PARECER JURÍDICO N°. 436/2022/PJ/PMNP

Processos n° 101/2022-PMNP
Processo licitatório n° 2311001/2022
Dispensa de Licitação n°. 07/2022
Requerente: Departamento de Licitações
Objeto: Contratação da Fundação de Amparo e Desenvolvimento da Pesquisa – FADESP, objetivando a Organização e Realização do Processo Seletivo Simplificado, para Provimento de Cargos Temporários para a Prefeitura Municipal de Novo Progresso/PA.

RELATÓRIO

O presente parecer tem o intuito de atender a solicitação feita pela Departamento de Licitações, para análise do Processo Licitatório, especialmente a Minuta do Edital e seus anexos, Minuta Contratual, Minuta da Proposta e seus Anexos, pertinentes à contratação da Fundação de Amparo e Desenvolvimento da Pesquisa – FADESP, objetivando a organização e realização do Processo Seletivo Simplificado, para provimento de cargos temporários para a Prefeitura Municipal De Novo Progresso/PA.

Trata-se de solicitação encaminhada a esta Consultoria Jurídica, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) na qual requer análise jurídica da legalidade da contratação, mediante dispensa de licitação.

ANÁLISE

O artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, ao traçar os princípios a serem seguidos pela Administração Pública, dispõe que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

Portanto, a Constituição da República acolheu a presunção de que a prévia licitação à contratação é mais vantajosa para a Administração Pública, facultando a contratação direta.

Sendo assim, a Lei nº 8.666/93 foi editada para regulamentar as licitações e contratações efetuadas pela Administração Pública, atendendo ao dispositivo constitucional mencionado.

Desta feita, a licitação, muito embora seja um dever, só é exigível quando a situação fática permitir a sua realização, restando afastada quando houver inviabilidade de competição (art. 25) ou nos casos de dispensa de licitação (art. 24) ou licitação dispensada (art. 17).

No caso da dispensa de licitação, explica Marçal Justen Filho que se verifica "em situações em que, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente incompatível com os valores norteadores da atividade administrativa."

Saliente-se que a lei, no art. 24, prescreve um rol taxativo para a dispensa, de sorte que somente nessas hipóteses poderá a Administração adotar referido procedimento.

Nesses casos, portanto, cabe à Administração, mediante juízo de oportunidade e conveniência, avaliar qual será a forma que proporcionará a contratação mais vantajosa: a instauração da licitação ou a contratação direta.

No que tange ao objeto da presente análise, ressalta-se que tanto a Administração Pública Municipal, quanto outros órgãos tem se valido da contratação direta para a promoção de concurso público com fundamento no artigo 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

> "Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> (...)
>
> XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;"

A esse respeito é lapidar a lição de Jessé Torres Pereira Júnior:

> "A lei licitatória cumpre, neste inciso, a ordem do art. 218 da Constituição Federal, que incumbe o Estado de promover e incentivar "o desenvolvimento

> científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas". A determinação do § 4º do preceito constitucional nitidamente inspira esta hipótese de dispensabilidade, ao cometer à lei, imperativamente, o dever de apoiar e estimular "as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de recursos humanos..."

Tanto que a Lei nº 8.666/93 recomenda a dispensa, neste caso, a duas condições:

(a) Tratar-se de instituição brasileira, sem fins lucrativos, ou seja, sociedade civil (a lei não exige o título de utilidade pública) de cujo ato constitutivo conste como objetivo societário a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional;

(b) Contar a entidade com "inquestionável reputação ético-profissional" (vale dizer, em termos licitatórios, idoneidade assemelhada, mutatis mutandis, àquela resultante da habilitação prevista no art. 27 e à notória especialização definida no art. 25, § 1º

Como se percebe, a intenção do legislador, no referido inciso, foi a de impulsionar a atuação e o aperfeiçoamento de instituições voltadas especificamente às atividades de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou recuperação social do preso.

Cumpre esclarecer que para se efetivar a dispensa de licitação, com fundamento no inciso XIII, do supracitado artigo 24, devem estar presentes os seguintes requisitos:

a) a instituição deve ser brasileira;

b) possuir em seus fins a dedicação à pesquisa, ao ensino ou ao desenvolvimento institucional;

c) deve possuir inquestionável reputação ético-profissional;

d) não possuir fins lucrativos.

Para Joel Menezes de Niebuhr, duas questões devem ser analisadas para a contratação com base neste dispositivo:

> "Em primeiro lugar, se a dispensa é para entidades dedicadas à pesquisa, ao ensino, ao desenvolvimento nacional ou à recuperação do preso, evidentemente

que o contrato a ser celebrado precisa guardar pertinência a tais finalidades. Ou seja, o contrato deve ter por objeto a pesquisa, o ensino ou algo prestante ao desenvolvimento institucional ou à recuperação social do preso.

Em segundo lugar, a instituição precisa dedicar-se à área objeto do contrato, que deve se relacionar com um dos objetivos enunciados no dispositivo supracitado e revelar experiência nela. Por exemplo: é irrazoável contratar instituição ambiental para realizar curso de marketing, ou instituição de engenharia para realizar curso de administração. A razoabilidade impõe que uma instituição dedicada à engenharia seja contratada para prestar serviços na área de engenharia. Quem é apto para prestar serviços em administração, venhamos e convenhamos, é uma instituição pertinente à Ciência da Administração; em hipótese alguma, uma instituição voltada à engenharia".

Desta forma, observa-se que a dispensa de licitação com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93 pode ser utilizada quando guardar nexo causal entre o objeto do contrato e as atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional.

E nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

"O TCU determinou à Administração Pública federal que 'observe que as dispensas de licitação com amparo no inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93 só são possíveis quando houver nexo entre o objeto pretendido e as atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional, o que não é o caso de serviços ordinários de informática, mesmo os de desenvolvimento de sistemas'. Nessa mesma oportunidade a referida Corte de Contas também decidiu que a Administração 'atente que o requisito 'desenvolvimento institucional', previsto no inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93, deve receber interpretação restrita, não podendo ser entendido como qualquer atividade que promova melhoria no desempenho das

> organizações, sob pena de inconstitucionalidade'. (Acórdão 427/2002 – Plenário, DOU de 29.11.2002)"

Inclusive, sobre o assunto, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula nº 250:

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

Da mesma maneira manifestou-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> 1. "... Com efeito, do artigo 2º do estatuto da Fundação Carlos Chagas verifica-se que a entidade tem por objetivos, dentre outros, "desenvolver atividades primordialmente técnicas e científicas, destacando-se as seguintes: a) realizar pesquisas e estudos que possam promover o desenvolvimento educacional e social, b) contribuir para o aprimoramento da formação científica de pesquisadores; c) promover ou participar de reuniões, simpósios, congressos e seminários que propiciem o intercâmbio de idéias, informações, e experiências que contribuam para o desenvolvimento da Educação; (d) promover a divulgação de resultados de pesquisas, e) desenvolver estudos e atividades na área de avaliação e de medidas educacionais." (fl. 753). Além disso, possui inquestionável reputação em âmbito nacional, gozando, inclusive de certificado ISO 9002 (SQ 279 434/97), que atesta a qualidade do seu sistema para a impressão de produtos relacionados a processos seletivos, concursos públicos e vestibulares. Por último, a Fundação Carlos Chagas constitui-se em entidade sem fins lucrativos. Atendidos, pois, pela Fundação Carlos Chagas os três requisitos relativos à qualidade do contratado, cumpre analisar se o objeto do contrato pode ser enquadrado dentre as atividades previstas no art. 24,

inciso XIII, da Lei n° 8.666/93 a justificar a dispensa de processo licitatório.

Com efeito, "o inc. XIII não representa uma espécie de válvula de escape para a realização de qualquer contratação, sem necessidade de licitação", sendo certo que "somente se configuram os pressupostos do dispositivo quando o objeto da contratação inserir-se no âmbito de atividade inerente e próprio da instituição", na precisa doutrina de MARÇAL JUSTEN FILHO.

No caso, o contrato celebrado pela Administração Pública tinha por escopo a realização de concurso público para o provimento do cargo de Agente Fiscal do Tesouro do Estado. Quer dizer, a Fundação Carlos Chagas foi contratada para a elaboração de prova de cunho técnico por meio da qual seriam selecionadas as pessoas aptas ao exercício do referido cargo público e o acompanhamento do processo seletivo, atividades que se subsumem no conceito de "desenvolvimento institucional" e que constam, expressamente, no rol das incumbências estatutárias da instituição contratada. MARÇAL JUSTEN FILHO reconhece a largueza conceitual da expressão "desenvolvimento institucional", asseverando que "será imperioso verificar se a finalidade e o objetivo de desenvolvimento institucional buscados pela Administração se enquadram na específica atuação desempenhada por dita instituição", o que se concretiza, perfeitamente, na espécie. Não há olvidar que seja necessário ao ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, entidade política, no desempenho de suas funções, dentre as quais a administração fazendária, a admissão, mediante prévio concurso público, dos funcionários encarregados de exercê-las. Daí a necessidade de recorrer-se à instituição reconhecidamente competente, sem fins lucrativos, e que desenvolva atividade de avaliação. Ante o exposto confirma-se a sentença em reexame necessário."

> Como bem observa Jorge U. Jacoby Fernandes os serviços de realização de concursos públicos são complexos em extensão e infraestrutura, somados a esses fatores há ainda a segurança da informação, o que evidencia "a necessidade de restringir a competição a empresas e instituições com experiência exitosa anterior."

Sobre a possibilidade de contratação direta para realização de concursos públicos ressalta-se a interpretação do TCU no Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 103 do TCU:

> "Contratação direta, sem licitação, para a realização de concurso com vistas ao provimento de cargos ou empregos públicos:
>
> Em consulta formulada ao TCU, o Ministro de Estado das Comunicações indaga "se é possível a realização de certame de caráter nacional", com vistas ao recrutamento e à seleção de pessoal para os quadros da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), "centralizando em Brasília todo o planejamento e a efetiva execução dos processos, por intermédio da contratação de entidade de notória especialização e indiscutível capacidade e experiência em concursos públicos, com base no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666, de 1993".
>
> Salienta o consulente que, embora seja urgente a deflagração de processo para a contratação de "novos funcionários para a ECT", surgiram dúvidas plausíveis, originárias da área jurídica da empresa, em face da existência do Acórdão n.º 221/2006-Plenário, que determinou à entidade que, nos casos em que houvesse mais de uma instituição em condições de prestar os serviços objeto da contratação direta, a ECT deveria licitá-los. Para o relator, o aludido acórdão não constitui óbice à pretensão do consulente, porquanto, por meio do Acórdão n.º 569/2005-Plenário, prevaleceu a tese de que o art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93, ao autorizar a dispensa de licitação, mesmo que viável a competição, não levou em conta o critério da competitividade, mas sim

prestigiou outras circunstâncias e peculiaridades que condicionam e recomendam a contratação direta, como a pesquisa, o ensino e o desenvolvimento institucional. Segundo o relator, a leitura que se deve fazer do mencionado Acórdão n.º 221/2006-Plenário é que ele "buscou evitar o desvirtuamento da lei, por meio da contratação de instituições que atendam aos requisitos constantes do texto legal, a saber: ser brasileira; não ter fins lucrativos; apresentar inquestionável reputação ético-profissional; ter como objetivo estatutário-regimental a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional. Não atendidos esses requisitos, prevalece a orientação da aludido decisum quanto à obrigatoriedade de licitar". Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu "esclarecer ao consulente que é possível a realização de concurso para provimento de cargos ou empregos públicos, por meio da contratação direta de entidade detentora de notória especialização e inquestionáveis capacidade e experiência na matéria, com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666, de 1993, sem prejuízo da observância dos demais requisitos estabelecidos na Lei para a contratação direta, como a elaboração de projeto básico e de orçamento detalhado (art. 7º), além da razão de escolha da instituição executante e a justificativa do preço contratado (art. 26)". Precedente citado: Acórdão n.o 670/2010-Plenário (Relação n.º 12/2010). Acórdão n.º 1111/2010-Plenário, TC-010.901/2010-8, rel. Min. José Jorge, 19.05.2010. Grifos nossos.

E do corpo dos Acórdãos 1.111/2010 e 569/2005, ambos do TCU, colhem-se os seguintes excertos:

"Nesse contexto, vale lembrar que os últimos concursos públicos, inclusive o deste ano, para provimento dos cargos de Analista de Controle Externo da Carreira de Especialista do Quadro de Pessoa da Secretaria deste Tribunal, para não mencionar exemplos de outros órgãos, têm sido realizados mediante a contratação direta da Fundação Universidade de Brasília – FUB, por meio

de seu Centro de Seleção e de Promoção de Eventos – CESPE, e da Escola de Administração Fazendária – ESAF com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, porquanto, segundo os pareceres emitidos pela Consultoria Jurídica deste TCU para cada contratação direta, os requisitos constantes do citado dispositivo legal foram observados, restando demonstrada a correlação entre o objeto contratado e o desenvolvimento institucional deste Tribunal.

(...)

Importa também esclarecer, desde logo, que não há plausibilidade em eventual argumento de que havendo mais de uma fundação apta a promover concurso público deve-se, então, promover a licitação.

(...)

A lei autoriza a dispensa de licitação mesmo que viável seja a competição. Os critérios que embasam as hipóteses do art. 24 não levam em conta a competitividade. Concernem a circunstâncias peculiares que condicionam e aconselham a contratação direta, desde que preenchidos os requisitos legais. É o caso do inciso XIII do art. 24.

(...)

Não obstante, impõe-se reconhecer que a interpretação do art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/1993 não suporta toda e qualquer contratação direta de instituição para realização de concurso público, mas apenas de instituições que atendam aos requisitos constantes do próprio texto legal, ou seja: ser brasileira, não ter fins lucrativos, apresentar inquestionável reputação ético-profissional, ter como objetivo estatutário-regimental a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional.

(...)

> No caso específico de concurso público, para traçar a correlação do objeto contratado com o desenvolvimento institucional, a administração pública contratante deve demonstrar de forma inequívoca a essencialidade do preenchimento dos cargos para o seu desenvolvimento institucional. Nesse sentido, há de constar do próprio plano estratégico, ou de instrumento congênere, da administração pública contratante essa demonstração que deve ser estipulada com base em critérios objetivos capazes de revelar a contribuição direta das atividades inerentes aos cargos objetos do concurso público que se pretende realizar no desenvolvimento da organização."

Dessa forma, atendidos os requisitos legais e demonstrada a essencialidade do preenchimento do cargo para o desenvolvimento institucional da Administração, é possível a contratação direta de entidade para a realização de concurso público com base no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666, de 1993. Não obstante, devem ser satisfeitos outros requisitos da Lei de Licitações, tais como a necessidade de elaboração de projeto básico e de orçamento detalhado art. 7º, além da razão de escolha da instituição executante, da justificativa do preço contratado, e da publicação do procedimento, após a sua aprovação, na imprensa oficial, art. 26.

8. Desta forma, entendo que a cautela que se deve tomar é evitar o desvirtuamento da lei, por meio da contratação de instituições que atendam os requisitos constantes do texto legal, a saber: ser brasileira; não ter fins lucrativos; apresentar inquestionável reputação ético-profissional; ter como objetivo estatutário-regimental a pesquisa, o ensinou ou o desenvolvimento institucional.

Promovida uma detida análise sobre os autos e documentos acostados, especialmente em relação à contratada, nos parece que alternativa não há, senão reconhecer a legalidade da utilização do inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/1993 para justificar a dispensa de licitação na contratação do serviço de processo seletivo simplificado, através da FADESP, cuja idoneidade e qualificação técnica na matéria restam sobejamente comprovadas pelas provas documentais apresentadas, as quais têm-se por legítimas. Outrossim, ainda exige-se que sejam observados todos os requisitos constantes do mencionado dispositivo legal autorizativo e que

o órgão ou a entidade contratante demonstre, com critérios objetivos, no seu plano estratégico ou em instrumento congênere, a essencialidade do preenchimento do cargo objeto processo seletivo para o seu desenvolvimento institucional.

Reforçando a tese favorável à contratação, afirmo que de modo geral, as atividades relacionadas à promoção de *concurso público* têm pertinência com o desenvolvimento institucional da contratante. Essa afirmação apoia-se no entendimento de que a política de recursos humanos da Administração Pública inicia-se com a seleção, mediante concurso público ou processo seletivo, de pessoal para provimento dos seus cargos vagos. E o desenvolvimento institucional da Administração depende, dentre outros fatores, da qualificação do pessoal selecionado, que deve atender, desde o princípio, às necessidades da Administração contratante. Portanto, não há como dissociar o desenvolvimento institucional do objeto realização de concurso público.

A eficiência na Administração Pública, princípio constitucional a ser perseguido constante, passa necessariamente pela seleção de pessoal que integrará os quadros dos órgãos e entidades da Administração Pública. Todos os demais programas, ações, projetos e atividades voltados para resultado institucional têm que levar em conta os recursos humanos de que dispõe a Administração Pública. Daí a correlação do objeto contratado – promoção de seleção de pessoal – com o desenvolvimento institucional, porquanto este depende diretamente de um processo seletivo com excelência de qualidade.

No caso específico de processo de seleção ou concurso público, para traçar a correlação do objeto contratado com o desenvolvimento institucional, a administração pública contratante deve demonstrar de forma inequívoca a essencialidade do preenchimento dos cargos para o seu desenvolvimento institucional, que neste caso já foi demonstrada, inclusive mediante lei municipal regulamentando a matéria. Nesse sentido, consta do próprio plano estratégico da administração pública contratante essa demonstração, estipulada com base em critérios objetivos fixados em Lei, capazes de revelar a contribuição direta das atividades inerentes aos cargos objetos do processo seletivo que se pretende realizar no desenvolvimento da organização.

Dessa forma, o ato de dispensa da licitação está vinculado à essencialidade do cargo e das respectivas atividades para o desenvolvimento institucional, legitimando então a dispensa de licitação não tem base legal no inciso XIII do art. 24.

Para finalizar, pode-se, então concluir com base na jurisprudência citada, que é possível terceirizar a realização de concurso público com e sem licitação. A licitação continua sendo a regra geral e a contratação direta, como norma de exceção, deve ser empregada somente quando houver o preenchimento dos requisitos do art. 24, inciso XIII, que neste caso, a administração contratante deixa evidente também a correlação entre o objeto contratado e o seu desenvolvimento institucional.

CONCLUSÃO

Sendo assim, entende-se que a regra é a realização de licitação, ressaltando-se que o tipo a ser adotado deve ser técnica e preço, uma vez que para essas contratações deverão ser considerados tanto fatores de natureza técnica como o de preço na escolha da proposta mais vantajosa, pois ambos são tidos como relevantes. Embora no presente caso não acarretem gastos diretos para a Administração Pública, sabe-se que haverá um custo, o qual será bancado pelos inscritos, de sorte que o dever de primar pelo interesse público permanece ao encargo da Administração Municipal.

E dentre os fatores de ordem técnica, o inc. I do § 1º do art. 46 da Lei 8.666/93 consigna os seguintes: "*a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução, os quais devem ser estipulados de acordo com o objeto da licitação*". Neste sentido, a experiência que a contratada comprova, já seria o bastante para preencher este requisito, mas ainda é possível constatar através de outros documentos a satisfação da exigência legal.

Assim, a dispensa de licitação poderá ser utilizada pela Administração Pública, visto que resta demonstrado que o seu desenvolvimento institucional depende da qualificação do pessoal selecionado por meio processo seletivo intentado e que a contratada preenche os requisitos contidos no artigo 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, quais sejam: ser brasileira; não ter fins lucrativos; apresentar inquestionável reputação ético-profissional; ter como objetivo estatutário-regimental a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional.

Do acima exposto, inobstante o interesse em contratar o serviço necessário, é decisão discricionária da Autoridade Superior optar pela contratação ou não, ante a criteriosa análise do Controle Interno e de toda a documentação acostada aos autos que instruem o presente

procedimento, visto que, pelo presente parecer, foram enfocados tão somente os aspectos legais, competindo à Administração analisar, dentre outros, os critérios técnicos.

Face ao exposto, opina-se pela possibilidade jurídica e legalidade da contratação mediante dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93.

É o parecer que se submete à consideração superior.

Novo Progresso/PA, 24 de novembro de 2022.

EDSON DA CRUZ DA SILVA

Assinado de forma digital por EDSON DA CRUZ DA SILVA
Dados: 2022.11.24 11:25:52 -03'00'

Assessor Jurídico
OAB/PA nº 14.271
Portaria nº. 012/2021 – GPMNP