ocupando posição contrária a União, a ponto de fazer surgir o conflito de interesses entre o ente Público Federal e o TRE/CE. 7. Existência de manifestação do Pleno deste TRF5: “[...] - Contratada para realizar concurso público. Legitimidade

duvidosa para requerer suspensão de liminar. Interesses públicos primários. Lesão não demonstrada. Diretamente interessada na realização do concurso público é a pessoa jurídica que pretende prover os cargos por meio da seleção de pessoal que seria efetuada pela questionada contratação. Excepcional medida da suspensão. Via que cuida apenas de averiguar a existência de uma potencial violação ao interesse público, configurada no risco de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Contratação com dispensa de licitação. Hipótese que exige exame de mérito propriamente dito para se saber se a contratada teria capacidade técnica, ou não, para suportar a contratação que decorreu de escolha com dispensa de licitação, o que não se compadece com a via excepcional da suspensão. Documentação acostada aos autos noticiando várias irregularidades que demonstram, a priori, a incapacidade da contratada bastante a infirmar a aparência do seu bom direito. Inexistência de grave lesão à ordem pública, considerando a existência de vários servidores cedidos, os quais poderiam retornar aos seus respectivos cargos e assim sanar eventual déficit no quadro funcional do Tribunal contratante. Agravo nominado do Ministério Público Federal ao qual se dá provimento” (SL 4013/CE, Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho, j. em 28.01.2009, unânime, p. em 10.02.2009). 8. Existência de manifestação desta Turma Julgadora, quando do exame do AGTR nº 93937/CE e o AGTR nº 96849/CE, Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, j. em 06.05.2010, unânime. 9. Pelo desprovisionamento da remessa oficial. (REOAC nº 519660/CE (0014802-93.2008.4.05.8100), 1ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Francisco Cavalcanti, j. 08.09.2011, unânime, DJe 15.09.2011). (Grifo nosso)

Nota-se, desta forma, que tal dispositivo impõe uma interpretação de fato adequada ao princípio republicano, de modo a exigir a comprovação, no procedimento de dispensa de licitação, do nexos entre a natureza e a competência da instituição com o objeto do ajuste.

Imagine-se, como exemplo, a esdrúxula hipótese de um determinado ente municipal pretender contratar diretamente, com fulcro no mencionado dispositivo legal, para elaboração e aplicação de concurso público voltado ao preenchimento de cargos públicos efetivos da administração pública municipal direta, uma instituição dedicada à recuperação social de presos.

Sem qualquer esforço, percebe-se naturalmente a ilegalidade de tal contratação hipotética.

Aliás, neste particular, vejamos a redação da Súmula 250, editada pelo TCU:

Súmula 250 – TCU

A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

Mais diretamente, inadmite-se a contratação para serviços ou compras que nenhuma relação tem com seus objetivos institucionais, exigindo-se a presença do “vínculo de pertinência” entre os objetivos da instituição e o objeto do contrato, de modo, como muito bem alerta José dos Santos Carvalho Filho⁷⁷, que “deve ser verificado se o estatuto da

⁷⁷ Manual de Direito Administrativo, Editora Atlas, 25ª edição, p. 253.

entidade permite realmente a execução do serviço ou o negócio de compra (é menos comum a hipótese de obras), ou se, ao contrário, o ajuste não será mero instrumento de dissimulação”.

Conclui-se, portanto, que a dispensa de licitação, com base no inciso XIII do art. 24 da Lei n.º 8.666/93, exige a demonstração de que a entidade contratada seja:

- brasileira;
- sem fins lucrativos,
- detentora de inquestionável reputação ético-profissional;
- incumbida regimental e estatutariamente do ensino, da pesquisa ou do desenvolvimento institucional, ou, ainda, dedicada à recuperação social do preso; e,
- capaz de executar, com sua própria estrutura e de acordo com sua competência, o objeto do contrato⁷⁸.

Finalmente, não se permite ignorar a redação do artigo 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei n.º 8.666/93, que impõe outros dois importantes requisitos de regularidade em contratações como a em apreço:

Art. 26. As **dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24**, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

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

(...)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço; (destaques nossos)

No que concerne à exposição da razão da escolha do contratado, sua imprescindibilidade na hipótese em apreço advém logicamente da própria condição experimentada pelo agente competente para autorizar, desde que atendidos os demais requisitos legais, a contratação direta.

Já a justificativa do preço alicerça-se no dever inarredável da administração pública de cuidar de verificar previamente o valor a ser despendido com a contratação que pretende firmar.

3 Conclusão

Diante de todo o exposto, acerca do tema provocado e respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, conclui este Centro de Apoio Operacional pela necessidade do órgão de execução ministerial, quando da verificação da regularidade de contratação direta, embasada no inciso XIII, do art. 24, da Lei n.º 8.666/93, atentar para a imprescindível presença, dentre outros, dos seguintes requisitos:

1) que a entidade contratada seja:

- a - brasileira;
- b - sem fins lucrativos,
- c - detentora de inquestionável reputação ético-profissional;
- d - incumbida regimental ou estatutariamente do ensino, da pesquisa ou do desenvolvimento institucional, ou, ainda, dedicada à recuperação social do preso; e,
- e - capaz de executar, com sua própria estrutura e de acordo com sua competência, o objeto do contrato;

2) haja conexão entre o objeto da contratação e a reputação ético-profissional da contratada;

3) tenha havido exposição das razões da escolha do contratante; e,

4) o preço contratado mostre-se justificado, com comprovada compatibilidade com os preços praticados no mercado .

Remeta-se cópia, via *e-mail* institucional, ao órgão de execução ministerial consultente, com posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 19 de abril de 2017

José Carlos Fernandes Júnior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO Patrimônio Público

⁷⁸ Nesse sentido: TCU. Processo nº 017.537/96-7