

DISPENSA DE LICITAÇÃO: a exegese do artigo 24, XIII, da Lei de Licitações



Cristina Blum Miranda

Assessora da Secretaria-Adjunta de Programas Especiais da SEPLAG/RJ;

Especialista em Administração Pública pela FGV/ECG

Felipe Caldeira Marron da Rocha

Assessor da Secretaria de Fazenda Municipal de Nova Iguaçu;

Especialista em Administração Pública pela FGV/ECG

RESUMO: O artigo versa sobre os requisitos e pressupostos indispensáveis para a observância da legalidade e regularidade no procedimento para contratação, por dispensa de licitação, de instituição brasileira, sem fins lucrativos e de reputação ético-profissional inquestionável, incumbida regimental ou estatutariamente do desenvolvimento institucional. Foram analisadas publicações de renomados autores brasileiros, pareceres do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, do Ministério Público Especial junto a este, e do Tribunal de Contas da União, com o intuito de pesquisar as inconformidades neste segmento de contratação. A mera literalidade da redação legal é insuficiente, pois a exegese de cada requisito expresso no artigo 24, inc. XIII, da Lei de Licitações e Contratos revela desdobramentos intrínsecos, intenções implícitas e ações explícitas a serem perquiridos para a correta tomada de decisão pelo gestor público.

ABSTRACT: This paper is about the requirements and conditions necessary to the observance of legality and regularity in the procedures for the hiring, by means of exemption from bidding, of a non-profit, unquestionably ethical and reputable Brazilian institution which is held responsible either for the rules or for the statutes that make up the institutional development. Publications by renowned Brazilian authors have been analyzed, as well as opinions of the Court of Accounts of the State of Rio de Janeiro (TCE-RJ), of the Special Public State Department annexed to the TCE-RJ, and of the Federal Court of Accounts in order to find out each and every irregularity in such a hiring procedure. The sheer literal meaning of the legal wording is insufficient, for the accurate explanation of each requirement expressed in article 24, item XIII, of the Law for Biddings and Contracts discloses intrinsic unfoldings, implicit intentions, and explicit actions to be investigated so that the correct decision should be taken by the public manager.

PALAVRAS-CHAVE:

Licitação; Dispensa;
Artigo 24, inciso XIII,
da Lei 8.666/93.

KEYWORDS: *Bidding;
Exemption; Article 24, item
XIII, of Law 8.666/93.*

INTRODUÇÃO

A licitação é um instituto consolidado no Direito Público brasileiro, haja vista a presunção constitucional de ser o mecanismo que, em regra, assegura maior vantagem à Administração Pública nas contratações, com a ressalva de sua exclusão nos casos peculiares abrangidos na Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, como na dispensa de licitação, prevista em seu artigo 24.

Entretanto, apenas a interpretação literal do dispositivo em apreço é insuficiente para garantir o completo entendimento e a legalidade da contratação. O problema se delinea quando o administrador, na ânsia de querer colher resultados, despreza ou manipula formalidades essenciais no processo de contratação e, mesmo sem o dolo direto de auferir vantagem, esquece que os pressupostos e requisitos legais têm sua existência e razão, tal qual ele, para a proteção do interesse público.

Neste sentido, sobreleva-se o grande número de irregularidades constatadas pelos Tribunais de Contas, especialmente nos processos fundamentados no desenvolvimento institucional como mote para a contratação direta de instituições brasileiras, sem fins lucrativos e de reputação ético-profissional inquestionável.

Pelo mínimo esboçado, o exame da contratação em tela é vital para a garantia do interesse público, para o tratamento isonômico das instituições e para a livre concorrência destas no mercado, sendo, portanto, indispensável que fique caracterizado no processo da dispensa o atendimento aos princípios norteadores da conduta administrativa, aos princípios constitucionais e aos requisitos explícitos e implícitos contidos no ordenamento jurídico.

FINALIDADE E JUSTIFICATIVAS DA DISPENSA DE LICITAÇÃO

A existência da dispensa parte do pressuposto da possibilidade de existir licitação. O artigo 24 da Lei 8.666/93 trata das hipóteses em que a licitação é dispensável, ou seja, caberá à discricionariedade do administrador a decisão pela aplicação da regra constitucional ou da exceção legislativa.

O permissivo constitucional pode ser entendido em razão da licitação ser um instrumento da ação estatal, não constituindo um fim em si mesma. Com efeito, assegura Bandeira de Mello (2006, p. 515), "[...] a licitação [...] é um meio para chegar utilmente a um dado resultado: o travamento de uma relação jurídica". A função estatal é promover o interesse público. A finalidade da norma que autoriza a dis-

pensa reside na proteção do interesse público que seria sacrificado ou prejudicado se ocorresse a licitação (NIEBUHR, 2003).

Toda licitação envolve uma relação de custos e benefícios. A vantajosidade buscada pela Administração não se refere somente ao menor preço ofertado, existindo outros fatores a serem analisados em conjunto. Concluindo-se que os custos necessários à licitação, em suas diferentes e comprovadas conotações, ultrapassam os benefícios que desta poderiam advir, há o desequilíbrio na relação e o procedimento licitatório resulta no sacrifício dos interesses coletivos e supraindividuais. Aplica-se, então, subsumindo o fato à norma, a dispensa de licitação (JUSTEN FILHO, 2005).

Entretanto, a decisão pelo afastamento do procedimento-regra impõe ao agente administrativo o cumprimento de requisitos específicos.



A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 26, *caput*, e incisos do respectivo parágrafo único, exige para a instrução dos processos de dispensa de licitação, à exceção das realizadas por critério de valor: a justificativa da necessidade administrativa; a caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; a razão da escolha do fornecedor ou executante; e a justificativa do preço.

A demonstração da necessidade implica a apresentação dos fatos, a exposição de motivos, a determinação do interesse público específico a que se visa atender, a demonstração da congruência entre o objeto da contratação e o resultado pretendido, e a subsunção do fato concreto à hipótese abstrata prevista na norma, evidenciando, em especial, as características restritivas da licitação que são necessárias e indispensáveis ao atendimento do interesse público (FERNANDES, 2006; JUSTEN FILHO, 2005; MOREIRA NETO, 1998; NIEBUHR, 2003; SOUTO, 2004).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1998) alerta para a existência de limites na discricionariedade do ato administrativo que devem ser observados nas justificativas das

decisões, considerando que a vontade do agente, por si só, é irrelevante. Adverte que não basta apenas a existência de um motivo, mas, também, a suficiência, a adequabilidade, a compatibilidade e a proporcionalidade deste ao objeto e à finalidade do ato, haja vista que o agente não pode suplementar a valoração de motivos, quando estes não bastem para fundamentar a prática do ato, por assim se caracterizar o vício de legalidade. Conclui Moreira Neto (1998, p. 57), "a lei não se cumprirá se não houver um mínimo de pertinência razoável entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro".

Passando a outro elemento de análise, existem casos, como na hipótese-tema, em que a licitação será dispensada em razão direta da pessoa do contratado. A especial condição do agente é que autoriza a contratação direta, desde que atendidos os demais requisitos legais. Note-se que deverá existir uma íntima relação entre a justificativa da situação geradora da dispensa de licitação e a justificativa explicitando as razões de escolha do fornecedor.

Na dispensa de licitação, consoante entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência,

dência nacionais, a competição é viável embora não exigível. Os particulares deverão ser considerados em plano de igualdade. A decisão administrativa, na determinação de um sujeito para contratação, deve ser razoável e fundar-se em critérios objetivos e impessoais, comprovando que o particular tem as condições específicas, necessárias e suficientes para atender a necessidade estatal. Inadmissível que, existindo vários competidores, a escolha seja baseada em critérios meramente opinativos e por julgamentos facciosos do agente administrativo, afrontando ao princípio da impessoalidade (FERNANDES, 2006; JUSTEN FILHO, 2005; MEIRELLES, 2006; NIEBUHR, 2003).

Importante memorizar que, se houvesse licitação, tais razões ou motivos não poderiam ser inseridos no edital por frustrarem ou restringirem o caráter competitivo entre os interessados na contratação (FERNANDES, 2006).

Prosseguindo, comente-se a exigência legal da justificativa de preço para a validade da contratação. Aqui, caberá ao administrador o confronto dos dados extraídos da fase inicial do procedimento administrativo, na qual a Administração Pública deve elaborar orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição dos custos unitários da contratação.

Mas não somente isso. O sentido do termo tem maior dimensão: justificar o preço é declarar, conforme o dispositivo legal específico que

autoriza a contratação direta e comprovar por dados sólidos, que "o valor é compatível com o de mercado ou se é o preço justo, certo, que uma avaliação técnica encontraria" (FERNANDES, 2006, p. 759).

Na dispensa de
licitação [...] a
competição é viável
embora não exigível.
Os particulares
deverão ser
considerados em
plano de igualdade

A economicidade é um princípio constitucional, e sua comprovação torna-se imperiosa em qualquer procedimento público. Vale repetir que o menor preço, embora regra, isoladamente não significa qualidade e atendimento ao interesse público. Observa Marçal Justen Filho (2005) que, dentre outros, existem custos econômicos propriamente ditos e custos de tempo na demora da tramitação do procedimento, sendo todos analisados e pon-

derados casuisticamente. A doutrina é unívoca ao afirmar que a terminologia adequada seria a de melhor preço, visto que devem ser sopeados outros critérios de avaliação para o equilíbrio ótimo da relação. O que se deve guardar é a necessária compatibilidade com os preços de mercado entre instituições de mesmo naipe, em serviços semelhantes e conexos ao objeto da contratação, conforme os ditames da Súmula 250 do Tribunal de Contas da União:

A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos efetivo entre o mencionado dispositivo, a na-

tureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

PRESSUPOSTOS E REQUISITOS GERAIS DO PROCESSO

As etapas internas dos processos de contratação administrativa, independente do procedimento adotado, guardam identidade. Iniciam-se, em regra, com a descrição do objeto e demais elementos do projeto básico, a justificativa da necessidade, a estimativa de custo e a previsão de recursos orçamentários para cobrir a despesa. Diferenciam-se, apenas, a partir da decisão pela inaplicabilidade da licitação, quando, então, o processo seguirá as fases próprias da contratação direta (FERNANDES, 2006; JUSTEN FILHO, 2005).

Preliminarmente, o administrador deve reservar cautela para não iniciar um procedimento a quedar inconcluso ou inócuo pela impossibilidade de sua materialização. Em vista disso, devem ser analisados os pressupostos de existência e validade do ato administrativo. Consoante Bandeira de Mello (2006), são pressupostos de existência: o objeto, que deve ser lícito, determinado ou determinável, e a sua pertinência à função administrativa. São pressupostos de validade: subjetivo (sujeito competente), objetivos (motivos e requisitos procedimentais), teleológico (finalidade), lógico (causa) e formalísticos (formalização).

A definição do objeto da contratação é uma tarefa que requer estudos e planejamento prévios para balizar a contratação. E, para o gerenciamento e controle de sua eficácia e efetividade, é importante que fique demonstrado o resultado pretendido, preferencialmente, através de metas e indicadores de avaliação e desempenho.

Marcos Juruena Villela Souto (2004) fortalece a necessidade do planejamento acrescentan-

do o argumento da impossibilidade de descaracterização do objeto inicial contratado durante a vigência do contrato. Como bem resume Marçal Justen Filho (2005, p. 104), "todas essas atividades preliminares destinam-se a evitar surpresas, desperdício de tempo e de recursos públicos e início de projetos inviáveis". Essa etapa é conhecida como modelagem do contrato.

O Projeto Básico é o instrumento que vai contextualizar a necessidade administrativa, portanto deve conter todos os elementos norteadores da contratação, seja ou não precedida de licitação, de forma clara, objetiva e suficiente, visando ao correto entendimento do pretendido pela Administração, em consonância com o requerido pelo artigo 6º, IX, da Lei 8.666/93 e com a observância de outros dispositivos do citado diploma legal ou previstos em leis específicas, sofrendo a devida adequação, a depender da natureza do objeto.

A Lei de Licitações, em seu artigo 7º, parágrafo 2º, inciso I, parte final, combinado com o respectivo parágrafo 9º, expressa a necessidade de disponibilização do projeto básico para o exame dos interessados em contratar com a Administração. Tal exigência normativa é geradora de incertezas na prática institucional, o que culmina na geração de questionamentos



por parte dos Tribunais de Contas aos seus jurisdicionados. A doutrina e a jurisprudência pesquisadas não aprofundam a questão.

Amolde-se, por Marçal Justen Filho (2005), que, partindo do pressuposto da obrigatoriedade de disponibilização do projeto básico e do princípio da razoabilidade, a dispensa poderia ser veiculada de forma semelhante ao procedimento-regra da licitação, ou seja, aviso publicado no veículo de comunicação oficial ou exposto em quadro de avisos de amplo acesso público, assemelhando-se a uma manifestação de interesse da Administração, na qual é facultado aos interessados apresentar propostas a partir do projeto básico e da planilha de custos unitários existentes na repartição.

Por conseguinte, a Administração deverá elaborar a planilha detalhada dos custos unitários necessários para satisfação do objeto da contratação, de tal forma que evidencie, discriminadamente, o valor total do contrato. Partindo desta, é realizada a pesquisa de preços de mercado para estimar o valor máximo aceitável na contratação. No processo devem, então, ser juntadas as propostas das instituições, registrando, inclusive, a data-base das consultas e a indicação dos recursos orçamentários para assegurar a contratação no exercício financeiro correspondente, observando a correta classificação funcional-programática. No caso de dispensa, a instituição eleita deverá encaminhar a documentação completa, original ou autenticada, na forma que seria exigida caso ocorresse a licitação, conforme o previsto nos artigos 28 a 32 da Lei 8.666/93 e, ainda, com o gravame de comprovar as peculiaridades exigidas pelo caso concreto e apontadas na justificativa do ato pelo administrador.

Somam-se as pré-faladas justificativas da dispensa e os necessários pareceres técnicos, jurídicos e do órgão de controle interno. Souto (2004) recomenda, inclusive, a manifestação do setor de recursos humanos da Administração,

constatando a inexistência de pessoal especializado no quadro de pessoal para a execução do objeto contratual.

Prossegue-se para o Ordenador autorizar a despesa, que, por exigência da Lei de Responsabilidade Fiscal, nas contratações em que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental acarrete aumento de despesa, deve ser acompanhada de relatório de impacto orçamentário no exercício em que a despesa deva entrar em vigor e nos dois subsequentes, com as respectivas premissas e metodologia de cálculo, e de declaração de sua adequabilidade às leis orçamentárias.

Apraza-se o máximo de 3 (três) dias para comunicação da dispensa à autoridade superior. Esta, no prazo de 5 (cinco) dias, deve decidir pela ratificação e, assim sendo, dar a devida



publicidade ao ato, no veículo de imprensa oficial, como condição de sua eficácia.

O processo passa à fase de formalização da despesa, consoante Lei 4.320/64, emitindo-se a Nota de Empenho para o exercício financeiro em que entrará em vigor. Posteriormente o contrato deve ser assinado pelas partes e testemunhas, publicando-se o respectivo extrato. Por fim, há o registro do contrato nos livros da Procuradoria, a inclusão no Sistema Integrado de Gestão Fiscal (SIGFIS) e encaminha-

mento das peças devidas ao Tribunal de Contas do Estado, no prazo e forma estabelecidos pelas Deliberações desta Corte.

REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA A DISPENSA DE LICITAÇÃO COM FULCRO NO ART. 24, XIII, 3ª FIGURA, DA LEI 8.666/93

O presente artigo desfecha-se na hipótese prevista no artigo 24, inciso XIII, 3ª figura, da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

É dispensável a licitação:

[...]

XIII - 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.

Marçal Justen Filho (2005, p. 251) evidencia que "a previsão do inciso XIII adquiriu, ao longo do tempo, enorme importância prática, eis que se tornou um canal de contratação direta muito mais significativo e amplo do que se poderia pretender originalmente". E valida a importância da análise do dispositivo, dado o volume significativo de recursos que vem sendo aplicado em dispensas de licitações com esse embasamento.

Reafirme-se o sobredito pelo exposto no processo TCE-RJ nº 271.832-0/01, no parecer do Ministério Público Especial, representado pelo Procurador Renato P. França, a seguir transcrito:

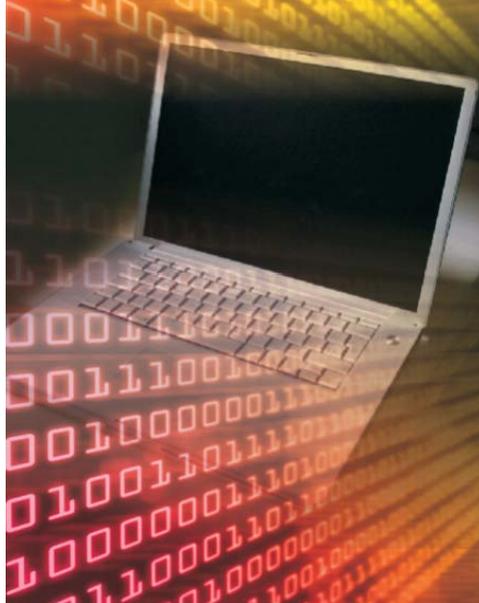
Tenho constatado que inúmeros processos de dispensa de licitação, submetidos ao Plenário desta Corte de Contas, têm buscado como fundamento o artigo 24, XIII, da Lei de Licitações,

fato que, não obstante suscitar minha preocupação, tem exigido de mim um reexame mais detido sobre as contratações diretas praticadas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, inclusive para rever posições adotadas por esta Corte.

Extrai-se da jurisprudência e da doutrina, em especial do estudo elaborado por Vittorio Constantino Provenza (2006, p. 3), Procurador do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, os requisitos e pressupostos para a contratação baseada no artigo 24, XIII, da Lei de Licitações a seguir relacionados, e que por si só demonstram o nível de análise que o administrador deve cuidar:

I - Requisitos relacionados com a qualidade do sujeito com quem a Administração contrata: a pessoa jurídica contratada deve ser instituição brasileira de inquestionável reputação ético-profissional, sem fins lucrativos;

II - Requisitos relacionados com o objeto do contrato: é indispensável a existência de nexos entre o objeto contratado e as disposições do referido inciso XIII – pesquisa, ensino ou desenvolvimento



institucional –, bem como nexos entre o objeto do contrato e a finalidade institucional do ente com quem a Administração pretende contratar e de um objeto que se peculiarize como um projeto específico e preciso, com prazo determinado, do qual resulte num produto definido, caracterizado por uma melhoria mensurável de eficácia e eficiência, e que possa ser considerado bem ou atividade de "interesse do Estado";

III - Requisitos negativos ou vedações: é proibida a subcontratação, a utilização da taxa de administração, a contratação de serviços que se caracterizem por atividades usualmente oferecidas pelo mercado ou serviços ordinários, atividades de rotina administrativa, serviços corriqueiros ou ações inerentes à competência do ente público contratante, bem como ações permanentes (atividade continuada) ou de manutenção.

Nesse passo, cumpre delinear o exame dos principais requisitos da contratação em epígrafe.

DOS REQUISITOS RELACIONADOS À QUALIDADE DO SUJEITO

Decompondo o normativo em análise, e tendo em mente que todos os requisitos devem sempre se correlacionar com o foco da contratação, observa-se, por Marçal Justen Filho (2005), que o vocábulo 'instituição' apresenta um núcleo de significado bastante preciso, delimitando a contratação às pessoas jurídicas. Explica o autor que o vocábulo está vinculado a uma estrutura organizacional que transcende a identidade do ser humano, bem como à realização de fins determinados que ultrapassem o interesse de seus associados, com características de permanência e estabilidade de atuação. Assim, entende-se por insti-

tuição a pessoa jurídica com atuação social efetiva no ramo da contratação requerida pela Administração.

Pela nacionalidade desta pessoa jurídica a ser contratada entende-se aquela estabelecida e constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração neste país, o que não exclui a instituição cujos fundadores sejam estrangeiros ou que desenvolvam atividade seguidora de pensamento ou filosofias de outros países, ou que com esses organismos internacionais se relacionem, desde que respeitado o interesse nacional (FERNANDES, 2006; JUSTEN FILHO, 2005).

A exigência de "inquestionável reputação ético-profissional" levantada pela norma deve possuir o enfoque necessariamente relacionado ao cumprimento satisfatório dos contratos. Segundo Marçal Justen Filho (2005, p. 253), o que deve ser inquestionável é a "capacitação para o desempenho da atividade objetivada". Complementa Jacoby Fernandes (2006, p. 494) que "reputação [...] diz respeito ao conceito de que desfruta a instituição perante a sociedade na qual exerce as funções, a sua fama, o seu renome", observando, ainda, que não podem ser confundidos os conceitos das pessoas físicas que criaram a entidade com a própria. No mesmo sentido, a exigência de virtudes éticas deve ser relacionada ao perfeito cumprimento do contrato.

No dizer de Jacoby Fernandes (2006, p. 223), os requisitos relacionados à qualidade do sujeito "são verdadeiramente *intuitio personae*". Também por isso, não pode a instituição subcontratar os serviços que a ela cabe exercer no contrato, que são, inclusive, semelhantes aos que comprovaram a sua habilitação técnica, à época da instrução processual, sob pena de desvirtuamento da finalidade normativa e da própria contratação. "Como tais entidades desenvolvem atividades perti-

nentes ao interesse público, o legislador reputou dever-se, em alguns casos, estreitar as relações delas com a Administração Pública, possibilitando a contratação direta, por dispensa de licitação pública" (NIEBUHR, 2003, p. 312).

Tal entendimento representa, indubitavelmente, uma evolução a impedir ou ao menos coibir a vulgarização do permissivo legal excepcional, até porque é cediço que muitas instituições "emprestam" sua grife para a pactuação de contratos administrativos que, na verdade, não serão executados por elas ou por seu próprio pessoal. Nessas hipóteses, analisar apenas os requisitos exigidos pelo dispositivo legal autorizativo seria conferir às instituições dessa natureza uma espécie de "imunidade" ao procedimento licitatório. (SMITH, 2004, p. 271)

A "ausência de fins lucrativos" é outra exigência que se soma na caracterização da hipótese. Marçal Justen Filho (2005, p. 253) busca no Direito Tributário o fundamento para esclarecer que o ponto de análise não é apenas a obtenção de lucro ou prejuízo. "O que a lei exclui é a contratação de entidades que, modeladas pelos princípios da iniciativa privada, sejam vocacionadas essencialmente para o lucro." E, para que a Administração fomenta as atividades de tais entidades, dispensando a licitação, numa espécie de tratamento privilegiado, é necessário constar expressamente consignado nos atos constitutivos da instituição a ausência de finalidade lucrativa. Note-se, portanto, que tais instituições só podem se revestir de personalidade jurídica de direito civil, pois é impróprio à atividade mercantil não buscar lucro (FERNANDES, 2006; JUSTEN FILHO, 2005; NIEBUHR, 2003).

Em relação à missão da instituição aposta na

norma, esta deve atender às áreas de "pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional" e estar consignada no respectivo regimento ou estatuto (JUSTEN FILHO, 2005; NIEBUHR, 2003).

Percebe-se a problemática de conceitos jurídicos indeterminados na redação normativa. A ausência de delimitação quanto ao objeto de aplicação das referidas expressões, em especial no tocante ao conceito de desenvolvimento institucional, acarreta na necessidade de sopesar, mais uma vez, a concepção e o interesse público prevalentes no momento da contratação (FERNANDES, 2006; JUSTEN FILHO, 2005).

A doutrina majoritária destaca que, dentre todos os termos dispostos no inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, o denominado "desenvolvimento institucional" carece de uma conceituação exata pelo grau de indeterminação que carrega, cabendo ao interesse público restringi-lo e harmonizá-lo com o ordenamento jurídico (FERNANDES, 2006).

Destarte, para identificar o interesse público eleito pelo legislador a justificar a hipótese da dispensa em comento, deve-se fazer a sua contextualização, o que aponta para o artigo 218, *caput* e parágrafos, da Constituição Federal. Assim enfatiza Jessé Torres Pereira Junior (2003, p. 281), ao comentar o conteúdo do inciso XIII do artigo 24 da Lei de Licitações:

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, formulação e aperfeiçoamento de recursos humanos..."

Vittorio Constantino Provenza (2006, p. 9) precisa o sentido da norma constitucional: "O interesse público específico perseguido pelo Constituinte: o fomento ao desenvolvimento científico e tecnológico". E, nesse passo, Provenza (2006, p. 9) constata: "O *iter* vocabular formado pelas palavras 'pesquisa', 'estudo' e 'desenvolvimento' tem por estuário um inequívoco ponto: a geração de conhecimentos".

Seguindo a linha de raciocínio de Provenza (2006), as expressões 'desenvolvimento tecnológico e científico' e 'geração de conhecimento' remetem a ideias de mudança, evolução, melhoria, ampliação, expansão e aperfeiçoamento; esses fatos convergem para a classificação funcional programática de tal serviço na categoria "projeto" e, ainda, para classificação doutrinária do contrato como de execução instantânea, ou seja, caracterizando-se por uma conduta específica e definida, limitado no tempo, e que resulta na entrega de um produto. Disso decorrem as pré-citadas vedações quanto à contratação de serviços de natureza eminentemente administrativa ou de atividade-fim do órgão, contratos de execução

continuada e a cobrança de taxa de administração.

Estabelecem-se, assim, novos pressupostos de observância obrigatória para aferição dessa hipótese legal, cabendo analisar, em especial, se o serviço implica objetivamente a geração de conhecimento que propicie o desenvolvimento tecnológico ou científico, como atividades de interesse público, executadas por entidade privada.

DOS REQUISITOS RELACIONADOS COM O OBJETO DO CONTRATO

Para a contratação com fundamento previsto no art. 24, XIII, 3ª figura, da Lei 8.666/93, o objeto pretendido pela Administração Pública, qual seja o desenvolvimento institucional aplicado à espécie, deve ter relação direta com o objeto social da instituição. Esta não pode ser contratada para algo desconectado de sua efetiva especialidade de atuação e reconhecimento.

O necessário nexos de causalidade é, ainda, minudenciado no excerto da Decisão nº 30/2000 do Tribunal de Contas da União, a seguir transcrito:

Uma interpretação apressada da Lei poderia conduzir à ilação de que desenvolvimento institucional seria qualquer ato voltado para o



aperfeiçoamento das instituições, para a melhoria do desempenho das organizações. Nesse sentido, contudo, a simples automatização de procedimentos, a aquisição de equipamentos mais eficientes, a reforma das instalações de uma unidade, a ampliação das opções de atendimento aos clientes, o treinamento de servidores, a reestruturação organizacional e um sem-número de outras ações que significassem algum plus no relacionamento entre a Administração e a Sociedade poderiam ser entendidas como tal. Já foi registrado, no entanto, que uma interpretação larga da Lei, nesse ponto, conduziria, necessariamente, à inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que os valores fundamentais da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, expressamente salvaguardados pela Constituição, estariam sendo, por força de norma de hierarquia inferior, relegados. Logo, desenvolvimento institucional não pode significar, simplesmente, ao menos no contexto do inciso XIII, melhoria ou aperfeiçoamento das organizações públicas. Os autores citados, em que pese as variações de abrangência admitidas, associam a expressão a alguma forma de ação social que tenha sido constitucionalmente especificada como de interesse do Estado. Nesse sentido, seriam entidades dedicadas ao desenvolvimento institucional, por exemplo, aquelas voltadas para a proteção à infância (arts. 203, I e 204, I, da CF), ao deficiente (arts. 203, IV e

204, I), à saúde (arts. 196, 197 e 200, V), para o desenvolvimento do ensino (arts. 205, 213 e 214), para o desporto (art. 217), entre outras. Nesse rol, entrariam as APAEs, as Sociedades Pestalozzi, a CNEC, a Associação das Pioneiras Sociais, as associações esportivas etc. Da leitura de seu estatuto, pode-se inferir, como fizeram os pareceres, que a FIA tem por objetivos o desenvolvimento do ensino (na área de administração) e a pesquisa. Além disso, a fundação dispõe de boa reputação e, estatutariamente, não possui fins lucrativos. Sob tais aspectos, portanto, a entidade estaria, com efeito, habilitada à contratação direta. Contudo, no caso, uma derradeira e decisiva condição não foi satisfeita para que se operasse, regularmente, a contratação, qual seja a existência de nexo entre o art. 24, inciso XIII, da Lei, a natureza da instituição e o objeto a ser contratado. Tal objeto, como visto, não caracteriza, na acepção do dispositivo legal, atividade de ensino, nem de pesquisa, nem de desenvolvimento institucional. A existência desse nexo é condição essencial à validação do procedimento. Caso contrário, se estará simplesmente financiando, em entidades da espécie, a criação de estruturas paralelas dedicadas não à produção de bens constitucionalmente tutelados, mas à simples exploração de atividade econômica, desnaturando o propósito que motivou a inserção do mencionado dispositivo na Lei e ferindo, por conseguinte, entre outros, o princípio constitucional da isonomia fixado no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna.



CONCLUSÃO

A dispensabilidade de licitação pública é um meio legalmente concebido para alcançar a utilidade pretendida pela Administração, sem o rito do procedimento-regra, justificando-se na conveniência e oportunidade de fomentar a geração de conhecimento em atividades afetas ao interesse público, por meio de instituições privadas, especialmente qualificadas, na forma prevista pelo artigo 24, XIII, primeira parte, da Lei 8.666/93.

Por assim dizer, tais instituições deverão ser pessoas jurídicas, constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração neste país, sem fins lucrativos, respeitadas no âmbito de sua atuação nos segmentos de mercado afetos à contratação, tendo seus atributos e finalidade de desenvolvimento institucional inseridos em ato constitutivo. Além disso, o projeto contratado deverá cumprir cronograma predefinido para a entrega de um produto com valor de uso intrínseco.

A análise criteriosa das circunstâncias inscritas no dispositivo legal, numa interpretação restritiva pelo administrador, é necessária, não simplesmente para obedecer ao princípio da legalidade, mas, numa dimensão maior, para alcançar a intenção do legislador na criação da norma, o espírito da lei, que no seu desdobramento revela o interesse público a ser protegido pelo Estado ao contratar por dispensa de licitação.

Contudo, a mera interpretação literal do dispositivo legal revela-se insuficiente para a tomada de decisão do competente gestor público. Em que pese críticas à manipulação legislativa e à malversação administrativa, se as formalidades hoje existentes não são capazes de garantir a celeridade e a equidade tampouco impedir a corrupção, contorná-las, utilizando-se de subterfúgios, não é solução para a boa governança.

O fato é que, incontestavelmente, os contratos administrativos, pelo volume de recursos que carregam, tornam-se alvo de atração de corruptos e corruptores que se valem de sórdidos expedientes, fraudando licitações ou dispensando-as ilicitamente, visando a interesses pessoais e clientelistas em detrimento da coletividade.

Se o agente administrativo tem o dever de tomar as medidas que melhor satisfaçam o interesse público, apenas o atendimento deste pode justificar tanto a licitação como a sua dispensa na contratação. Vislumbra-se, aqui, cenário favorável à introdução do conceito de gestão por resultados na boa prática administrativa. Através do comprometimento na elaboração de metas e indicadores de avaliação, torna-se possível não somente justificar, mas monitorar, com resultados mensuráveis, o produto da contratação pública.

A par disso, o administrador, através de uma política de encadeamentos, deve fundamentar seus atos e comprovar, por critérios diferenciais e objetivos, as características personalíssimas que o levaram à escolha de determinado sujeito. Reside aqui, o ponto crucial para o legítimo atuar do agente administrativo, o tensionamento do princípio constitucional da isonomia, prestigiado pela licitação e que não pode ser desconstituído, mas sim trazido ao contexto da contratação direta. Diferente disto torna-se forçoso licitar.

O incentivo do governo neste tipo de contratação direta não é somente em benefício da ação governamental, mas, conforme diretriz constitucional, por dever-se ao estímulo e desenvolvimento de instituições vocacionalmente qualificadas que fortaleçam a dinâmica e sinergia das atividades referentes ao interesse público que ali representam.

Em derradeiro, sem a pretensão de esgotar a sequência dos atos e cuidados que devam guardar o procedimento, elaborou-se, a partir da análise da legislação, da jurisprudência e da doutrina pesquisadas, o quadro de conformidades, a seguir demonstrado, sugerindo-se o aprimoramento e utilização deste, como tutorial, pelos agentes públicos em suas decisões na espécie.

| CHECK-LIST PARA CONTRATAÇÃO POR DISPENSA (Art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93) | |
|--|----------|
| DESCRIÇÃO DOS REQUISITOS E PRESSUPOSTOS | ✓ |
| Processo Administrativo: autuado, protocolado, contendo paginação sequencial rubricada a cada página. | |
| Ato de abertura contendo a solicitação objetiva da pretensão administrativa. | |
| Justificativa da necessidade do objeto, observando: | |
| - pressupostos de existência e validade do ato administrativo; | |
| - verificação da inexistência de servidor público disponível nos quadros próprios da Administração; | |
| - estudo técnico prévio, demonstrando a viabilidade do projeto; | |
| - motivação suficiente e compatível que demonstre o nexo entre o objeto da contratação, o interesse público específico e o conceito de desenvolvimento institucional; | |
| - demonstração de que o objeto revela um conjunto de operações limitadas no tempo; | |
| - demonstração de que o produto resultante da contratação concorre para geração de conhecimento, expansão ou aperfeiçoamento do interesse público que a entidade representa e os benefícios advindos da contratação; | |
| - serviço contratado deve ser especializado, sendo vedadas contratações de natureza eminentemente administrativa ou de atividade-fim do órgão e a subcontratação. | |
| Projeto Básico aprovado por agente competente e disponível aos interessados contendo: | |
| - objeto descrito de forma suficiente e objetiva; | |
| - objetivo da contratação, metas e indicadores de resultados; | |
| - escopo da contratação; | |
| - cronograma físico-financeiro das etapas a serem executadas no contrato, correlacionando prazos com os respectivos resultados parciais e correspondentes desembolsos, num período limitado no tempo; | |
| - produto final; | |
| - equipe/funções e correspondente qualificação técnica necessárias para execução contratual; | |
| - orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição dos custos unitários (proposta-detahle); | |
| - metodologia de cálculo adotada. | |
| Pesquisa de preços na forma da proposta-detahle de, no mínimo, 3 (três) empresas de mesmo status e vocação. | |
| Anexação do original das propostas colhidas na pesquisa e recebidas por manifestação de interesse. | |
| Indicação dos recursos destinados para suportar despesa no exercício financeiro corrente, especificando a fonte e a classificação orçamentária na categoria projeto. | |
| Autorização do ordenador de despesas acompanhada do relatório da estimativa de impacto orçamentário, incluindo as premissas e a metodologia de cálculo utilizadas; declaração de compatibilidade com o plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária. | |
| Justificativa para dispensar a licitação demonstrando: | |
| - características restritivas ao procedimento regra; | |
| - elementos necessários para a caracterização da hipótese legal. | |
| Justificativa para a escolha da contratada contendo: | |
| - anexação do original ou cópia autenticada (ou conferida com o original) dos documentos exigidos pelos artigos 28 a 30 da Lei 8.666/93 e de documentos específicos pertinentes ao caso concreto; | |
| - regimento/estatuto indicando constituição brasileira, finalidade de desenvolvimento institucional e ausência de fins lucrativos; | |
| - demonstração do vínculo de absoluta pertinência temática entre a função da instituição e o objeto da avença com a administração; | |
| - demonstração da inquestionável reputação ético-profissional da instituição; | |
| - comprovação da qualificação técnica da empresa (acervo técnico); | |
| - currículo profissional do responsável designado para coordenar os trabalhos e os respectivos atestados comprobatórios de qualificação técnica em atividades anteriores semelhantes; | |
| - declaração do responsável técnico dos serviços comprometendo-se a coordenar os trabalhos; | |
| - qualificação da equipe técnica designada para execução do contrato, incluindo a alocação, disponibilidade e equipamentos adequados e satisfatórios para desempenhar o serviço; | |
| - comprovação de que são do quadro próprio da empresa ou que possuam vínculo contratual com esta. | |
| Justificativa do preço comprovando a vantagem da referida escolha pela terceirização vis-à-vis a realização direta pela própria Administração. | |
| Orçamento global da adjudicada discriminado em planilhas de custo unitário, informando a quantidade/alocação de mão de obra, especificação dos serviços, discriminação dos profissionais por natureza de função e respectivas qualificações (formação, nível de escolaridade etc.); carga horária/escala de trabalho; percentuais de custos indiretos (encargos sociais, benefícios, tributos etc.). | |
| Parecer jurídico e minuta de contrato aprovados pelo Procurador. | |
| Parecer técnico da controladoria-geral interna da Administração Pública. | |
| Comunicação à autoridade superior, no prazo de 3 (três) dias, da dispensa de licitação. | |
| Ratificação do ato de dispensa pela autoridade superior ao ordenador e publicação do respectivo extrato na imprensa oficial da Administração, no prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento do processo pela autoridade superior. | |
| Emissão da nota de empenho para o exercício financeiro em curso. | |
| Assinatura de contrato (representantes competentes e testemunhas). | |
| Publicação do extrato do contrato na imprensa oficial no prazo de 20 dias, a contar do 5º dia útil subsequente à data de assinatura do mesmo (art. 61, da Lei 8.666/93). | |
| Inclusão no SIGFIS (ou sistema equivalente). | |
| Encaminhamento de peças ao TCE-RJ de acordo com a Deliberação 244 (Estado) ou 245 (Municípios). | |

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2001*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 13 jun. 2009.
- _____. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L4320.htm>. Acesso em: 13 jun. 2009.
- _____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações na Administração Pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PROVENZA, Vittorio Constantino. *Contratação Direta de Organismos Não Governamentais: da utilização da classificação das categorias de despesa orçamentária como critério para verificação da possibilidade de dispensa de licitação com base no inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93*. 2007. In: RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Contas. *Ofício PRS/SSE 19833/2007*. Rio de Janeiro, 2007.
- SMITH, Luís Gustavo Alves. *Contratação com dispensa: inteligência do art. 24, inc. XIII, da Lei de Licitações e Contratos*. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 17, n. 4, p. 54-67, abr. 2004.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.