

## **PARECER**

### **I – A CONSULTA**

Consulta-nos a **Fundação Comitê de Gestão Empresarial - Fundação COGE sobre o aspecto de legalidade de sua contratação, sem realização de prévio processo licitatório, por empresas do Setor Elétrico Brasileiro**, instituidoras e mantenedoras da referida entidade fundacional.

### **II – O PERFIL DA CONSULENTE**

#### **A) FUNDAÇÃO COGE COMO INSTITUIÇÃO**

**1. A Fundação COGE é pessoa jurídica de direito privado, na qualidade de instituição de caráter técnico-científico, voltada para a pesquisa, o estudo e o aperfeiçoamento dos métodos, processos e rotinas adotadas pelas empresas integrantes do Setor Elétrico Brasileiro'**, consoante o disposto no art. 1º, e parágrafo único, de seu Estatuto, aprovado por seu Conselho de Curadores, em 25.11.04, e pela Portaria nº 007, de 26.01.05, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Estado em cuja Capital a entidade tem sede; tendo sido o diploma estatutário registrado sob o nº 172.308, no Ofício do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, em 09.03.05.

**1.1. Nos termos do art. 2º do referido diploma,**

**"é objeto da Fundação COGE prestar assessoramento e consultoria às empresas instituidoras e mantenedoras, visando o seu desenvolvimento institucional, realizar pesquisas, estudos, análises, projetos e eventos, apresentando às mesmas, e também a órgãos ou entes governamentais, sugestões que levem ao aperfeiçoamento dos métodos, processos e rotinas para a permanente melhoria da gestão empresarial, e ainda prestar, agregando conhecimento, assistência técnica e consultoria a todas as empresa do Setor Elétrico Brasileiro."**

**1.2. Acrescenta o respectivo parágrafo único que,**

**"nas condições estabelecidas por seu Conselho Diretor, poderá o objeto da Fundação COGE ser estendido a outras empresas, entidades, universidades, fornecedores, associações de classe e sindicatos patronais."**

**1.3. O Regimento Interno da Fundação, também objeto dos atos aprobatórios citados, pormenoriza, em seu art. 3º, e parágrafo único, o objeto fundacional:**

**"É objeto da Fundação COGE prestar assessoramento, assistência técnica e consultoria a todas as empresa do Setor Elétrico Brasileiro, visando o seu desenvolvimento institucional, compreendendo entre outros:**

**I - Projetos nas áreas de RH, Relações Sindicais, Econômico-Financeira, Jurídica, Auditoria Interna, Suprimento de Materiais, Transporte, Informática e Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho e Assessoria Técnica na área de Gerenciamento de Riscos e Seguros.**

**II - Promoção de Cursos e Seminários visando a formação, o desenvolvimento e a especialização dos recursos humanos do setor energético brasileiro e outros.**

**III - Incentivar ações de capacitação e desenvolvimento de pessoas, de aumento de responsabilidade social, de preservação do meio ambiente e de gestão de segurança e saúde ocupacional.**

**IV - Intermediação na contratação de consultoria pelas empresas interessadas, sugerindo profissionais adequados e providenciando o atendimento às exigências legais.**

**V - Organização de projetos específicos de melhoria gerencial das empresas, preparando-as para a obtenção de melhores índices de avaliação técnica e financeira.**

**VI - Desenvolvimento de projetos para atendimento de necessidades específicas das empresas, utilizando especialistas disponíveis no mercado de trabalho, quando deles a Fundação COGE não dispuser.**

**VII - Organização de visitas técnicas e estágios em instituições do País e do Exterior visando a melhoria da gestão das empresas.**

*Parágrafo único. O Conselho Diretor poderá autorizar proposta de prestação de assessoria e consultoria às empresas, entidades, universidades, associações de classe, sindicatos e fornecedores não pertencentes ao Setor Elétrico Brasileiro, desde que a mesma atenda o objeto da Fundação COGE, previsto no artigo 2º do Estatuto Social."*

**2. Outrossim, o Regimento elenca, em seu art. 1º, as instituidoras da Fundação, a saber,**

**"Centrais Elétricas Brasileiras S/A - ELETROBRÁS, Cia. de Eletricidade do Amapá - CEA, Cia. Energética de Alagoas - CEAL, Cia. Energética de Brasília - CEB, Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A - CELESC, Cia. Energética de Pernambuco - CELPE, Centro de Pesquisas de Energia Elétrica - CEPEL, Cia. Energética do Piauí - CEPISA, Cia. Energética de Roraima - CER, Centrais Elétricas de Rondônia S/A - CERON, Cia Energética de São Paulo - CESP, Cia Hidroelétrica do São Francisco - CHESF, Cia. Luz e Força Santa Cruz - CLFSC, Cia. Paulista de Energia Elétrica - CPEE, Cia. de Eletricidade do Acre - ELETROACRE, Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A - ELETRONORTE,**

*Eletronuclear S/A - ELETRONUCLEAR, Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A - ELETROSUL, empresa Metropolitana de Águas e Energia S/A - EMAE, Empresa Paulista de Transmissão de Energia Elétrica - EPTE, FURNAS - Centrais Elétricas S/A, ELETROPAULO METROPOLITANA - Eletricidade de São Paulo, Centrais Geradoras do Sul do Brasil - GERASUL, LIGHT - Serviços de Eletricidade S/A, Rede de Distribuidoras de Energia Elétrica - GRUPO REDE, SAELPA - Sociedade Anônima de Eletrificação da Paraíba; e, posteriormente, admitidas como mantenedoras, Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica - CGTEE, MANAUSENERGIA S.A., Companhia Energética do Amazonas - CEAM, BOA VISTA ENERGIA S.A., LIGHT Participação S.A. - LIGHTPAR, Rio Grande Energia S.A. - RGE, Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, Companhia Paulista de Força e Luz - CPFL, Companhia Energética de Minas Gerais - CEMIG, Companhia Estadual de Energia Elétrica - RS - CEEE, Companhia Energética de Goiás - CELG, Companhia Paranaense de Energia - COPEL, CEB LAJEADO S.A., Companhia Energética do Maranhão - CEMAR, BANDEIRANTE ENERGIA S.A., ELEKTRO - Eletricidade e Serviços S.A., Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia - COELBA, BRASCAN ENERGÉTICA S.A., Companhia Energética do Ceará - COELCE e ITAIPU Binacional."*

**2.1. Verifica-se que o conjunto é constituído de empresas** do Setor Elétrico Brasileiro; estatais, paraestatais e **privadas, bem como particulares, e, ainda, por ITAIPU BINACIONAL**; estando aberto o ingresso de novas mantenedoras, mediante aprovação do Conselho de Curadores e aporte de dotação inicial em valor mínimo por ele fixado (**art. 14, IV, do Estatuto**); **qualidade, essa, de mantenedora, em que podem ser investidas 'quaisquer empresas, brasileiras ou não, privadas, estatais ou autarquias'**, que formalizarão termo de adesão (arts. 4º e 6º do RI).

**3. Com patrimônio próprio e autonomia**, não só com relação àquele, mas também, de ordem administrativa e financeira, *'frente a seus instituidores e mantenedoras'*; **'constituem recursos ordinários da Fundação COGE as dotações das empresas instituidoras e mantenedoras, as receitas provenientes de serviços e rendimentos de bens próprios'**: art. 25 do Estatuto.

Anote-se que não há **contribuições ordinárias por parte das patrocinadoras e mantenedoras**.

O núcleo recursal é constituído, efetivamente, pela taxa de administração que é paga pelos contratantes dos serviços prestados pela Fundação.

Já os **recursos, extraordinários, consoante o estipulado pelo art. 26 do texto estatutário**, são formados por *'doações, auxílios, subvenções e contribuições realizadas por pessoas físicas ou jurídicas, os subsídios que lhe sejam concedidos e os financiamentos concedidos por entidades públicas ou privadas, do País ou Exterior, destinados à promoção de ações específicas e compatíveis com os fins da Fundação COGE.'*

### 3.1. O art. 27, por seu turno, estipula:

**"Todos os bens, recursos, dotações e rendimentos obtidos ou colocados à disposição da Fundação COGE só poderão ser utilizados na realização das finalidades previstas no Artigo 2º, sendo vedada a distribuição de dividendos, mas permitida a inversão de resultados para a obtenção de rendas a atender os seus fins fundacionais, bem como para promover eventos e incentivar ações de capacitação e desenvolvimento de pessoas, de aumento da responsabilidade social, de preservação do meio ambiente e de gestão de segurança e saúde ocupacional."**

**4. A Entidade está sob o velamento** da Provedoria de Fundações do *Parquet fluminense*, que, com o auxílio de auditoria externa, e sem prejuízo da atuação dos órgãos fundacionais internos, os Conselhos Fiscal e de Curadores, tem, segundo nos foi informado, aprovado os relatórios e contas da **Fundação**.

**5. A normatividade interna da Consulente contém mecanismos de assecuração de sua condição de entidade não lucrativa** (art. 1º, *cit.*, do Estatuto); de seu **caráter institucional técnico-científico (parágrafo único respectivo)**, com suas receitas e patrimônio integralmente voltados para os fins fundacionais (art. 27); **vedadas a distribuição de resultados econômico-financeiro positivos (*ib.*)**, e a **percepção, por seus Conselheiros**; '*de quantias a título de remuneração pelo desempenho de suas funções, bem como a participação, sob qualquer forma, nos resultados econômicos da Fundação COGE*', não fazendo jus eles, tampouco, '*a quaisquer tipos de bonificações*' (art. 8º); e **não podendo, ademais, Conselheiros, dirigentes, diretores ou gerentes das empresas instituidoras e mantenedoras** '*efetuar negócios de qualquer natureza, direta ou indiretamente, com a Fundação COGE, sem a prévia anuência do Ministério Público*' (art. 9º).

**5.1. Ademais, 'é vedada a transformação da Fundação COGE em Sociedade ou Associação, bem como a sua incorporação ou fusão a entidades dessas espécies'** (art. 33); sendo certo que, no caso de extinção, '*o Conselho de Curadores decidirá sobre a destinação dos bens, que deverão ser transferidos a uma instituição da mesma natureza da Fundação COGE, ouvido o Ministério Público*' (art. 36).

**6. Está, assim, a Consulente**, higidamente organizada, estrutural e funcionalmente, como instituição, no sentido social, **econômico-financeiro e jurídico do termo, eis que atua desinteressadamente, na Ordem Social**, na moldura do **Título VIII da Constituição Federal, no Capítulo IV, 'Da Ciência e da Tecnologia'**, e no campo do **desenvolvimento científico, da pesquisa e da capacitação tecnológicas** (art. 218).

**6.1. Nesse enquadramento, a Fundação COGE é um agente do Direito Social**, e, por isso, reveste-se da índole **fundacional, porquanto a fundação é, por natureza, social**: (a) *em sua origem, pois que a dotação inicial dos instituidores é um ato de disposição pro bono*; (b) *em sua estrutura, porquanto seu substrato, que recebe o selo da personificação, é o patrimônio*

dotado e legitimamente incrementado com os recursos e aportes ulteriores; (c) *por sua administração, que gere esse patrimônio, objetivando que a entidade concretize a consecução de seus fins*, sempre sociais, não econômicos, conforme, enunciativamente, enumera o art. 62, parágrafo único, do Código Civil; sendo, os **órgãos estatutários, órgãos servientes, executores da vontade dos instituidores**, traduzida nos textos estatutários e regimentais; e não tendo, a fundação, membros, sócios ou **associados, o que é próprio das pessoas jurídicas corporativas (sociedades e associações)**; e (d) *pela existência de seus destinatários, que são a razão de ser da instituição, pois que os beneficiários* do produto de sua atividade, e não seus consumidores ou usuários.

## 6.2. Destaquemos essa **figura básica do universo fundacional**.

Os **beneficiários ou destinatários formam, na estrita linguagem matemática, um conjunto**, com maior ou menor número de elementos, mas sempre individualizáveis; ou seja, um grupo, um segmento, uma comunidade, um setor social.

### 6.2.1. A relevância da figura do destinatário é decisiva para a fundação, tanto que se discute se são eles os **sujeitos de direito**, situados no **polo ativo, em matéria de relação jurídico-fundacional**.

PINTO FERREIRA, em erudito estudo, conclui que **sujeitos**, *'como destinatários dos seus benefícios, são, pois, os indivíduos componentes desta ou daquela coletividade, os quais, na dúvida, poder-se-ão determinar: (a) consoante o que se dispuser no ato fundacional; e omissis esse, (b) nos termos do que as regras supletivas da lei estipularem; e, em sua falta, (c) pelo que a jurisprudência decidir'*.

Sua tese é desenvolvida, com pormenores: *'Nas fundações, se nos oferecem à análise dois grupos distintos de pessoas: há, duma parte, os administradores-representantes; e, doutra parte, os respectivos beneficiários, ou melhor, destinatários. Há, para cada qual desses dois grupos, uma situação jurídica peculiar, que se não confunde com a do outro. O primeiro representa e gere um patrimônio, permanentemente consagrado ao proveito do segundo: a este correm as vantagens dimanantes do acervo de bens, que aquele simplesmente administra. A um, impõe-se o dever de realizar os proventos, que ao outro cabe o direito de fruir. Portanto, dois fatos simultâneos e relevantes: as obrigações dos administradores e os direitos dos destinatários, congenitamente estatuídos pelo instituidor da fundação, mas por ele próprio separados''*. Os destinatários são, pois, *'os seus sujeitos basilares, como beneficiários do fim a realizar-se'*.

### 6.2.2. A legislação brasileira reconhece, no **destinatário**, a figura do **interessado** (CPC, arts. 1.200; 1.201, § 1º; e 1.204), que tem **legitimação ativa para a propositura de ações e o requerimento de medidas ligadas à organização, fiscalização e extinção das fundações**.

Aliás, no caso de ação de extinção da entidade, os **destinatários têm de ser citados**.

Cumpra sublinhar que os **destinatários fundacionais, em qualquer de suas espécies, podem juridicamente situar-se, para a fruição dos benefícios, em posição contratual ou estatutária; e receberem benefícios gratuitos ou onerosos, sendo que a atividade remunerada da fundação não a descaracteriza ou ilegítima.**

**6.3. O destinatário central** da Fundação COGE é o *Setor Elétrico Brasileiro*.

**7. É a Consulente, manifestamente, uma 'instituição brasileira incumbida, regimental e estatutariamente, da pesquisa e do desenvolvimento institucional'.**

Essa, também, é a dicção do **inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21.06.93, ao enumerar, essa, as hipóteses de contratações dispensadas de licitação.**

**8. A Fundação COGE é entidade brasileira, de índole institucional.**

**8.1. Alguns** entendem que o termo '*instituição*' está, no texto legal referido, na acepção, **ampla, de pessoa jurídica, por oposição à pessoa física, conforme salienta MARÇAL JUSTEN FILHO, em seus 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos' (São Paulo, Dialética, 14ª ed., 2010, p. 325/326).**

**8.2. Admite, porém, o vocábulo *instituição*, sentido mais específico. Pessoa jurídica de fins não-econômicos,** eis que, do contrário, perseguiria **olucro.**

**8.3. O termo *instituição* admite, com efeito, acepções várias.**

**8.3.1. Sociologicamente, *instituição* é 'um sistema de conceitos, costumes, tradições, crenças, normas, associações e órgãos reguladores da vida social, para satisfação das necessidades humanas'; já no campo do Direito, em um sentido amplo, 'é a organização ou função social, encarregada do atendimento de interesses coletivos nela representados' (AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, Curso de Direito Constitucional Brasileiro, Rio, Forense, 1958, I: 10/11).**

**8.4. A Constituição de 1988 emprega o termo *instituição* no sentido de *entidade*, ora com abrangência ampla, ora estrita.**

**8.4.1. Com efeito, utiliza o vocábulo em tela em trinta e um dispositivos concernentes a diferentes matérias; evidenciando que o uso do substantivo se deu com aquele significado. De outra forma, não se poderia conciliar características outras, que alguns pretendem embutir no conceito de *instituição*, com as '*instituições financeiras*', a que alude o art. 192 da Constituição.**

**8.4.2. Mas, saliente-se, correspondendo ao termo *instituição*, em sua denotação social, o § 4º do art. 150 da CF usa, exatamente, a palavra *entidades*.**

É que, embora, talvez com menor intensidade, o segundo vocábulo também tem sentido de **ente com fim público**, sendo que dificilmente se chamaria de **entidade** a uma **pessoa jurídica empresarial; mas o fazemos no que tange às pessoas de direito público, inclusive autarquias**; e, dentre as de direito privado, no concernente às associações e fundações.

Assim, não obstante sem o rigor por que pugnava LEOPOLDO BRAGA (*Instituições de Educação e de Assistência Social, 'in' Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Rio, Borsoi, p. 256*), os termos **instituição** e **entidade** têm, inequivocamente, esse **sentido social** (cf. LEANDRO MARINS DE SOUZA, *'Tributação do Terceiro Setor no Brasil'*, São Paulo, Dialética, 2004, p. 159/161).

**8.5. No campo específico da História e da Teoria das Pessoas Jurídicas**, os vocábulos instituição, e seu cognato instituto, sempre estiveram ligados à figura da fundação.

**8.6. Reitere-se que a fundação, nos termos em que está colocado seu regime no Código Civil** e no Código de Processo Civil, como espécie do gênero das pessoas jurídicas, tem atributos que a tornam o instrumento ideal para o atendimento de fins transindividuais.

Conforme se salientou, a **fundação não tem membros, ou seja, nem sócios**, nem associados, eis que a *membriedade* é requisito necessário e próprio das **corporações (sociedades e associações)**, que, em consequência, **ostentam, como órgão máximo e indispensável de sua estrutura, a assembléia geral, onde atuam os membros** da pessoa jurídica, e que podem modificá-la - inclusive quanto ao objeto social - e, até mesmo, extingui-la: é órgão dominante, que expressa a vontade imanente, interna, superior, que comanda o destino corporativo.

A **fundação conta, tão somente, com órgãos de administração, integrados pelos administradores** do patrimônio fundacional, substrato que é personalizado; órgãos, esses, servientes, pois sua atuação está comprometida, funcionalmente, com o fim fundacional, o qual já encontram preestabelecido no ato de instituição da entidade, cuja existência não podem eliminar *ad libitum*.

Quanto ao aspecto **finalístico da fundação, é relevante gizar, uma vez mais, que, no Direito Civil Brasileiro, tem ele de ser social**, de índole social.

A **extinção da fundação, salvo as hipóteses de existência a termo final ou sob condição resolutiva, inclusive por visar à realização de fim de cometimento temporário, só pode dar-se pela superveniência de inviabilidade, por causas fáticas ou jurídicas, reconhecidas por quem de direito.**

Finalmente, um dado básico das *virtudes fundacionais*: **exatamente em razão de sua estrutura impessoal; da perenidade existencial; de sua teleologia altruística, a fundação tem de estar sob o velamento, a provedoria de terceiro, que fiscaliza a administração da entidade, com vistas à permanente aferição da legitimidade de sua investidura e de sua atuação; da consonância dessa com os fins da fundação; verificando - e prestando o auxílio correspondente, quando necessário - se se está desenvolvendo a melhor**

**gestão do patrimônio, de modo a se obterem mais recursos, e, com menos ônus, a consecução mais completa possível dos mencionados fins.**

Esta **provedoria, no caso das fundações civis, como a Fundação COGE**, cabe ao Ministério Público Estadual.

**8.7. A apresentação desse panorama geral das peculiaridades fundacionais torna clara sua pertinência como instrumento de realização de fins sociais, quando se deseja utilizar um meio impessoal, objetivo, duradouro, confiável, inclusive pela sujeição à fiscalização externa.**

**8.8. Pode, pois, concluir-se que, no Direito Brasileiro, toda fundação é uma instituição**, como organização ou função social.

É certo que o termo **instituição foi, progressivamente, tomando acepção mais larga, a abranger, desde que atendida a finalística social, associações e sociedades.**

Mas isto não infirma a conclusão: se nem toda **instituição é fundação, toda fundação é instituição.**

**8.9. Destarte, a Fundação COGE é uma instituição.**

**B) A FUNDAÇÃO COGE: ENTIDADE COM REPUTAÇÃO ÉTICO-PROFISSIONAL, DE COLABORAÇÃO DO PODER PÚBLICO NO DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO.**

**SUA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO TÉCNICA NAS ÁREAS DE INTERESSE SETORIAL**

**9. Outrossim, conforme citado, o Estatuto e o Regimento Interno da Consulente expressamente elencam, como elementos constitutivos do conjunto de seu objeto, além da pesquisa e do ensino, o desenvolvimento institucional.**

**9.1. Com esta configuração jurídico-operacional, a entidade qualifica-se como 'instituição brasileira incumbida regimental e estatutariamente da pesquisa, do ensino e do desenvolvimento institucional'.**

**9.2. A Fundação COGE foi instituída, repita-se, por empresas estatais, paraestatais e privadas, concessionárias de serviço público, todas do Setor Elétrico Brasileiro, estratégico para os interesses nacionais.**

**9.3. Sucedeu ao Comitê de Gestão Empresarial – COGE, do qual herdou a própria denominação, órgão do Ministério das Minas e Energia, mas extinto no Governo Collor, nos albores do processo de privatização do Setor.**

**9.4. Em trabalho datado de 1º.10.09, e apresentado pelo Presidente da Fundação COGE, MARCO ANTONIO RODRIGUES DA CUNHA, explicita-se que**

***"foram extintos o Comitê de Gestão Empresarial – COGE e o Grupo de Intercâmbio e Difusão e Informações Sobre Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho –***



**GRIDIS, instituições criadas através de Portarias do Ministério de Minas e Energia e que tratavam de temas de interesse do setor elétrico brasileiro nas áreas de gestão empresarial e segurança do trabalho, cujas secretarias executivas funcionavam como órgãos da ELETROBRÁS.**

*Assim, em 1998, 26 empresas resolveram constituir a **Fundação COGE** para ocupar os espaços gerados pelas restrições de atuação da ELETROBRÁS nas áreas de capacitação, gestão empresarial e de segurança do trabalho.*

*Foi então criada a **Fundação COGE**, que já nasceu com grande importância para o setor elétrico brasileiro, assumindo a responsabilidade de dar continuidade aos projetos e atividades nas áreas acima citadas e que incluíam, entre outros, a manutenção e atualização dos acervos técnicos desenvolvidos e acumulados pelo COGE e pelo GRIDIS, de 1976 a 1997.”*

**9.5.** Nesse cenário, empresas, instituidoras da **Fundação COGE**, tomaram a iniciativa de sua criação, já agora fora do âmbito governamental, e sob a forma de um ente de direito privado, a elas vinculado, e de colaboração com o Estado e a sociedade, no campo científico, tecnológico e de pesquisa.

**9.6. Destarte, por sua origem, finalidade, estrutura, tendo como destinatário o Setor Elétrico Brasileiro, a Fundação COGE se insere, conforme salientado, na ordem social,** posição que é negritada pela inserção da autonomia tecnológica como razão essencial de incentivo ao mercado interno, constitucionalmente considerado, esse, integrante do **patrimônio nacional (art. 219)**.

**9.7. É dever constitucional do Estado promover esse incentivo,** e dedicar, à pesquisa científica, **'tratamento prioritário'**, estimulando as empresas – e, a fortiori, as **instituições** –, *'que invistam em pesquisas, criação de tecnologia adequada ao País'* (CF, art. 218, e §§ 1º, 3º e 4º).

**A Consulente, e outras instituições** do gênero, têm, portanto, posição diferenciada no contexto nacional, sendo ente de colaboração do Poder Público e da **sociedade**.

As empresas que a criaram, **intragovernamentais ou privadas, essas também de colaboração do Poder Público**, como concessionárias, cumpriram, ao se fazerem instituidoras do COGE, esse papel do **Estado e da Nação Brasileira**.

**9.8. Não é, pois, a Fundação COGE,** um agente econômico do mercado, mas um elemento de desenvolvimento desse, na medida em que o mesmo faz parte do patrimônio nacional.

**9.9. Ademais, conforme antes assinalado, o destinatário da Fundação COGE** é o Setor Elétrico Brasileiro, que é institucional, porquanto tem uma

estrutura sistêmica, com **finalidades específicas, segundo o estabelecido em políticas públicas.**

**9.9.1. O desenvolvimento institucional do Setor é, conforme o art. 2º do diploma estatutário, o núcleo do objeto fundacional.**

**9.9.2. Nesse panorama, é desenvolvimento institucional tudo, portanto, que disser respeito a esse Setor,** através de ações e realizações que o aperfeiçoem, que o expandam, aprimorem-no, modernizem-no, instrumentalizem-no.

**9.9.3. A colaboração, a participação,** nos processos e procedimentos de desenvolvimento institucional do Setor Elétrico Brasileiro, pode dar-se através da prestação de serviços, inclusive de **consultoria e de assessoria, assistênciatécnica.**

**9.9.4. Pode, ainda, consistir em qualquer espécie de atuação, com o referido comprometimento finalístico;** mediante a formulação, coordenação e execução de **projetos, o aperfeiçoamento dos métodos,** processos e rotinas adotados por quaisquer agentes do Setor.

Cuida-se de um **plexo de iniciativas que correspondem a seu crescimento, progresso,** material e operacional; melhoria da gestão empresarial, com aumento da eficiência e da economia de custos; da responsabilidade social e ambiental; e aprimoramento dos recursos humanos, com **incremento da capacitação e da segurança no trabalho; além, é claro, da realização de obras, pesquisas, estudos, análises, eventos, cursos e treinamentos.**

**9.10. Neste campo, é a Consultente, instituição técnico-científica de excelência,** que tem desenvolvido, concretamente e no balizamento estrito de seus fins, desde sua criação, amplo, profundo e relevante papel no desenvolvimento de seu destinatário, de seu beneficiário **institucional, que é o Setor Elétrico Brasileiro.**

**9.11. É de lembrar-se que a Fundação COGE nasceu, para ocupar a vacuidade** causada por limitações da atuação governamental, especialmente da ELETROBRAS, que é a controladora da **ELETRONUCLEAR, nas áreas em tela, tendo, sucedido o Comitê de Gestão Empresarial - COGE e o Grupo de Intercâmbio e Difusão e Informações sobre Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho - GRIDIS,** instituições criadas pelo Ministério de Minas e Energia, vinculadas àquela empresa estatal, e que foram extintas, no processo de redução do papel do Estado.

**10. O inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93, aos pressupostos e requisitos** de sua incidência, já abordados, relacionando-os com o perfil da Fundação COGE, acrescenta a exigência de que a instituição *'detenha inquestionável reputação ético-profissional'*.

**10.1. O termo 'reputação'** encerra dois sentidos: (a) **neutro** – *'conceito que alguém ou algo goza num grupo humano ('sua reputação era a pior possível')*; (b) **positivo** – *'renome, estima, fama ('era um homem de*

*reputação*). '**Reputatio**', em latim, significava 'cômputo, cálculo, conta, meditação, pensamento, consideração' (HOUAISS).

**10.1.1. Nesse contexto lingüístico, 'reputação ético-profissional', a qualificação que o inciso XIII do art. 24, da Lei 8.666/93 exige, tem pertinência, no sentido neutro, com a existência, ou não, de antecedentes comprometedores, em termos de comportamentos antijurídicos, contrários à moral ou, mais estritamente, à moralidade do setor de atividade, ou seja, à profissão, à atuação organizada, permanente, de atividade de produção de bens ou prestação de serviços; assim como com a ocorrência, ou não, de insucessos profissionais, na área do objeto social ou fundacional.**

**10.1.2. Em seu significado 'positivo', é o 'bom conceito' resultante da atuação, no âmbito do objeto institucional.**

**10.2. Tem a Fundação COGE, segundo os dados disponibilizados, indubitável 'reputação ético-profissional', havendo desenvolvido e estando a desenvolver projetos da mais refinada tecnologia, o que tem sido cercado de êxito, tanto que clientes têm celebrado novas contratações.**

**10.2.1.** Destaca-se, no trabalho referido no subitem 9.4, anterior:

*"Desde sua criação, há pouco mais de dez anos, a **Fundação COGE** teve uma grande evolução, em todos os aspectos de sua atuação, demonstrando o acerto da decisão tomada pelas 26 empresas que optaram pela sua constituição em 1998.*

*A **Fundação** conta, hoje, com a participação de 63 empresas instituidoras e mantenedoras, públicas e privadas, responsáveis, em seu conjunto, por mais de 90% de toda a eletricidade gerada, transmitida e distribuída no Brasil.*

*Ela dispõe de sede própria e **equipe permanente, constituída por 102 empregados celetistas, dos quais perto de 90% possuem nível superior.***

*Adicionalmente, seu cadastro registra centenas de consultores especializados e professores que são mobilizados para atuações pontuais em cursos, seminários e projetos desenvolvidos.*

*Da mais alta importância é a contribuição, em termo parcial, de centenas de **diretores e profissionais das empresas instituidoras, sem qualquer compensação financeira, visando atingir a integração e o intercâmbio técnico, importantes para cada empresa e para o setor elétrico brasileiro como um todo.***

*A **Fundação COGE** atua em parceria com instituições do setor (ABRADEE, ABRATE, ABRAGE, ABCE, ONS), com universidades (FGV, UFSC, UNIFEI, MACKENZIE) e*

**centros de treinamento (CEEE, CELESC, ELETROSUL, COPEL, CEMIG, ELETRONORTE, CHESF), com instituições especializadas em treinamento (SENAI, DTCOM) e outros do Exterior (UNESA/ESPANHA, ELECPOR/PORTUGAL, HEC/MONTREAL, UTILITY RISK MANAGEMENT LTD. - URM/CANADÁ).**

*Como decorrência da ampliação de suas atividades, no Brasil e no Exterior, a **Fundação COGE** tem aumentado continuamente o seu leque de empresas às quais presta serviços, incorporando, entre outros: PETROBRÁS, CIA VALE DO RIO DOCE, BANCO DO BRASIL, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, SUPERVIA, ANDE (Paraguai), CAHORA BASSA (Moçambique), BROOKFIELD POWER (Canadá) e demais empresas do setor elétrico que não são suas instituidoras. A disseminação dos conhecimentos e experiências adquiridas pela Fundação COGE e pelos seus parceiros tem ocorrido através de cursos, seminários e outros eventos, alcançando números cada vez mais significativos”.*

#### **10.2.2. Realça-se que**

*"a Fundação COGE procura enfatizar sua atuação em **projetos de repercussão socioambiental com recursos próprios, como os destaques abaixo:***

*A - Realização do Prêmio do **Prêmio Fundação COGE**, ao qual já concorreram mais de 600 projetos nos últimos 9 anos, todos já implantados com sucesso, demonstrando o quanto o **Setor Elétrico Brasileiro** tem contribuído para o desenvolvimento social do nosso País.*

*São incentivadas e premiadas quatro categorias:*

- **Ações de Responsabilidade Social,**
- **Capacitação e Desenvolvimento de Pessoas,**
- **Ações de Responsabilidade Ambiental e**
- **Gestão da Segurança e Saúde no Trabalho.**

*B - Projetos patrocinados pela **Fundação COGE** em relação à segurança da população, como o CIPA nas ESCOLAS e o **ENERGIA AMIGA - FALA MENINO**, refletem sua preocupação com a responsabilidade social.*

*C - Elaboração do **Relatório de Estatísticas de Acidentes no Setor Elétrico Brasileiro** (empregados próprios, contratadas e público) e manutenção da série histórica desde 1977 (Trabalho único nos setores produtivos do BRASIL).”*

#### **10.2.3. No trabalho em referência, relevo é dado a que**

**"a Fundação COGE tem procurado ampliar sua atuação em projetos nas áreas de P&D, Eficiência Energética e Segurança do Trabalho, pelo impacto que esses projetos podem ter para a comunidade e a segurança dos trabalhadores, conforme citado abaixo:**

**A - A Fundação COGE possui estrutura própria altamente especializada e capacitada para a implantação ou aprimoramento da Gestão da Segurança e Saúde no Trabalho nas empresas do Setor Elétrico, através do SGTS - Sistema de Gestão do Trabalho Seguro, com aplicação da mais avançada tecnologia hoje existente na questão da segurança do trabalhador'**

**B - A Fundação COGE dispensa atenção especial à questão da eficiência energética, tema relevante, de interesse do Estado e de toda a sociedade. A instituição tem atuado nos Programas de Eficiência Energética das Concessionárias, públicas e privadas, coordenando a implantação de medidas de economia e estimulando o uso racional da energia, inclusive em comunidade carentes, com troca gratuita de aparelhos usados por novos. Com tais ações, a Fundação COGE contribui diretamente para a modicidade da tarifa de energia elétrica, o que inequivocamente, é interesse do Estado e, portanto, desenvolvimento institucional.**

**C - A Fundação COGE, como entidade de pesquisa científica, sem fins lucrativos, vem coordenando tecnicamente projetos de P & D que contemplam, em especial, a segurança dos trabalhadores e o desenvolvimento institucional do Setor Elétrico. Um desses projetos analisou os riscos biológicos e químicos em redes subterrâneas e criou especificações e ensaios de vestimentas especiais de proteção contra arcos elétricos em redes aéreas. Trata-se de tecnologia de última geração, desenvolvida em cooperação com entidades dos Estados Unidos, Canadá e CEPEL, posta à disposição do trabalhador brasileiro, com a colaboração decisiva da Fundação COGE.**

**D - Incentivando sempre o intercâmbio de experiências bem sucedidas dentro do Setor Elétrico Brasileiro, a Fundação COGE ampliou o número de seus comitês em atividades: Auditoria, Comunicação, Econômico-Financeiro, Gerenciamento de Riscos Seguráveis, Jurídico, Meio Ambiente, Recursos Humanos, Segurança e Saúde no Trabalho, Suprimentos, Tecnologia da Informação, Transportes e Sustentabilidade.**

**E - Fórmulas COGE - Constituem um conjunto de 262 fórmulas usadas na utilização de preços de materiais e equipamentos utilizados pelas empresas do setor elétrico nos cálculos dos reajustes de contratos**

**firmados com fornecedores, permitindo que os preços sejam atualizados de forma justa e evitando o superfaturamento nesses contratos. Com isso, a Fundação COGE também contribui para a modicidade da tarifa de energia elétrica, o que é interesse do Estado e, portanto, *desenvolvimento institucional*.**

***F - Acervo Técnico* - A Fundação COGE viabiliza, através de sua Universidade Corporativa - UNICOGÉ, o acesso gratuito às inúmeras obras que constituem seu acervo técnico e que incluem publicações dos antigos *COGE e GRIDIS*, elaboradas de 1976 a 1997, e dos Comitês da Fundação COGE, editadas a partir de 1998.**

**A UNICOGÉ publicou, em 2008, diversos trabalhos nascidos no âmbito dos seus Comitês, todos de interesse do Setor de Energia Elétrica do País e muitos de interesse da sociedade, tais como os que versam sobre Energias Alternativas e Pesquisas Socioambiental.**

***G - Cursos à distância* - A Fundação COGE iniciou a conversão de seus cursos presenciais em cursos à distância através da UNICOGÉ, o que permitirá ampliar o acesso aos interessados e a redução nos custos de participação.**

***Desse modo, a Fundação COGE contribui, de forma significativa e continuada, para o aperfeiçoamento e evolução produtiva de métodos, sistemas e técnicas operacionais das empresas do setor elétrico, a par dos benefícios de redução de custos e maior velocidade do processo produtivo, contribuindo, assim, para que, cada vez mais, a energia elétrica chegue à população brasileira como um todo, a preços também cada vez mais acessíveis.***

**10.3. A Entidade *'possui estrutura própria altamente especializada e capacitada para a implantação ou aprimoramento da Gestão da Segurança e Saúde no Trabalho* nas empresas do Setor Elétrico, através do SGTS - Sistema de Gestão do Trabalho Seguro, com aplicação da mais avançada tecnologia hoje existente na questão da segurança do trabalhador'.**

**10.4. Arremata, o trabalho, salientando que:**

***"a Fundação COGE desempenha importante papel dentro do Setor Elétrico Brasileiro, muito em especial com a capacitação treinamento de mais de 22.000 funcionários e a disseminação do conhecimento para mais de 8.000 participantes dos importantes eventos que realizou, com o que a Fundação COGE contribuiu, de forma inequívoca, para o desenvolvimento institucional do Setor Elétrico Brasileiro, um***

***dos mais importantes do País, pois não há progresso sem energia elétrica.***

***Muito grande foi também a contribuição da Fundação COGE na área da segurança do trabalhador do Setor Elétrico Brasileiro, onde os acidentes (e seus riscos) diminuíram bastante na última década, a ponto do próprio Governo fazer tal reconhecimento ao baixar de 3% para 2% a alíquota do SAT para o setor."***

### **III – INEXIGIBILIDADE E DISPENSABILIDADE**

#### **DO PROCESSO LICITATÓRIO**

##### **A) ASPECTOS GERAIS**

**1.** Em sede de **inexigibilidade e dispensa de licitação**, ressalte-se, desde logo, que o art. 37, XXI, da Constituição Federal inicia seu preceito impositivo de obediência, pela **administração direta e indireta**, ao princípio da licitação, excepcionando os casos estabelecidos em lei, o que mostra que **de igual força o império daquele princípio** e o das hipóteses em que se dão a adjudicação e a contratação diretas.

**2.** É certo, porém, que a área em que não prevalece o princípio da licitação não é, como se sabe, o da escolha livre do contratado: compõe-se ela de hipóteses específicas, que, embora a individualização desse tenha lugar sem a necessidade de deflagração, desenvolvimento e ultimate do procedimento **competitivo e titutivo, envolvem a necessidade da verificação do enquadramento, nelas, do caso concreto, com justificativa do reconhecimento da inexigibilidade** ou da dispensa do procedimento licitatório.

**3.** Em sede de **exclusão do princípio da licitação**, ou, em outras palavras, do poder-dever de licitar, podemos nos valer, por analogia, dos institutos, de Direito Tributário, da imunidade, da **isenção e da não-incidência**.

**3.1.** O referido princípio, conforme assinalado, é constitucionalmente **imposto**; e, isso, para os casos de obras, compras, serviços, alienações; e para as concessões e permissões de serviços públicos: arts. 37, XXI; 173, § 1º, III; e **175, da CF**.

**3.2.** É cognato, o citado princípio, conforme consabido, com a **garantiada isonomia** e com princípios, como os da legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, **economicidade, sendo seu objeto a imposição de competição, de um processo** de seleção.

Daí, serem **vedadas**

*"cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu **caráter competitivo**" (art. 3º, § 1º, I, da Lei*

nº8.666/93).

4. Nesta linha,

*"quando houver **inviabilidade de competição**",*

o **art. 25 da Lei nº 8.666/93** explicita que

*"é **inexigível a licitação**".*

**4.1. Nesta hipótese, prevalece o poder de** escolha do contratado, objeto, porém, de ato devidamente fundamentado, caracterizando-se uma forma **de imunidade, pela inexistência, fático-jurídica, do pressuposto lógico-constitucional** da competitividade, e, conseqüentemente, de poder jurígeno de deflagrar e processar a licitação.

**4.2. Configura-se a inexistência do poder-dever de licitar**, pelo obstáculo, que se apresenta, da ausência de **competitividade, e, em decorrência da não-inserção, da hipótese, no conteúdo** do referido poder-dever.

**4.3. Daí, não nascerem as condições de prevalência do princípio da licitação.**

**5. A isenção corresponde à dispensa** da exigibilidade do exercício do poder de licitar; dispensa que é **lícita** – respeitados os princípios da Administração Pública, inclusive o da **razoabilidade -, com base em previsão legal fundada no permissivo** constante da **primeira parte** do inciso XXI do art. 37, em que se **ressalvam, em termos de princípio da licitação,**

*"os casos especificados na legislação".*

**5.1. Essa dispensa diz respeito às hipóteses de obras, serviços, comprase alienações**, que são aquelas espécies contratuais com relação às quais a CF impõe a **licitação; bem como a dispensa no tocante a outras, em que, fora desse conjunto, a legislação infraconstitucional**, da unidade federativa competente, estabeleça como sendo objeto de aplicação do princípio da licitação.

Na **isenção, prevalece o poder** de escolha entre exercer, ou não, o poder de licitar, já não mais um **dever. O ato de dispensa há se ser fundamentado.**

**5.2. A figura da não-incidência, como espécie de exclusão** do dever-poder, corresponde à ocorrência de situação jurídica que não está abrangida pelo elenco, constitucional ou legal, como **hipótese de incidência da norma jurídica criadora desse dever-poder; isto é, não constitui fato jurígeno**, gerador desta incidência, não se configurando, portanto, o suporte fático competente para tal.

**6. Na imunidade e na não-incidência**, há inexistência de legitimação ao exercício do **poder licitatório, de exercer aquele poder, eis que algo falta** para



que se manifeste o dever de licitar e, conexamente, para que se instaure aquele poder.

Já na **isenção, ao contrário, há alguma coisa a mais, para além do fato gerador, pois este ocorre, existindo, pois, a competitividade**; mas outros fatores e circunstâncias neutralizam sua eficácia, e viabilizam a dispensa da **exigibilidade da licitação**.

7. Fixemo-nos em duas hipóteses de exceção à prevalência do **poder-dever de licitar**.

## **B) DA DISPENSABILIDADE**

8. A primeira hipótese, de **exceção ao princípio da licitação**, é a de sua dispensabilidade, que se identifica, quando, embora **viável a competição, enquadra-se o caso concreto em um daqueles taxativamente previstos no elenco do art. 24** da Lei 8.666/93; eleitos, por considerações de interesse público, que o autor das regras dispensadoras entendeu, dentro da própria moldura constitucional da **primeira parte do inciso XXI do art. 37 da CF, como determinantes dessa flexibilização**.

8.1. Nesta moldura, reitere-se, desde logo, que a **Fundação COGE se enquadra na qualificação exigida pelo inciso XIII do citado art. 24**, de acordo com o qual

*"é dispensável a licitação",*

para a

*"contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos".*

8.2. Em sua **tipicidade, a disposição é eminente subjetiva, pois que leva em conta, especialmente, a figura do contratando**.

8.3. **Com efeito, exige, para a caracterização da dispensabilidade (a) que se trate de instituição brasileira; (b) que o objeto institucional, conforme o estatuto ou regimento interno, seja ensino, pesquisa, desenvolvimento institucional; (c) que a entidade atenda, ainda, a dois outros requisitos: (1) sejam fins lucrativos; e (2) detenha 'inquestionável reputação ético profissional'.**

Essas condicionantes de **dispensabilidade já foram analisadas, quando traçado o perfil institucional da Consulente**.

8.4. **As entidades que, como ela, preencham os citados pressupostos e requisitos, podem ser escolhidas, preferencialmente, como contratadas da**

Administração Pública, em confronto com as **instituições e empresas que não os atendem.**

**8.5.** Enquanto a **inexigibilidade exige a inviabilidade de competição (art. 25 da Lei)**, a dispensabilidade, como a palavra indica, pressupõe a **viabilidade da competição, mas, faz do que é um dever-poder, o de licitar**, apenas um poder, de exercício discricionário.

Neste ponto existe, portanto, um primeiro segmento de **mérito da atuação do gestor público.**

**8.6. Uma segunda faceta discricionária, de merecimento**, é o da escolha do contratando, dentre os que, se houver mais de um, preenchem os pressupostos e requisitos subjetivos.

**8.7. É claro que, como ocorre em toda atuação do gestor público, no campo do mérito, a discricção administrativa**, no caso, tem seus limites.

Interferem os **princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da pertinência**, da economicidade.

Nem se poderá fugir, ademais, do respeito à **impessoalidade (isto é, no sentido específico, de vedação de se buscar o favorecimento pessoal; o impedimento de que, pessoalmente, o agente público tenha interesse na contratação)**, à **legalidade, à moralidade, à probidade administrativas.**

Mas entenda-se adequadamente: o **controlador, o fiscalizador**, não podem substituir-se ao gestor; não podem impor seus critérios, de *'mais ou menos proporcional, mais ou menos razoável ou racional'*.

O **controle, a fiscalização têm, também, seu limite, na impugnação do que é desarrazoado**, desproporcional, impertinente, antieconômico.

Enfim, o que é **ilegítimo, ilícito, pois que produto do mau uso do poder discricionário**, com ultrapassagem da circunferência do *círculo interno, conforme a famosa configuração gráfica dos círculos concêntricos, a representar, o exterior os lindes do poder vinculado, da legalidade; o semi-interno, o espaço da legitimidade; e o interno, o do poder discricionário*, do mérito.

**8.7.1. Não vinculada, previamente, a atuação do administrador, surge para este a faculdade de formular juízos discricionários, isto é, juízos cujo 'conteúdo consiste em um conceito insusceptível de significação unívoca, ou que, pelo caráter próprio ao seu critério informativo, comporta uma compreensão mais lata, ou mais restrita, permitindo, assim, que na sua delimitação ou configuração influam fatores de natureza subjetiva, fugindo, dessa maneira, ao controle a que podem ser submetidos os juízos que têm, por ponto de referência circunstâncias ou situações de ordem externa, susceptíveis de serem precisamente definidas ou limitadas'; são juízos 'que só podem ser formulados com referência a conceitos mais ou menos ambíguos ou equívocos, ou suscetíveis, pela plenitude e indeterminação de seu conteúdo, de receberem especificações diversas, nenhuma das quais se possa ter como a única possível, exata ou procedente, uma vez que a medida do acerto consiste, única e precisamente, no próprio conceito que lhe serviu**

*de referência, o qual, por definição, comporta vários conteúdos igualmente adequados ou do mesmo valor significativo'.*

É a lição de FRANCISCO CAMPOS (*Atos Administrativos Discricionários, em Direito Administrativo, Rio, Freitas Bastos, 1958, I: 17/18*).

Cita, a propósito, ARISTÓTELES (p. 21), e '*mostra que o juízo discricionário resulta necessariamente da impossibilidade de definir na lei geral os 'cas d' espèce'; a insuficiência da lei em relação aos caracteres específicos do caso concreto não é uma falta imputável ao legislador: 'elle resulte de la nature de l' action, telle étant bien exactement la matière des actes'*. Indicava '*a razão de ser do juízo discricionário, ou a necessidade desse juízo, fundando-o no fato de que o critério legal sendo indeterminado, a sua aplicação ao caso concreto pressupõe, necessariamente, uma determinação posterior pela autoridade incumbida de aplicar a lei'*.

O jurista brasileiro assinala a existência de **limites ao poder discricionário**: '*A ação administrativa discricionária é limitada externa e internamente. Externamente o seu limite consiste na ordem jurídica em cujo quadro se desenvolve a atividade administrativa e, particularmente, na existência de interesses juridicamente protegidos, ou de direitos subjetivos dos administrados. Além desses limites externos, a ação discricionária encontra limites interiores que consistem, precisamente, no fato de que os conceitos indeterminados em que se funda o juízo discricionário dispõem, ainda que imprecisos, de um limite superior e de um limite inferior. Por maior que seja a liberdade de apreciação, própria do juízo discricionário, é sempre possível mostrar-se claramente que a conclusão excede um dos limites'*.

**8.7.2. Verifica-se, pois, que a atuação do controlador ou fiscalizador** há de focar-se na verificação da ocorrência, ou não, de desbordamento dos marcos fronteirços da discricionariedade.

**9. O TCU tem exigido, para a identificação da facultatividade do processo licitatório, na hipótese do inciso XXIII do art. 24,** a relação de pertinência, o nexó entre, de um lado, a natureza institucional da entidade, e de seu **objeto, a incluir a pesquisa, o ensino** e o desenvolvimento institucional, e de outro, o objeto ajustado; cumulativamente com a razoabilidade do pactuado, em termos de **preço, que há de ser compatível com o de mercado**, embora se tenha reconhecido que possa, até mesmo, ser superior, desde que não abusivo, e isso dada a função social da instituição, de caráter **não empresarial (MARÇAL JUSTEN FILHO, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Dialética, 2010: 329/330)**.

**10.** Trata-se, a primeira, de exigência, jurisprudencial, complementar, de índole **subjetivo-objetiva – leva-se em conta a entidade, sob o ângulo de seu objeto,** e o **escopo da avença –**, absolutamente adequada. Impõe-se que haja uma **relação de pertinência entre o conjunto de elementos do objeto institucional e o do objeto do contrato** a ser celebrado; de modo que os elementos desse o sejam do primeiro, que pode ser mais amplo.

**11.** Ademais, há de se dar a **justificativa do preço, sob o critério da razoabilidade.**

**11.1.** O **parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/93, em seu inciso III**, exige que o ato declaratório de **inexigibilidade licitatória e de dispensa da licitação**, em determinadas hipóteses, como a do inciso XII, art. 24, há de conter a *justificativa do preço*.

**11.2.** '*Justificativa*' diz respeito à **justa causa**, o que significa que a *dispensa* justa é a **ex iusta causa**, isto é, baseia-se em fatos que fazem com que o ato de **dispensa seja 'sem ofensa ao mundo jurídico'**: é a justicidade do ato, tendo por embasamento a matéria factual, conjugada com a **juridicidade, que decorre da incidência das normas jurídicas de regência do comportamento em consideração (PONTES DE MIRANDA, Tratado cit., X: 120).**

**11.3.** Nesse cenário fático-jurídico, existem algumas premissas a serem tomadas em conta.

**11.3.1.** Assim, conforme grifado, a própria Lei 8.666/93 confere preferência às instituições que preenchem os requisitos enumerados, taxativamente, no inciso XIII de seu art. 24, e já amplamente analisados.

**11.4.** Como salienta MARÇAL JUSTEN FILHO (*op. cit., p. 330*),

*"deve reputar-se que a hipótese do inc. XIII envolve uma fórmula de incentivo à assunção, pela entidade da sociedade simples, de funções usualmente desempenhadas pelo Estado. Portanto, interessa ao Estado fomentar o desenvolvimento de instituições de interesse supraindividual, de cunho não estatal."*

**11.4.1.** Isso significa que as entidades, que preenchem os pressupostos e requisitos, podem ser escolhidas, preferencialmente, como contratadas pela Administração Pública.

**11.4.2.** Como já negrito, a opção pela contratação direta, em caso de dispensabilidade, é, em si, uma opção discricionária, tal como, uma vez exercida essa opção, a da escolha do contratado, que tem, vinculadamente, de preencher os pressupostos e requisitos legais (art. 24, XIII, da Lei 8.666/93), segundo um procedimento de aferição, objetiva, de verificação (cientificar-se de que 'é verdade'), de constatação do respectivo atendimento.

**11.4.3.** Em razão disso, o balizamento do exercício do poder discricionário, de modo que ele se mantenha na bitola da legitimidade, da licitude, há de dar-se, na hipótese, tendo, como referencial, elementos **qualificações relacionados com o interesse público-social, vinculados à natureza da entidade.**

**11.5.** É, nesse enquadramento, que tem de ser entendida e aferida, *in casu*, a exigência, legal, da **justa causa do preço, ou seja, segundo o entendimento, antes apontado, de que o preço** apresentado pela instituição contratanda, como

dado fático, não seja contrário ao direito; e, assim, não cause dano (prejuízo ilícito) **ao erário público**.

**11.6. Pode-se, desde logo, afastar a posição de que se trataria do menor preço, porquanto, do contrário, teríamos de abrir a competição**, que se faria obrigatória, e não dispensável.

**11.7. Daí, o entendimento jurídico-administrativo a traduzir a justiciedade do preço**, como o atributo de sua razoabilidade, que não é **requisito de legalidade, mas de legitimidade**, que reflete a higidez do uso do poder discricionário, quando a discricionariedade, os componentes do **mérito do ato**, são objetivos, são **objetivamente aferíveis**.

**11.8. O razoável, além do racional**, do lógico, é, também, aquilo que responde a aspirações como a utilidade, o bom senso, sem desprezar **as contingências do caso concreto**.

**11.8.1. No Direito Alemão, onde o princípio** é reconhecido desde o final do século XIX, tem tido ele papel fundamental no campo do poder discricionário, a permitir o controle dos atos públicos, ainda que a partir de **conceitos vagos, insertos nos textos normativos, de modo a ensejar o balanceamento entre os meios e os fins**; entre, como *in casu*, **pressupostos e requisitos, de um lado, e, de outro, o objeto do ato**.

Fala-se de proibição de todo **atingimento excessivo a direitos e interesses legítimos**, com a imposição, ao Governo, de agir com moderação.

**11.8.2. Subprincípios cognatos são os da pertinência** (relação entre o elemento que tem de ser razoável e o universo em que esse elemento se insere); da necessidade (indispensabilidade da medida tomada para alcançar a finalidade desejada); da proporcionalidade estrita (a qualificação do elemento do ato não deve ser considerado com rigor ou com **leniência excessivos**).

**11.9. Nesse emolduramento, o desarrazoado é** o que é inadmissível em uma comunidade, num momento dado.

**11.10. Três são, pois, os elementos que permitem, caracterizar a noção de razoabilidade: um limite** a não ser ultrapassado; uma idéia de tempo; e uma de lugar ou **espaço social**.

**11.10.1. Estabelece-se, assim, um teto e um piso**, cuja extrapolação caracteriza o intolerável, o que nada mais é, do que os tradicionais limites, superior e inferior da **discrção administrativa, presentes já na doutrina clássica jusadministrativa, conforme visto**.

**11.10.2. XAVIER PHILIPPE** (*Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Françaises, Aix-Marseille, Economica, p. 21*), destaca:

*"Le législateur ou l'administration recourent ainsi à l'idée de **raisonnable, volontairement ou inconsciemment, parce qu'elle fait partie de leur mission, et ce avant toute édicção de la***

**norme.** Cette recherche émanant de leur volonté se traduira soit directement dans la règle qui sera prise, soit indirectement à travers les intentions des auteurs qui pourraient transparaître. Le juge ne restera pas indifférent à cette prise en compte du raisonnable: si cette exigence est formulée dans la norme, il l'intégrera; si elle ne l'est pas, il cherchera à se référer aux intentions de leur auteur. *Cette attitude est décelable tant dans la jurisprudence constitutionnelle qu'administrative. Il dépasse même quelquefois cette analyse de la volonté en se référant lui même aux concepts de **raison ou de rationalité.*** Tel est par exemple le cas de la thèse jurisprudentielle du fonctionnaire de fait qui reconnaît, *en raison des circonstances*, la validité des actes pris par une personne normalement incompétente. Le fondement d'une telle théorie ne se trouve-t-il pas dans le concept du **raisonnable? Ou de façon négative, ne serait-il pas déraisonnable de censurer les actes d'une personne qui a agi alors que les autorités régulièrement investies étaient dans l'impossibilité de le faire. La volonté du juge se traduit par la recherche d'une certaine proportionnalité entre la situation rencontrée et la décision prise."**

**11.10.3. É patente, pois, a inter-relação entre a noção de justa causa e de razoabilidade**, na medida em que, na aferição de se o preço é, ou não, razoável, a conclusão deflui, é tirada, **em razão da análise criteriosa dos limites e elementos** já aqui considerados.

**11.11. A razoabilidade e a proporcionalidade** têm uma vertente filosófica e uma vertente econômica, pragmática, como na **'rule of reasonableness'** do *Common Law*.

**11.11.1. No Direito Inglês, o 'reasonable'** orientou-se, progressivamente, no sentido de uma censura do ato ou do comportamento inadmissíveis, pelo que se poderá aferir a razoabilidade do exercício do **poder discricionário**.

**11.12. O razoável permite mais de uma solução possível:** mas há um limite a esta amplitude, e que é o desarrazoado, o **desproporcional, o não-aceitável, o não-admissível**, o não-tolerável.

**11.12.1. Nesta linha, C. EISENMANN** (*Cours de Droit Administratif, Paris, LGDJ, 1983, 2: 278*) *salienta que o cerne da proporcionalidade*, e assim, **darazoabilidade**, está em que o ato público deve representar o meio ou **um dos meios que o órgão governamental poderia empregar para atingir o fim, o resultado final** imposto pela lei.

**11.12.2. Esse fim, na hipótese em estudo, é a compatibilização** do interesse público encarnado no contratante, em determinada contratação, e no seu **objeto e objetivo; com o interesse social** que levou à atribuição da preferência pela instituição da espécie eleita pela regra do inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93.

**11.13 O que não é tolerado é o abuso na precificação; e, correlatamente, no exercício do poder discricionário, ou seja, na ilegitimidade, uma das patologias do gênero *ilicitude*.**

**11.14. Se o controlador da administração pública partir para a mensuração do mais ou do menos razoável, estará substituindo-se ao administrador público, pois que estará ingressando no espaço da discricção, que se situa dentro dos limites, dos contornos que marcam as fronteiras da discricionarietà.**

**11.15. Nesse quadro, como entende o TCU, a pesquisa de preços, praticada na administração pública e no mercado, é relevante, mas sempre, conforme salientado, informada pela contextualização do caso concreto, a envolver os fatores subjetivos, ligados à pessoa da instituição contratanda; e objetivos, pertinentes ao objeto contratual em si, a par das circunstâncias e peculiaridades da hipótese.**

**11.15.1. É claro que essa pesquisa fica prejudicada, se se tratar de hipótese de objeto singular, caso em que outros elementos devem ser considerados.**

**11.16.** Tem todas as condições de apresentar o **melhor preço uma instituição sem fins lucrativos**, e, portanto, uma associação ou fundação, como a Fundação COGE, cujo **fim é estritamente social, de desenvolvimento institucional** de terceiros, especializada no setor em que desenvolve sua atividade, e tem reputação ilibada.

Esses **terceiros não são consumidores ou usuários**, mas seus destinatários, beneficiários; terceiros, assim, aos quais **serve, com quem colabora, isto é, a cujos interesses** sua atuação busca satisfazer, pesquisando, ensinando, formulando projetos, prestando **consultoria e assessoria, aprimorando métodos** de trabalho, formando e **qualificando seu contingente de pessoal.**

**12.** Da imperiosidade de preservação do espaço privativo da autoridade administrativa na aplicação da lei licitatória, deflui que todos os **pressupostos e requisitos de caracterização da dispensabilidade**, oferecidos à apreciação do controlador, são objetivos; são antecedentes de fato, com seu reflexo de **direito, na condição, exatamente, de pressupostos e requisitos**, e não de motivos subjetivos.

Não há, no **controle, valoração desses antecedentes**, mas constatação objetiva de seu preenchimento, ou não.

Não se trata de **matéria de mérito, mas de legalidade** e legitimidade; essa última, exatamente por sua natureza, chamada de discricção objetiva.

### **C) DA INEXIGIBILIDADE**

**13.** A segunda hipótese de **exceção ao imperativo licitatório inscreve-se na imunidade ao dever** de licitar, porque a competição, ínsita ao **processo de seleção é inviável, e, portanto, inexigível**; a inviabilidade, e conseqüente

inexigibilidade, que são apresentadas, em conceito de conteúdo amplo, no enunciado do **art. 25, caput**, da Lei 8.666/93; segundo o qual

**"é *inexigível* a licitação, quando houver inviabilidade de competição."**

**13.1.** É, pois, cláusula geral, abrangente, mas que recebe especificações, ainda que **enunciativamente: o caput do mesmo art. 25, em sua última parte, emprega, ao abrir o elenco especificativo, a expressão 'em especial'.**

**13.2. Três são as hipóteses especificadas: (a) fornecimento, de materiais, equipamentos ou gêneros, por produtor, empresa** ou representante comercial exclusivo (inciso I); **(b) contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou por empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública'**(nº III); e **(c) a 'contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização'** (nº III).

**13.3. A especificação tem inegável relevância jurídica**, porquanto, enquadrando-se, o caso concreto, em uma das hipóteses discriminadas, há presunção de inviabilidade competitiva.

**13.3.1. Decidiu , a respeito, a Egrégia Corte de Contas**, invocando o parecer do Ministério Público (Acórdão nº 1.625/2003; Plenário):

*"Os requisitos contidos no art. 25, II da Lei 8.666/93 são sim suficientes para configurar a inexigibilidade de licitação. Isto é, para que seja inexigível a licitação de um determinado serviço, basta que: (i) ele se inclua entre os serviços técnicos especializados do art. 13 da mencionada lei; (ii) ele tenha natureza singular; e (iii) o contratado detenha notória especialização."*

**14.** A inexigibilidade da licitação, nos termos assinalados, é caracterizada, pela legislação vigente, dentre outras hipóteses, na de contratação (**inciso II do art. 25) de serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular**, com profissionais ou empresas de notória especialização. É a hipótese que nos interessa neste estudo.

**15. Vejamos a evolução histórica do dispositivo de exceção.**

**15.1. Originalmente, a legislação federal fazia dispensável** (e não ***inexigível***) a licitação, quando se tratasse da '**contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização'** (**art. 126, § 2º, d, 2ª parte**, do Decreto-lei 200/67; art. 8º, IV, do Decreto 73.140, de 9.11.73). Assim, apenas os **serviços (e não obras, e compras) estavam abrangidos. Outrossim, havia necessidade, para a caracterização da hipótese, que se tratasse de serviços especializados**, isto é, que exigissem especialização, a qual, como era explícito, tinha de ser notória.



**15.2. Legislações locais** (cf. art. 8º do Decreto RJ 3.149/80; Lei SP nº 89, de 27.12.72, arts. 10 e 55) aludem a serviços técnicos profissionais especializados (estudos, projetos, perícias, pareceres, laudos, avaliações, assessoria, consultoria, auditoria etc), que, segundo alguns autores, seriam os únicos que poderiam ser objeto da contratação sem licitação, eis que excluídos estariam os serviços técnicos rotineiros.

O art. 23 do Decreto RJ 3.149/80, para os fins de dispensa licitatória, entendeu *'por contratação de serviços com profissionais ou empresas de notória especialização (...) aquela capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerente ao processo licitatório, por ser o serviço singular ou incomum'*.

**15.3. A respeito, a Consultoria-Geral da República emitiu parecer (DOU de 27.4.77, p. 4.830 e s.), concluindo que 'a dispensa de licitação para a contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização (art. 126, § 2º, d, do D.I. nº 200, de 1967) supõe características de notável singularidade no modo de prestação ou no resultado a obter, não suscetíveis de execução senão por determinado profissional ou firma especializada, em grau incomparável com as demais, portanto em circunstâncias materialmente impossibilitantes de confronto licitatório'.**

**15.4. O então Ministro do TCU, LUIZ OCTÁVIO GALLOTTI (Rev. do TCU, 5:263) aludia a 'ineditismo' ou 'caráter incomum do contrato'.**

A respeito, veja-se o **verbete nº 39 da Súmula do TCU, que enunciou só caber a dispensa, no caso de 'serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido pelos critérios de qualificação inerente ao processo de licitação'.**

**15.5. No regime do Decreto-lei 2.300, de 21.11.86, o art. 12** desse diploma normativo tinha por serviços técnicos profissionais especializados, *'os trabalhos relativos a: I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliações em geral; III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras; IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal'*.

**15.5.1. O parágrafo único do mesmo dispositivo assim definia profissional** ou empresa de notória especialização: *'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 o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato'*.

Verifica-se que, já agora, a **notória especialização calcava-se no conceito dentro da especialidade**, decorrente do desempenho anterior e das condições organizacionais e técnicas; elementos que autorizavam a conclusão de que o trabalho do profissional ou da empresa era *'o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato'*.

**15.5.2. O art. 23, II, de acordo com o disposto no Decreto-lei nº 2.348/87, fazia, a licitação, inexigível, ao contrário de dispensável, como ocorria originalmente; inexigibilidade que se caracterizava, se presentes os pressupostos de notória especialização e de se tratar de serviço técnico, dentre os referidos, fosse ele 'de natureza singular'.**

**16. O vigente art. 25 da Lei 8.666/93 trata da matéria, como hipótese de inexigibilidade de licitação.**

**16.1. Mantém, como visto, a exigência de que se cuide de serviço técnico profissional especializado, que, para caracterizar a inexigibilidade** (senão, haverá prevalência do princípio da licitação, com adoção, de preferência, do concurso: § 1º do art. 13), **terá de ter natureza singular; e ser a contratação com profissional ou empresa de notória especialização**(art. 25, II); assim considerado quem, no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, produtos, estrutura, elementos pessoais e materiais relacionados com suas atividades, faça inferir que seu trabalho seja, '**essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato**' (§ 1º do art. 25).

**17. A singularidade é a característica do que só é imputável a um único objeto, se for objetiva; ou a um único sujeito, se subjetiva, não havendo equivalente ou sucedâneo perfeito.**

Assim, para a caracterização da **inexigibilidade da licitação** na prestação dos serviços elencados pelo art. 13, é necessário que o trabalho a ser prestado tenha uma marca individualizadora.

Radica-se a **singularidade na individualidade, na identidade.**

**17.1. O caráter singular, a marca distintiva, pode dizer respeito: (a) ao modo de prestação; ou (b) ao seu resultado, ao seu produto.**

**17.2. A notória especialização envolve o conceito, a reputação, na especialidade em que se insere o ramo de atividade em cujo desenvolvimento será executado o contrato; e a qual permite que se conclua que o produto decorrente dessa execução, por aquela profissional ou empresa, reúna, em relação ao objeto do contrato, a qualificação de ser o mais adequado à completa consecução do mesmo.**

**17.3. A respeito desse último aspecto pondera JUSTEN FILHO (op. cit., p. 371) que 'a fórmula verbal é algo exagerada e tem de ser interpretada em termos, permeada pelo princípio da razoabilidade'. E conclui: 'será válida a contratação direta quando a Administração não puder afirmar que outra escolha seria mais adequada. Existir outra alternativa 'tão adequada quanto' àquela adotada pela Administração não é fator que afaste a validade da escolha'.**

**18. A Fundação COGE foi reconhecida como ente que atende a esse plexo requisitorial.**

No processo TCU 010.978/2002-2, Acórdão 1.021/2006, o Relator, Ministro WALMIR CAMPELO, em sessão da Primeira Turma da Corte de Contas, de 28.06.06 (DOU de 30.06.06) assim votou:

**"As contratações da *Fundação COGE (Fundação Comitê de Gestão Empresarial)* com amparo no inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93 foram consideradas irregulares por ausência denexo entre os objetos contratados e a natureza da fundação e, ainda, por motivação insuficiente das razões de escolha do prestador dos serviços e das justificativas para os preços contratados. Quanto ao primeiro ponto, parece-me evidente, como demonstrado pelos recorrentes, que a Fundação COGE preenche os requisitos estabelecidos para a hipótese legal, ante às disposições contidas nos estatutos da entidade. Os produtos concernentes ao Contrato Ceron/DT/002/02, ao preço total de R\$ 45.571,00, destinavam-se a viabilizar uma operação cujo resultado foi a elaboração da minuta do contrato de compra e venda de energia elétrica com a ELETROGÓES, orçado em 500 milhões de reais. A operação requeria domínio da legislação setorial e demandou, para além da redação do termo de contrato, a participação dos profissionais da Fundação em inúmeras rodadas técnicas com a ELETROGÓES, intermediadas pela ANEEL. Ainda dentro do escopo do contrato, registro que a Fundação COGE empreendeu, com sucesso, a defesa da Ceron em processo administrativo no qual foi aplicada multa à empresa no valor de R\$ 217.379,91. A escolha da *Fundação COGE* derivou do fato de que ela, constituída na esteira da reestruturação do setor elétrico brasileiro na segunda metade da década de 90, foi criada com o objetivo estrito de fomentar a integração e o intercâmbio técnico dos projetos a serem desenvolvidos no novo ambiente concorrencial, reunindo, para tal mister, a 'expertise' profissional necessária. Relativamente ao Contrato Ceron/DT/001/02, com despesas executadas no valor de R\$ 21.379,91, observo que a contratação direta teve por objetivo assegurar a continuidade de trabalhos de estruturação da área contábil e dos controles internos das empresa, para o que a *Fundação COGE* destacou consultor com grande experiência no setor elétrico. Por fim, quanto aos preços contratados, alinho-me, uma vez mais, ao entendimento adotado pelo Ministério Público, no sentido de que 'a ausência de indícios de sobrepreços nos serviços contratados, a efetiva relação custo-benefício advinda em favor da Ceron nas demandas em grande número na área trabalhista e de expressiva complexidade frente à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e à Eletrogóes S/A, e, também, a baixa materialidade do conjunto das contratações, contribuem por amenizar a ausência de consulta prévia à disponibilidade da prestação de serviços e respectivos preços por outros**

Parecer do Dr. Sergio de Andréa Ferreira

**profissionais ou empresas existentes no mercado em regime de competição.”**

Rio de Janeiro, 03 de maio de 2010

**SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA**

OAB/RJ 79.890 (GB 11.417)

*Sergio de Andréa Ferreira*