

PARECER JURÍDICO Nº 005/2018/JUR/DAEVG

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIÇOS MUNICIPAIS DE SANEAMENTO - ASSEMAE. LEI Nº 8.666/93 – ART. 24, XIII. FAVORÁVEL.

INTERESSADO: DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE VÁRZEA - DAE/VG.

I – RELATÓRIO

Cuida o presente parecer jurídico dar cumprimento ao parágrafo único, do artigo 38, da Lei no 8.666/93, disposições legais que determinam o exame prévio dos atos relativos à realização de licitações e exame dos respectivos textos de editais, minuta de contratos e outros instrumentos congêneres acostados no respectivo processo licitatório.

Consta do referido processo de Dispensa de Licitação, com obediência à Lei nº 8.666/93, para contratação de mão de obra especializada na execução de curso de qualificação na área de atendimento ao público com ênfase no setor Comercial, fixadas no Projeto Básico.

Acostados aos autos vieram:

- a) CI nº 016/2018 – Solicitação para elaboração de TR fl. 02;
- b) Apresentação e Proposta ASSEMAE fl. 03;
- c) Termo de Referência fls. 04 a 09;
- d) Dotação Orçamentaria fl. 09;
- e) Autorização do Diretor Presidente fl. 10;
- f) Consulta de itens de material e serviços – PUG – TCE/MT fl. 11;
- g) Estatuto Social - ASSEMAE fls. 13 a 32;
- h) Documentos relativos à Habilitação fls. 12 a 40;
- i) Formulário de filiação a ASSEMAE fls. 41 a 44;

É o relatório, passo ao parecer.

II - ANÁLISE JURÍDICA

Antes de adentrar ao mérito do parecer jurídico, deve-se salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos constantes dos autos até a presente data, e que, em face do que dispõe o art. 131 da Constituição Federal de 1988 e artigo 38, da Lei nº 8.666/93, incumbe, a esta procuradoria jurídica, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito do Departamento de Água e Esgoto de Várzea Grande – DAE/VG, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.

III - DA CONTRATAÇÃO DIRETA - DISPENSA DE LICITAÇÃO - Art. 24 XIII - Lei nº 8666/93.

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 ou nos casos de dispensa de licitação ou licitação dispensada.

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.” (Filho, 2010) 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 curso/treinamento 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;”

Neste caso, conforme a Lei nº 8.666/93 existem 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”

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.

Cumpra 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 (Niebuhr, 2003) duas questões devem ser analisadas para a contratação com base neste dispositivo:

“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 só é possível quando guardar nexos 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).”

“A dispensa de licitação fundamentada no inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93, somente poderá se efetivar se comprovado o nexo entre as atividades mencionadas no dispositivo, a natureza da instituição e o objeto da contratação.” (Decisão 346 – TCU, de 09 de junho de 1999).

8

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 nexos efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado”.

Considerando-se o conceito juridicamente indeterminado da expressão “desenvolvimento institucional”, é importante valer-nos da lição da doutrina especializada. Neste sentido, valemo-nos mais uma vez de trecho da obra do Professor Marçal Justen Filho (FILHO, Marçal Justen. Op. cit., p. 327):

Existe maior dificuldade no tocante ao conceito de “desenvolvimento institucional”, inclusive por efeito de uma espécie de autorreferibilidade do dispositivo. Ali se incluem as instituições que promovem o desenvolvimento de outras instituições. Deve-se reputar que o dispositivo alude às instituições sociais e políticas. Talvez o maior aprofundamento sobre esse dispositivo seja propiciado pelo exame, adiante realizado, do vínculo de pertinência entre o objeto do contrato e a função da instituição.

Jurisprudência do TCU:

“...no conceito de ‘desenvolvimento institucional’, esta Corte ressalta que essa expressão não pode ser interpretada em sentido amplo, a fim de evitar a contratação, sem maiores critérios, desses órgãos/entidades mediante dispensa de licitação (Decisão nº 30/2000 – Plenário)”. (Acórdão nº 3.546/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer).

Para o Professor Jorge Ulysses Jacoby Fernandes (FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. Contratação Direta sem Licitação. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 487), o interesse público impõe restrição ao termo, através dos seguintes dizeres:

De todas as expressões utilizadas no inciso pelo legislador, o “desenvolvimento institucional” foi a mais ampla. Se a doutrina se debate, até agora, por açambarcar e analisar as acepções da palavra instituição, a rigor, “desenvolvimento institucional” compreenderia crescimento, progresso, de qualquer coisa em que possa estar

compreendido o termo instituição. Cuidam do desenvolvimento institucional tanto uma empresa que possui um centro de controle de qualidade, como uma faculdade, sindicato ou associação de moradores, qualquer “instituição”, portanto, que se dedique a um fim. Por óbvio, impõe o interesse público a restrição ao termo, a fim de que o mesmo se harmonize com o ordenamento jurídico.

A ASSEMAE é uma associação sem fins lucrativos, cuja finalidade principal é a de reunir os prestadores de serviços públicos de saneamento para defender, ampliar e interagir, desenvolvendo assim a capacidade técnica, administrativa, financeira e regulatórias de seus associados.

De acordo com os artigos 53 e seguintes do Código Civil, Constituição Federal artigo 150, inciso VI, alínea “c” e Código Tributário Nacional artigo 9 e 14, a ASSEMAE possui imunidade tributária, tendo em vista ser uma entidade sem fins lucrativos.

A Lei n.8666 de 21 de junho de 1993, (Lei de Licitações), no artigo 2º, parágrafo único, define contrato administrativo como “[...] Todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidade da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

O contrato administrativo será celebrado entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares com a finalidade comutativa, onde os interesses das partes são contrapostos, uma parte buscando determinada vantagem e outra benefício distinto.

De acordo com o artigo 2º, caput, da Lei de Licitações, as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando forem contratadas com terceiros, serão necessariamente precedida de Licitação, ficando notório sempre que não há comunhão de interesses para buscar uma finalidade comum.

Existem exceções à regra de contratação administrativa devidamente expressas na Lei de Licitações nos artigos 17, 24 – contratação direta e no artigo 25 – inexigibilidade de licitação.

Ainda no artigo 24, inciso XIII da Lei de Licitações, estabelece que “è dispensável a licitação na contratação de instituição brasileira incumbida regimental

ou estatutária da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada a recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.”

Além disso, a Sumula 250 do Tribunal de Contas da União estabelece que “a contratação de instituições sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto do contrato, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado”.

As finalidades da ASSEMAE estão no estatuto Social, dentre as elencadas estão:

- I- Desenvolver a capacidade técnica, administrativa, financeira e regulatória de seus associados,
- II- Promover o desenvolvimento e divulgação de pesquisas tecnológicas e de custos dos serviços de forma a propiciar o autofinanciamento de serviços e obras
- III- Promover o desenvolvimento institucional prestando assistência técnica, administrativa e jurídica aos municípios e as entidades públicas de saneamento e afins.

Sobre a viabilidade de competição, em que pese alguns doutrinadores concluíam que, no caso de haver mais de uma instituição que preencha os requisitos do art. 24, XIII, o objeto deveria ser licitado, em atenção ao princípio da isonomia, vale registrar o posicionamento do ilustre Professor Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, onde chega a citar o entendimento do TCU (FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. Op. cit., p. 502)

Cabe obtemperar que a licitação não é o único meio de garantir a efetividade dos princípios de isonomia e da impessoalidade. Segundo, o legislador pátrio não pode abrir, ao seu talante, possibilidades de contratação direta sem acatamento ao princípio da licitação se não tiver a sustentá-lo outro princípio, também consignado na Constituição Federal. É importante lembrar que a inviabilidade de competição só é requisito para a contratação direta por inexigibilidade, conforme expressamente estabelece o art. 25. Não se pode criar, pela via doutrinária, palavras que não existem na lei! Logo, mesmo existindo várias instituições com igualdade de condições – se forem exatamente iguais, o que é pouco

provável-, a escolha pode ser feita por uma pesquisa de preços, por exemplo. Mais adequado seria que a justificativa da escolha do contratado tivesse relação com a capacidade da instituição e o objeto do contrato, e não só com o preço.

Em importante acórdão, o TCU (Acórdão TCU nº 114/1999 – Plenário. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça) firmou entendimento sobre essa questão e definiu que “atendidos os demais requisitos postos em lei” (art. 24, XIII), enseja a dispensa de licitação, mesmo quando a competição se revela viável”.

Desta forma, e seguindo o entendimento do ilustre mestre, a existência de mais de uma instituição que atenda aos requisitos do art. 24, XIII da Lei nº 8.666/93 não deve ser vista como fator impeditivo da contratação. Ora, referida exigência seria incompatível com a própria natureza do instituto da dispensa de licitação, e tornaria, na prática, inócuo o dispositivo legal, já que dificilmente o administrador teria condições seguras de atestar nos autos a inexistência de outra instituição em condições de realizar o serviço pretendido.

IV – ANÁLISE DO TERMO DE REFERENCIA E DA MINUTA DE CONTRATO

O Termo de Referência no processo administrativo de contratação expõe a necessidade a ser satisfeita, bem como do objeto e do encargo a serem executados pela contratada e do valor estimado da futura contratação, decorrem do dever de a Administração motivar seus atos e expor as razões e os fundamentos capazes de demonstrar a adequação das opções feitas pelo gestor público.

Em análise ao Termo de Referência em questão é possível extrair de forma clara e sucinta as descrições do objeto a ser contratado bem como a justificativa da adesão a Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento - ASSEMAE.

No tocante ao pressuposto da formalização do contrato administrativo, cumpre observar a disposição da Lei nº 8.666/93 que reputa necessária a inclusão das cláusulas indispensáveis previstas nos incisos do art. 55 da Lei de Licitações. No caso em comento, a Minuta de Contrato obedece à norma administrativa aplicável.

V - CONCLUSÃO

Portanto, há possibilidade jurídica da contratação direta da ASSEMAF para a prestação de serviços expressamente previstos em suas finalidades estatutárias, exigindo, no entanto que a associação possua estrutura própria suficiente para prestar os serviços em questão, para que tal contratação não constitua intermediação indevida.

O Termo de Referência e a Minuta de Contrato atendem ao que determina a Lei de Licitações e Contratos; Quanto a Habilitação, a regularidade da proponente com as obrigações resta comprovada pelas certidões e documentos; O setor contábil informou a disponibilidade orçamentária para a realização da despesa.

Isso posto, compreendo que estão presentes os aspectos formais e legais inerentes ao presente procedimento, razão pela qual opino favorável ao prosseguimento da contratação.

Este parecer contém 09 (nove) laudas, todas rubricadas, estando assinada pelo Procurador Chefe signatário.

S.m.j., é o parecer que submeto a apreciação superior.

Várzea Grande-MT, 19 de janeiro de 2018.



DELCI BALEEIRO SOUZA JUNIOR

Procurador Chefe - DAE/VG

OAB/MT 18.359