

CONTRATAÇÃO DE FUNDAÇÃO COM DISPENSA DE LICITAÇÃO

Ao encontro dos objetivos estabelecidos, mormente no tocante à possibilidade de contratação de Fundação com dispensa de licitação, manifestamo-nos acerca da matéria nos seguintes termos, a saber:

I – FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. O ponto fundamental da questão restringe-se à possibilidade, ou não, de contratação de Fundação com dispensa de licitação.
2. Com efeito, é sabido que, para as empresas ligadas à Administração Pública Indireta, via de regra somente celebrarão contratos se houver um prévio procedimento administrativo, através do qual será selecionada a proposta que for mais vantajosa (LOPES, Hely Lopes. Direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1993. p.247). Referido procedimento, denominado de licitação, encontra-se previsto na Constituição Federal, em seu art.37, XXI, verbis:

Art.37...

...

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas 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.

3. No âmbito infra-constitucional, o assunto fundamenta-se, basicamente, na Lei 8666/93, que em seu art.2º salienta:

Art.2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas em lei.

4. Assim sendo, da análise desses dispositivos, pode-se concluir que o procedimento de licitação poderá ser mitigado, desde que haja previsão legal que autorize a contratação direta pela Administração Pública. Se tal norma não existir, restar-se-á o negócio jurídico inquestionavelmente contaminado de ilegalidade, porquanto ao Administrador Público só é dado agir nos limites em que a lei autoriza, ao contrário do que ocorre com os entes particulares (COELHO, Paulo Magalhães da Costa. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Saraiva, 2002. p.16).
5. Por certo, levando-se em consideração que em determinadas situações a instauração desse procedimento seria completamente inconveniente, conquanto seja viável, em tese, a competição entre os particulares, a Lei 8666/93 resolveu criar em seu art.24 as hipóteses de dispensa de licitação, que, segundo o magistério de Jessé Torres Pereira Júnior, "constituem rol exaustivo, isto é, a Administração somente poderá dispensar-se de realizar competição se ocorrer uma das situações previstas na lei Federal. Lei estadual, municipal ou distrital, bem assim regulamento interno da entidade vinculada,

não poderá criar hipótese de dispensabilidade”.

6. Além da dispensa, calcada, repita-se, na inconveniência desse procedimento administrativo, a Lei 8666/93 também consagra situações em que sua instauração revela-se absolutamente inviável, dada a inexistência de competição. Tais hipóteses de inviabilidade – ou como diz a Lei de inexigibilidade de licitação – encontram-se delineadas, de maneira exemplificativa, no art.25 do aludido diploma legal, nos seguintes termos:

Art.25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizou a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou ainda, pelas entidades equivalentes;

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art.13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para os serviços de publicidade e divulgação;
III – para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

7. Na hipótese em tela, todavia, verifica-se que a contratação de Fundação encontra-se, a priori, acobertada em uma das hipóteses de dispensa, em especial aquela prevista pelo art.24, XIII, da Lei 8666/93:

Art.24. É dispensada a licitação
...
XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional (...), desde que a contratada obtenha inquestionável reputação ético profissional e não tenha fins lucrativos.

8. No entanto, convém esclarecer que o fato de haver autorização legislativa para tanto, não restringe a necessidade de que o bom senso prevaleça na situação concreta. Notadamente porque, conforme adverte Antônio Roque Citadini:

A experiência do procedimento da Administração Pública, em todos os níveis – federal, estadual ou municipal – indica que este dispositivo tem servido para contratações com motivação pouco consistente (estudos sobre programas de reestruturação administrativa, reengenharias, disfarçadas consultorias, etc.) além de serem utilizadas para cooptação demão-de-obra qualificada, por visíveis critérios de

apadrinhamento (Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.201).

9. Em função disso, com o escopo de se evitar, por exemplo, que uma Fundação Ambiental seja contratada para desempenhar atividades díspares de suas finalidades, é que a doutrina e a jurisprudência pátria – tanto a originária do Poder Judiciário, como as dos Órgãos de Controle Externo – resolveram fazer algumas ressalvas ao art.24, XIII, da Lei 8666/93, com reflexos evidentemente na situação em apreço, interpretando-o em perfeita consonância com os princípios que norteiam a Administração Pública. Isto é, a contratação de Fundação com dispensa de licitação corporificar-se-á, contanto que sejam respeitados, além da legalidade, os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da probidade administrativa e, finalmente, da eficiência (CF, art.37, e Lei 8666/93, art.3º).
10. Daí que, é fundamental, que o contrato a ser celebrado guarde pertinência com suas finalidades, não bastando, portanto, que a referida seja simplesmente reputada como instituição de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, consoante estabelece o preceito legal supra. Tal matéria, a propósito, já foi inclusive objeto de Súmula pela Consultoria Zênite:

Súmula 02. Configurar-se-á a hipótese do inciso XIII do art.24, da Lei 8666/93 quando o objeto do contrato a ser celebrado consistir na pesquisa, no ensino, ou no desenvolvimento institucional, não bastando apenas que se trate de instituições que se dedique às referidas atividades.

11. De outro vértice, segundo já exemplificado, a atividade do objeto do contrato deve guardar pertinência com as finalidades da Instituição, pois é evidente que nem toda e qualquer Instituição, apesar de ter por escopo a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento, não possuirá condições e muito menos estrutura suficiente para atender aos anseios públicos.
12. Com relação à necessidade de que o objeto contratado relacione-se com as finalidades da instituição, e que esta última comprove sua competência para realizar diretamente o serviço, mediante a utilização de pessoal qualificado, merece destaque o seguinte julgado, emanado do e. Tribunal de Contas da União:

Em princípio, vale dizer que os requisitos para contratação com base no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93, não se restringe a ser a instituição brasileira; sem fins lucrativos; detentora de inquestionável reputação ético-profissional; incumbida regimental ou estatutariamente, da pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional ou, ainda, dedicada à recuperação do preso. A fim de compatibilizar a norma com o ordenamento jurídico maior da licitação – batizada por princípios outros como o da impessoalidade, da moralidade – impõe uma interpretação rigorosa do dispositivo legal citado, de modo a exigir que a entidade contratada tenha objetivos condizentes com o objetivo da contratação e a estrutura que comporte o cumprimento pessoal dos compromissos assumidos (Tribunal de Contas da União. Decisão n.187/97. Plenário. Relator Ministro

13. No mesmo norte:

A dispensa de licitação nele fundamentada deveria restringir-se, in casu, às ações de pesquisa, de ensino e desenvolvimento institucional, não se estendendo à execução indireta de serviços de atendimento ao público, de baixa complexidade, passíveis inclusive, segundo os pareceres da Autarquia, de terceirização. A cláusula décima do termo avençado dispõe que a contratada deveria alocar direta ou indiretamente pessoal para os serviços de recepção e atendimento, sendo que parte dos contratados precisaria possuir, como requisitos de qualificação profissional, apenas o segundo grau e noções de informática, o que denota um nível relativamente simples de complexidade exigido nas funções que viriam a desempenhar. Nesse sentido, o Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes registra, quanto à aplicabilidade da norma em destaque, a necessidade de buscar-se uma correlação entre as instituições e o objeto do futuro contrato, embora a Lei expressamente não o exija " (in Contratação direta sem licitação. Brasília Jurídica, 1ª edição. p.225). Especificadamente quanto aos três ramos de atividade previstos no dispositivo em comento pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional, o objeto contratado prende-se a este último, o qual merece análise quanto à sua aplicabilidade à contratação de pessoal para execução de serviços terceirizados. Nesse mister, compreendo que, apesar de o Programa de Melhoria de Atendimento na Previdência Social estar inserido num contexto de desenvolvimento institucional do INSS, com vistas à melhoria da eficiência e da qualidade do atendimento aos usuários, essa concepção alcançaria o aperfeiçoamento dos sistemas e métodos adotados no atendimento ao público, mas não a contratação de pessoal para executar diretamente as atividades enfocadas. Resumindo: não é razoável contratar uma respeitável instituição de consultoria perfil em que se enquadra, no presente caso, a FUB para a execução de tarefas rotineiras do contratante (TCU. Decisão n.219/2000. Relator: Ministro Adylson Motta. Julgado em 15.06.2000).

14. Ainda pertinente ao assunto, é importante frisar que quando se menciona a palavra estrutura, significa dizer que a instituição enquadrada no art.24, XIII, da Lei 8666/93 deverá, de plano, comprovar sua competência para realizar diretamente o serviço contratado. Eis que qualquer tipo de subcontratação envolvendo os serviços de responsabilidade direta da Fundação revela-se expressamente proibido, porquanto a norma criada com escopo de prestigiar e estimular entes dessa natureza seria utilizada para burlar o quase sempre indispensável procedimento licitatório. Nesse sentido:

Representação formulada por equipe de auditoria. Irregularidades na Companhia Docas do Espírito Santo. Contratação direta de fundação, mediante dispensa de licitação, para elaboração de projetos de informatização da empresa. Inobservância da Lei de Licitação. Subcontratação irregular do objeto ajustado. Procedência parcial. Multa. Determinação (TCU. Processo n.012.425/1999-0. Plenário. Decisão n.14/2002.).

15. Extrai-se do corpo desse último julgado:

Assim sendo, é lícito concluir que, em tais casos, são razões relacionadas às características próprias da pessoa do contratado que fundamentam a escolha da administração. Em tais hipóteses, portanto, não pode ser admitida a subcontratação, posto que ela nega o pressuposto básico da contratação direta, que é a característica do contratado, de atender diretamente, ele próprio, aos requisitos fixados na lei. A subcontratação, em caso de contratação direta, configura burla ao dever de licitar. Para dispensar licitação, em hipótese como a dos autos, exige-se que a instituição contratada atue efetivamente como prestadora direta dos serviços, e não como mera agenciadora, como ocorreu com o caso em análise. São pertinentes, para ilustrar o tema, as considerações traçadas a este respeito, por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao comentar a hipótese prevista no art.24, XIII, da Lei 8666/93: 'Importante salientar que tais requisitos são verdadeiramente intuitu personae, obrigando o contratado à execução direta do serviço, posto que está subjacente um objetivo maior que é prestigiar a finalidade da instituição por meio do trabalho desse. Se a subcontratação é, em regra vedada, nesse caso com muito mais razão há de sê-lo.

16. Observe-se, todavia, que o fato de ser vedada a sub-contratação, não restringe a possibilidade de determinada Fundação contratar, diretamente profissionais, desde que seja necessário e esteja em conformidade com as suas disponibilidades, preservando, com efeito, o nexos entre o comando do art.24, XIII, da Lei 8666/93, a natureza da instituição e o objeto decorrente da dispensa de licitação.
17. Por fim, cumpre salientar que a dispensa de licitação calcada nesse artigo pressupõe que o preço a ser cotado seja razoável, porquanto segundo destaca Jessé Torres Pereira "a escolha do menor preço deve presidir a escolha do adjudicatário direto como regra geral". Logo, nas situações em que essa regra geral não prevalecer, como acontece, por exemplo, nas hipóteses dispensa e de inexigibilidade de licitação, deverá o Administrador Público justificar os pressupostos de fato e de direito que o levaram a assim agir. Veja-se, a propósito, o que dispõe o art.26, parágrafo único, da Lei 8666/93:

Art.26...

...

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

seguintes elementos: (...) II – razão da escolha do fornecedor ou executante; III – justificativa do preço”.

18. Nesse sentido:

Afigura-se como ilegal a inexistência nos autos da razão da escolha de fornecedor e da jurisprudência do preço do bem adquirido (Tribunal de Contas da União. Decisão n.035/96. DOU, de 18 de março de 1996. p.4598).

Possibilidade de dispensa de licitação, com fulcro no inciso XIII, do art.24, da Lei 8666/93, somente quando comprovado o nexó entre o citado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto a ser contratado. Há que ser comprovada a razoabilidade do preço cotado (Tribunal de Contas da União. Decisão 346/1999).

II – CONCLUSÃO

19. Em síntese, diante dos argumentos acima explanados, conclui-se pela possibilidade de contratação de Fundação mediante dispensa de licitação, desde que se observem os seguintes requisitos:

- a. que a instituição contratada tenha como um dos seus objetivos regimentais ou estatutários a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional;
- b. que a instituição contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;
- c. que o contrato a ser celebrado com as instituições tenha como um dos seus objetivos regimentais ou estatutários a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional, e guarde pertinência com estas finalidades;
- d. que a instituição responsável realize diretamente o serviço, sendo vedada qualquer tipo de subcontratação, o que não impossibilita, no entanto, a contratação direta de profissionais para, de fato, dispor de estrutura adequada compatível com a obrigação decorrente do objeto a ser contratado;
- e. que o valor da contratação seja razoável, tendo como parâmetro os preços praticados pelo mercado.

É a nossa convicção.

Rio de Janeiro, 09 de Junho de 2005.

Mariano ELETROSUL	Martorano	Menegotto	Guilherme CBBE	Amintas
Heliane ONS		Stilben	João ITAIPU	Emilio C.S Mendonça
Tânia CESP	Mara	de Moura	Mauro CEMIG	Lellis