

CASOS DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, QUANDO A FUNDAÇÃO COGE FOR CONTRATADA POR SEUS PRÓPRIOS MANTENEDORES, INSTITUIDORES E DEMAIS ENTIDADES SUJEITAS ÀS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº. 8.666/93 - Escritório Villemor Amaral - Rio de Janeiro.

1. A Lei nº. 8.666/93, que dispõe sobre o procedimento licitatório, também prevê as hipóteses excepcionais em que pode ocorrer a contratação direta: os casos de dispensa de licitação estão taxativamente previstos no artigo 24, e os de inexigibilidade, exemplificativamente previstos no artigo 25.
2. As hipóteses de dispensa abrangem os casos em que, embora haja possibilidade de competição a justificar a licitação, a lei faculta, à Administração Pública, não realizá-la, tendo em vista, basicamente, determinados critérios relativos ao pequeno valor envolvido, a certas situações excepcionais, ao objeto da contratação, ou à pessoa do contratado. Decorre daí a possibilidade de haver a contratação direta da FUNDAÇÃO COGE, com base no inciso XIII, do citado Art. 24, da Lei de Licitações.
3. As hipóteses de inexigibilidade, a seu turno, envolvem os casos em que não existe possibilidade de competição - só havendo um objeto, ou uma pessoa, que atenda às necessidades do interesse público - sendo inviável, por conseguinte, realizar-se licitação.
4. Em vista disso, sempre que a FUNDAÇÃO COGE for a única entidade capaz de realizar, ou de cumprir, o objeto de determinado contrato firmado com a Administração, estar-se-á diante de uma hipótese de inexigibilidade de licitação, por clara inviabilidade de competição.

Nos demais casos, ou seja, em que a competição seja possível, a contratação direta da FUNDAÇÃO COGE só poderia ocorrer, em tese, ao amparo das hipóteses de dispensa de licitação, mais precisamente com base na Art. 24, inciso XIII, que dispõe:

"é dispensável a licitação... na 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".

5. Os requisitos para a eventual contratação direta com base naquele dispositivo legal são, portanto, os quatro seguintes:
 - a) A contratada deve ser instituição brasileira;
 - b) A contratada deve objetivar, por seu estatuto ou regimento, à pesquisa, ao ensino ou ao desenvolvimento institucional;
 - c) A contratada deve ter indubitável renome, em sua área de atuação e
 - d) A contratada não pode ter fins lucrativos.
6. No que tange especificamente à FUNDAÇÃO COGE, é inegável o atendimento dos quesitos (a), (c) e (d) acima mencionados, como bem já havia destacado o professor Caio Tácito, em parecer elaborado sobre tema conexo com o aqui analisado:

"Como visto, o Art. 24 da Lei nº. 8.666/93 contempla entre os casos de dispensa de licitação, o contrato de instituição brasileira que atenda aos seguintes requisitos essenciais:

- . Inquestionável reputação ético-profissional;
- . Atividade não lucrativa e;
- . Destinação, regimental ou estatutária, ao desenvolvimento institucional. A FUNDAÇÃO COGE satisfaz, inequivocamente, aos dois primeiros requisitos."

Parecer do Escritório Villemor Amaral

7. Portanto - como também realçou o professor Caio Tácito -, a questão restante é examinar-se o atendimento do último requisito exigido pela Lei de Licitações, referido no item (ii) acima: o objeto da FUNDAÇÃO COGE deve relacionar-se, fundamentalmente, à pesquisa, ao ensino, ou à busca do desenvolvimento institucional de seus instituidores e mantenedores.
8. Assim a questão central a ser enfocada nesta manifestação diz respeito às relações existentes entre o objeto da FUNDAÇÃO COGE - (a razão mesma de sua existência) - e as atividades por ela desenvolvidas, em razão dos contratos firmados com seus clientes.
9. De fato, a cláusula estatutária que versa o objeto da FUNDAÇÃO COGE dispõe, expressamente, sobre a dedicação desta ao desenvolvimento institucional de seus criadores e mantenedores, sob a forma de assessoramento e consultoria, entre outras atividades, inclusive ligadas à pesquisa e ao ensino.
10. É nítido, também, tanto no Estatuto como no Regimento Interno da FUNDAÇÃO COGE, que ela se dedica à pesquisa, ao ensino e, sobretudo, ao desenvolvimento institucional de seus criadores e mantenedores.
11. E, como a Lei de Licitações não exige que o objeto da entidade a ser contratada vise, simultaneamente, àquelas três metas, quais sejam, desenvolvimento, ensino e pesquisa, basta o atendimento de uma delas - o desenvolvimento institucional, no caso da FUNDAÇÃO COGE.
12. Assim, o importante é verificar quais "atividades", dentre as inúmeras realizadas pela FUNDAÇÃO COGE, estariam abrangidas no conceito jurídico indeterminado de desenvolvimento institucional, para os fins específicos da contratação direta.
13. Diante da amplitude daquele conceito, pode-se tentar buscar esse entendimento por um caminho inverso; ou seja, verificando, primeiramente, quais atividades não estariam contidas no mesmo.
14. A espécie mais comum de atividades fora do escopo do desenvolvimento institucional seria aquela que não tenha por objeto a utilização de conhecimento e/ou capacidades especiais da FUNDAÇÃO COGE ou seja, atividades como fornecimento de mão de obra para serviços de limpeza, vigilância, recepção, cobrança etc, pois a prestação desses serviços esbarraria em vários obstáculos. Primeiro, porque tais serviços podem ser prestados por inúmeras outras empresas, o que aponta ampla possibilidade de competição, sugerindo a realização de certame licitatório. Segundo, porque esse tipo de atividade não contribui para o desenvolvimento institucional daquele contratante, no contexto próprio do setor elétrico brasileiro. E, terceiro, porque a Fundação não adquiriu seu notório renome, no mercado, por prestar tal espécie de serviço.
15. Após isso, deve-se examinar o objeto da FUNDAÇÃO COGE, de acordo com seus estatutos e regimento interno; e, por fim, verificar-se a existência do nexos essencial entre este objeto e a realização das atividades supracitadas.
16. Por último - mas não menos importante -, deve-se destacar o tema relativo ao preço ajustado nas possíveis contratações diretas, ou seja, sua compatibilidade com o de mercado. Os preços, devem guardar a maior compatibilidade possível com aqueles regularmente praticados no mercado. Da melhor fixação desse preço, inclusive, pode advir, até mesmo, a inexigibilidade de licitação. Explica-se: a Fundação foi constituída visando, precipuamente, ao desenvolvimento institucional de seus fundadores e mantenedores, não tendo - também por isso - qualquer finalidade lucrativa como objeto.
17. Assim, é absolutamente razoável admitir-se que a FUNDAÇÃO COGE possa (e deva) praticar preços muito mais favoráveis, para seus instituidores ou mantenedores, do que os das demais entidades privadas, suas potenciais concorrentes no mercado.
18. Logo, se um dos instituidores ou mantenedores, integrantes da Administração, pretende contratar determinado serviço que se enquadre no objeto da FUNDAÇÃO COGE, dificilmente poderia obter, no mercado, um preço mais conveniente que o da

Parecer do Escritório Villemor Amaral

Fundação da qual ele próprio é instituidor ou mantenedor. E, não havendo melhor preço na "concorrência", estaria caracterizada a inexigibilidade de licitação ou, no mínimo, a dispensa daquele certame.

19. Por tais razões, a adequada fixação do preço será, no mais das vezes, um fator decisivo para justificar a dispensa ou a inexigibilidade de licitação - naturalmente, nos casos em que o "menor preço" seja, potencialmente, o critério adotado para definir a contratação.

20. Ante o exposto, pode-se listar os principais requisitos que devem estar atendidos, tanto quanto possível, a fim de reduzir eventuais dúvidas nos casos de contratação direta da FUNDAÇÃO COGE por instituidores, mantenedores e demais entidades integrantes da Administração Pública:

- Especificar precisamente o objeto da contratação, caracterizando o nexo entre o objeto do contrato e a finalidade estatutária e regimental da FUNDAÇÃO COGE;

- Evitar a contratação de serviços ligados às atividades que não tenham por objeto a utilização de conhecimentos e/ou de capacidades especiais da FUNDAÇÃO COGE, ou que não constituam atividades típicas desta, enquanto entidade ligada ao desenvolvimento institucional do setor elétrico;

- Preferir a contratação de atividades mais relacionadas às empresas típicas do setor elétrico e, sobretudo, que melhor representem a área de atuação em que a FUNDAÇÃO COGE consolidou seu renome, configurando, assim, o nexo necessário, que justifica e autoriza a contratação direta;

- Observar a adequada fixação do preço dos serviços a serem contratados, de modo a torná-lo estritamente compatível com aquele encontrado no mercado, bem como para justificar a dispensa ou inexigibilidade de contratação (em especial quando o "menor preço" for o critério decisivo desta).

- Guardadas as considerações acima é, portanto, possível a contratação direta da FUNDAÇÃO COGE, por seus instituidores e mantenedores integrantes da Administração Pública, com base no Art. 24, inciso XIII, da Lei de Licitações e, conforme o caso, com fundamento no Art. 25 daquele mesmo diploma legal.

(.) DESTAQUES EXTRAÍDOS DO PARECER ELABORADO PELO ESCRITÓRIO VILLEMOR AMARAL EM 5 DE OUTUBRO DE 2000.