

PARECER Nº 045 /2018

**CONTRATAÇÃO DIRETA -
CONTRATAÇÃO DE INSTITUIÇÃO SEM
FINS LUCRATIVOS, COM NOTÓRIA
ESPECIALIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO
DE SELEÇÃO SIMPLIFICADA -
DISPENSA DE LICITAÇÃO - COM
FUNDAMENTO NO INCISO XIII DO ART.
24 DA LEI Nº 8.666/93.**

I. RELATÓRIO

A Fundação de Atendimento Socioeducativo - Funase instaurará Seleção Pública Simplificada para contratar, temporariamente, 496 (quatrocentos e noventa e seis) Agentes Socioeducativos, tudo devidamente autorizado, através da Resolução nº 005, de 16 de janeiro de 2018, da Câmara de Política de Pessoal - CPP, homologada pelo Governador do Estado através do Ato nº 617, de 20/02/2018 (DOE 21.02.2018), para atender às necessidades de excepcional interesse público das diversas unidades desta Fundação localizada na Região Metropolitana do Recife

Para executar o certame entende-se conveniente e oportuna a contratação de entidade externa, com experiência comprovada no planejamento e realização desse tipo de seleção, sob as seguintes justificativas:

- a) Trata-se de objeto de grande responsabilidade, tendo em vista a importância de sua finalidade;
- b) É tarefa complexa, porque importa na prática de uma série de atos interligados e ordenados que observem os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, regentes da Administração Pública e que têm vigência em



todas as suas atividades, entre as quais o concurso público;

- c) Exige-se de quem executa a seleção uma especialidade que supera o limite da atuação rotineira e comum aos entes públicos que são obrigados a realizá-lo, como forma única de preenchimento de vagas em seus quadros de pessoal permanente;

Tais entidades costumam ser contratadas por dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inc. XIII da Lei Nacional nº 8.666/93, inclusive pelo Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Estado e outros órgãos e entidades do Poder Executivo do Estado de Pernambuco.

No caso específico, a Funase realizou Chamamento Público, com ampla divulgação, destinado à coleta de propostas, permitindo-se o envio destas através do sistema PE Integrado e para o e-mail institucional indicado no Aviso de Chamamento Público.

Das três propostas recebidas em atendimento ao referido Chamamento Público, apenas a da entidade denominada INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL BRASILEIRO – IDIB, inscrito no CNPJ sob o nº 22.513.518/0001-61, preencheu os requisitos exigidos no Termo de Referência para futura contratação, através de Dispensa de licitação, apresentando proposta para taxa de inscrição.

Para tanto, a solicitação de verificação da viabilidade jurídica da dispensa de licitação vem instruída com o Termo de Referência do serviço a ser executado e dos documentos necessários à verificação das condições de habilitação, inclusive qualificação técnica e regularidade fiscal, além da proposta de preço ofertada pela futura contratada.

É o que importa relatar.

II. PARECER



As contratações formalizadas pelo Poder Público devem ser precedidas de licitação, para a efetiva realização dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, dispostos no *caput* do art. 37. Daí a regra geral fixada no seu respectivo inc. XXI:

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL/88

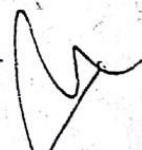
Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

.....
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." (nosso destaque e grifo)

O comando contido no dispositivo acima transcrito, apesar de tornar a exigência de prévia licitação um requisito essencial para a realização de contratos com a Administração, admite exceções – em certos e restritos casos – expressamente previstos nos artigos 24 e 25 da Lei Federal nº 8.666/93 que ensejam, respectivamente, as hipóteses de *dispensa de licitação* e *inexigibilidade* desta.

A distinção entre os dois institutos é trazida com maestria por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO livro Direito Administrativo. 13ª. Ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 302:

"A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na



competência discricionário da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto, ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.”

Na espécie, busca-se a contratação direta de uma entidade de notória especialização, com fundamento no permissivo legal contido no inc. XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, regra jurídica que tem o seguinte enunciado:

LEI NACIONAL Nº 8.666/93

Art. 24. É dispensável a licitação:

XIII - na 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; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Trata-se de uma das hipóteses de dispensa de licitação em razão de atributos pessoais do contratado, quando é a peculiar condição do contratado que autoriza a contratação direta, da mesma forma como ocorreu com as situações previstas nos incisos VIII, X, XI, XVI e XX do mesmo artigo 24^{II}.

No pertinente ao inciso XIII, considerando a frequente participação da sociedade civil organizada em assuntos relacionados ao bem-estar da coletividade – atividades que dizem respeito ao interesse público primário – o legislador reputou que seria conveniente incentivar o desenvolvimento de algumas delas, mesmo quando executadas por entidades privadas.

Observe-se, que nem todas as atividades desenvolvidas pelo terceiro setor, assim como nem todas as entidades que delem fazem parte, foram legitimadas ao tratamento diferenciado dispensado pelo artigo 24 da Lei. O dispositivo em apreço refere-se exclusivamente a dois tipos de instituição:



- a) Primeiro, às entidades que desenvolvam atividades de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional; e,
- b) Segundo, às entidades dedicadas às atividades de recuperação social de presos.

Por conseguinte, a análise da viabilidade jurídica da pretendida contratação direta deve iniciar-se pela verificação dos atributos pessoais do escolhido para ser contratado. Isto porque, caso não preencha as exigências legais contidas no dispositivo – pelo menos com ele, INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL BRASILEIRO – IDIB, a contratação será inviável, dispensando-se o exame das demais condições legais exigíveis.

Importa esclarecer, ainda preliminarmente, que em se tratando de exceção à regra geral de índole constitucional da prévia licitação, a interpretação das hipóteses de dispensa de licitação deve se dar de forma restritiva, precaução já recomendada pelo Tribunal de Contas da União em relação ao inc. XIII do art. 24 da Lei e orientada pela doutrina especializada.

Nesse sentido nos ensina JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR no comentário à lei das licitações e contratações da administração pública. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 284:

"Infere-se que longo e sinuoso tem sido o caminho do amadurecimento hermenêutico do inciso XIII do art. 24 da Lei Geral de Licitações. Hoje, seria possível extrair-se do decisório do TCU que são requisitos de validade da contratação direta nele amparável, em síntese esquemático: (a) a pessoa jurídica a ser contratada atender à qualificação expressa no texto legal (o estatuto ou regimento interno fazê-la dedicada ao ensino, à pesquisa ou ao desenvolvimento institucional); (b) o objeto do contrato corresponder a uma dessas especialidades; (c) o caráter intuito personae do contrato, a impor, que a execução das obrigações seja feita pela própria entidade, vedadas, em princípio, a subcontratação e a terceirização; a expressão 'desenvolvimento institucional' compreender bem ou atividade sob a tutela da Constituição, conferindo à

dispensa nota de excepcionalidade, com a qual não se compadecem serviços corriqueiramente encontrados no mercado. "III

1 A VERIFICAÇÃO DOS ATRIBUTOS PESSOAIS DO EXECUTANTE

a. *Ser instituição brasileira*

A primeira exigência se refere à nacionalidade brasileira do futuro contratado. Tendo por critério de aferição apenas a localização, a comprovação do atendimento deste primeiro requisito legal exige a singela verificação e constatação de que a sede entidade esteja localizada em endereço situado no território brasileiro. A condição está satisfeita, posto que o IDIB tem sede em território nacional, segundo informa o seu Estatuto Social.

b. *Dedicar-se às atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional; ou ainda à recuperação social de presos.*

A segunda exigência relaciona-se à finalidade social da entidade a ser contratada. Legítima-se à direta contratação em exceção à regra geral da prévia licitação exclusivamente àquelas instituições que formalmente se dediquem ao ensino, à pesquisa, ao desenvolvimento institucional ou ainda à recuperação social de preso. Trata-se de uma exigência que se comprova através da constatação formal de que há, no seu ato constitutivo, a previsão de que se dedicará àquelas atividades, simultaneamente ou não.

c. *Que detenha inquestionável reputação ético-profissional.*

A terceira exigência, por sua vez, se relaciona à conduta ética da instituição no desenvolver de suas atividades profissionais. Este ponto é amplamente permeado de subjetivismo, porquanto algo sempre pode ser questionado, mesmo de instituições sérias. Difícil de ser comprovado documentalmente nos autos, por ser prova negativa de má-conduta. Em tais circunstâncias, optamos por considerar apenas as informações prestadas por pessoas físicas ou jurídicas que com ela já se relacionaram profissionalmente e a inexistência de ações judiciais motivadas, principalmente, por questões éticas, criminais e fiscais.



Em tais condições, entendemos que a exigência também foi atendida, uma vez que consta da documentação analisada demonstrando satisfação com o sua conduta profissional.

d. Não ter fins lucrativos:

Por fim, a quarta exigência está relacionada à destinação do capital obtido em suas atividades, limitando-se a aplicação do permissivo legal apenas às organizações que não possuam fins lucrativos. Este requisito também está plenamente atendido pelo IDBI, posto que o artigo 1º do seu Estatuto Consolidado indica tal natureza jurídica.

2. PERTINÊNCIA ENTRE OBJETO, OBJETIVO SOCIAL DO EXECUTANTE E ATIVIDADES MENCIONADAS NO INC. XIII DO ART. 24 DA LEI.

Examinados os requisitos referentes à instituição, o passo seguinte é a verificação da necessária pertinência entre o objeto a ser contratado, o objetivo social da contratada e as atividades mencionadas na norma, o que tem sido objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial.

Prestigiada parcela da doutrina pátria, dentre os quais mencionamos MARÇAL JUSTEN FILHO, tem entendido que "somente podem ser abrigadas no permissivo do inc. XIII contratações cujo objeto se enquadre no conceito de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou recuperação social de presos", conforme o caso.

O Tribunal de Contas da União (Processo TC-011.348/2002-5; Acórdão nº569/2005 – TCU - Plenário, Relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti, Revisor Min. Marcos Bemquerer Costa, Sessão de 11.5.2005), acolhendo o entendimento doutrinário que tem por necessária a pertinência absoluta entre o objeto da contratação e as finalidades institucionais elencadas de forma expressa na norma, fixou o entendimento de que é juridicamente viável a contratação direta de instituição para a realização de processos seletivos de pessoas – sejam concursos públicos ou seleções públicas simplificadas – com fundamento no art. 24. XIII da Lei 8.666/93.



Obviamente, por ser exceção à regra, condiciona a legalidade, primeiro ao preenchidos de todos os requisitos relacionados aos atributos pessoais do escolhido para ser contratado e, segundo, que esteja demonstrada – com critérios objetivos – a essencialidade do preenchimento dos cargos objetos do processo seletivo para o desenvolvimento institucional do Órgão contratante.

Em outras palavras, para o TCU, sempre que os cargos a serem preenchidos forem essenciais às atividades do órgão que instaura o processo seletivo de pessoas, a execução do concurso ou seleção pública simplificada é objeto que inserir-se no conceito de desenvolvimento institucional mencionado na norma permissiva. Haverá, pois, pertinência entre: a) o objeto a ser executado; b) o objetivo social da entidade que executará o objeto ser contratado; e, c) a atividade de desenvolvimento institucional mencionada literalmente na norma jurídica em apreço. Por consequência, viável será a contratação direta de instituição para a realização de processos seletivos de pessoas com fundamento no art. 24. XIII da Lei 8.666/93, como se pretende neste caso.

3. A ESSENCIALIDADE DOS CARGOS A SEREM PREENCHIDOS PARA AS ATIVIDADES INSTITUCIONAIS DO ÓRGÃO.

Como se vê, o interesse público a nortear a dispensa de licitação prende-se à demonstração da essencialidade dos cargos ou das respectivas atividades para a consecução dos objetivos institucionais do órgão contratante.

Aqui também se observa o atendimento do requisito mencionado, já que o cargo posto é de extrema relevância para a Funase, dentro do seu objetivo também de estruturar e operacionalizar um conjunto de ações direcionadas à garantia dos direitos fundamentais do indivíduo sujeito à medida socioeducativa privativa de liberdade.

Demonstrada a essencialidade dos cargos e de suas respectivas atividades para o atingimento dos objetivos institucionais da Funase, importa demonstrar as razões de escolha da executante e apresentar justificativa de preço.

4. A JUSTIFICATIVA DE ESCOLHA DO EXECUTANTE



No inciso II, do parágrafo único, do art. 26, estabeleceu o legislador que o processo de dispensa ou inexigibilidade deve ser instruído com a razão da escolha do fornecedor ou executante.

A hipótese presente – que tem por fundamento o inc. XIII do art. 24 da Lei de Licitações e Contratos – é um dos casos em que a licitação é dispensada em razão direta dos atributos a pessoa do executante, como sói acontecer também nos casos referidos nos incisos VIII, X, XI, XVI e XX do mesmo artigo, quando é a peculiar condição do contratado que autoriza a contratação direta, desde que atendidos, conforme o caso, os demais requisitos da Lei.

Sendo assim, há íntima relação entre a justificativa da situação geradora da dispensa de licitação anteriormente descrita e o atendimento da exigência de instrução, pois a futura contratada é uma instituição voltada à pesquisa e ao desenvolvimento institucional. Acrescente-se o fato de que a mesma vem executando suas atividades dentro dessas premissas.

Nesse contexto, vale lembrar o que disse o Ministro-Revisor do Processo TC-011.348/2002-5 (Acórdão nº 569/2005 – TCU – Plenário) acima transcrito, acerca da existência de ***“...um relevante interesse público subjacente que justifica a dispensa de licitação: assegurar a moralidade, a segurança, o sigilo e a credibilidade do concurso público, bem como a isonomia na acessibilidade aos cargos públicos...”***.

Tais valores, por certo, **estarão mais bem protegidos pela direta contratação dessa entidade**, do que a contratação por licitação **de uma empresa privada**, pois a licitação garantirá a isonomia em relação ao processo seletivo, mais nunca poderá garanti-los em relação ao preenchimento das vagas, o que se apresenta muito mais importante.

5. A JUSTIFICATIVA DE PREÇO

No que concerne à justificativa de preço, importa registrar que as despesas serão custeadas pela cobrança da taxa de inscrição dos candidatos, compreendendo os gastos operacionais da executora, a exemplo de planejamento, locação de locais, segurança, fiscalização, confecção de atas, confecção de edital, recebimento dos recursos, emissão dos relatórios exigidos, enfim, todos os custos que direta ou indiretamente decorram da execução da referida Seleção.

O Instituto de Desenvolvimento Institucional Brasileiro – IDIB apresentou proposta e respectiva composição de custos,

em atendimento ao Chamamento Público, que na Seleção Simplificada seja cobrado a título de taxa de inscrição para o cargo de Agente Socioeducativo, cuja escolaridade exigida é o curso de nível médio.

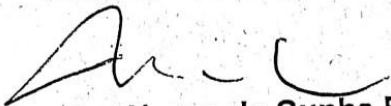
Nesse sentido, balizando-se ainda pelos preços praticados em concursos/processos seletivos realizados por outros órgãos e entidades da Administração Pública em nossa região, e considerando o grau

de escolaridade exigido para o cargo, constata-se, a adequabilidade entre o preço sugerido pelo referido Instituto, em cumprimento ao que determina o inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93.

6. CONCLUSÃO.

É o parecer, salvo melhor juízo, favorável à contratação do INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL BRASILEIRO - IDIB, através de Dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inc. XIII da Lei nº 8.666/93, para execução de Seleção Publica Simplificada visando à contratação temporária de Agentes Socioeducativos, observadas as especificações técnicas contidas no Termo de Referência do Serviço.

Recife, 19 de abril de 2018.


Maria das Neves da Cunha Figueiredo

Diretora Jurídica OAB-PB 11.738