

PARECER JURIDICO

Para: GABINETE DO PREFEITO – DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES.

Objeto: Possibilidade de contratação da FUNDAÇÃO DE APOIO AO DESENVOLVIMENTO DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA – FAUEL, através de dispensa de licitação, consoante disposições contidas na Lei Federal 8.666/1993.

A Fundação de Apoio ao Desenvolvimento da Universidade Estadual de Londrina – FAUEL é instituição brasileira, com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, constituída em conformidade com as exigências contidas na legislação nacional e estadual e devidamente registrada no Cartório do 1º Ofício de Títulos e Documentos de Londrina, sob o nº 5.054 em 26 de março de 1999, com Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda sob o nº 03.061.086/0001-50.

O Estatuto da FAUEL estabelece as atividades a serem desenvolvidas, evidenciando a sua atuação na pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional em prol da Universidade Estadual de Londrina, conforme se verifica através do artigo 3º, incisos I a VIII do mencionado estatuto:

“Art. 3º - A FAUEL tem por objetivos principais:

I – colaborar com a Universidade Estadual de Londrina, através do apoio e do fomento de projetos de desenvolvimento do ensino, da pesquisa, da cultura, do desenvolvimento tecnológico e da extensão universitária, visando promover os objetivos estabelecidos nesses projetos;

II - prestar serviços técnicos e científicos à sociedade, diretamente ou por intermediação, executar obras para pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como a industrialização, produção e comercialização de bens, a fim de completar o adequado suporte financeiro para o melhor desenvolvimento da Universidade Estadual de Londrina;

III – desenvolver atividades técnicas de consultoria, de auditoria, de assessoria e atividades científicas e administrativas a instituições públicas ou privadas, podendo, inclusive contratar pessoal para atender às finalidades propostas;

IV – conceder bolsas de estudos a alunos de graduação e pós-graduação que atuem em projetos de ensino, extensão, pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico, bem como, bolsa produtividade a docentes envolvidos com os respectivos projetos;



V – ministrar, aprovar ou desenvolver, por todos os meios, o ensino, a pesquisa, a extensão e o desenvolvimento tecnológico, bem como as atividades artísticas e culturais;

VI – promover e realizar concursos, testes seletivos, cursos e treinamentos especializados;

VII – promover a integração da Universidade com as empresas do setor privado, com os órgãos do setor público e com as organizações da sociedade civil.”

Há que se destacar ademais que o Estatuto da FAUEL, em seu artigo 1º, estabelece ser a mesma sem fins lucrativos.

De outra parte, a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, instituiu normas para licitações e contratos da administração pública, estabeleceu normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos Poderes do Estado do Paraná, preveem e elencam os casos em que se aplicam a contratação através de dispensa de licitação, assim dispendo em seu artigo 24, inciso XIII:

“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;”

Tem-se com isso, que a Fundação de Apoio ao Desenvolvimento da Universidade Estadual de Londrina, preenche todos os requisitos legais previstos no artigo 24, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666/93, que permite a contratação através de dispensa de licitação.

No que tange a inquestionável reputação ético-profissional, exigências elencadas no referido diploma legal, o extenso currículo da FAUEL nestes mais de dez anos de atividade, é prova cabal da capacitação técnica e da correta atuação ética no desenvolvimento de suas atividades. A extensa listagem de convênios e contratos firmados com o Poder Público e também com entidades do setor privado, demonstram de maneira inequívoca que a fundação sempre atuou de maneira profissional e ética.

É de se destacar ainda mais, que a contratação da FAUEL com os diversos órgãos do Poder Público, tem por objetivo possibilitar a execução de atividades diversas, destacando as seguintes:

- Consultoria a Municípios, Governos Estaduais e Governo Federal;
- Realização de Projetos específicos para cada área da administração pública, com utilização dos recursos de tecnologia, para agilização e modernização de suas atividades e maior integração com a comunidade;
- Cursos de Aperfeiçoamento (capacitação e treinamento) aos servidores públicos municipais, estaduais e federais;
- Alocação de profissionais para desenvolvimento e acompanhamento de Projetos de Tecnologia, Saúde, Ciência e Gestão;
- Organização e realização de concursos públicos e/ou processos seletivos.

-Quaisquer outros serviços que estejam ligados às atividades da FAUEL e estejam de acordo com seu objetivo estatutário

O sistematizador do direito administrativo brasileiro, saudoso mestre **Hely Lopes Meirelles**, em sua obra "**LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO**", Editora Malheiros, 13ª edição, págs. 103 e 112.

" ...

4. Casos de licitação dispensável

Licitação dispensável é aquela que a Administração pode deixar de realizar, se assim lhe convier. A lei enumerou 24 casos (art. 24), que examinaremos em seguida.

...

4.8.17. Contratações de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas do governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

As *organizações sociais* são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, assim qualificados pelo Poder Executivo, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (Lei 9.637, de 15.5.1998). O Poder Público pode efetuar com essas entidades contratos de prestação de serviços, sem licitação; para o desenvolvimento de atividades que estejam previstas no contrato de gestão, dentro do espírito da formação de parcerias entre o setor público e o privado, visando à realização das finalidades das organizações sociais.

Em sua obra "**CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO**", **Jorge Ulisses Jacoby Fernandes**, que é Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda., 1ª edição, págs. 221 a 228, ao comentar o inciso XIII, do artigo 24, da Lei 8.666/93, trouxe os seguintes escólios:

" ...

14.1 Noções

Esse dispositivo constitui uma inovação da Lei de licitações e sobre ele vem sendo colhido razoável escólio dos membros doutrinadores pátrios.

Nesse sentido ensina Jessé Torres Pereira Júnior que a "a Lei licitatória cumpre, neste sentido, a ordem do art. 218 da Constituição Federal, que incumbe o Estado a promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica".

Efetivamente, a exemplo do que foi prescrito no inciso XX do mesmo artigo, uma das formas mais eficazes de incentivar o desenvolvimento é por meio da valorização do trabalho. A lei estabelece uma desigualdade jurídica no universo dos licitantes visando, sobretudo, a um resguardo

de outros valores também tutelados pelo Direito. No aparente conflito deve o legislador estabelecer, com sabedoria, a prevalência do bem jurídico fundamental no caso.

14.2. Requisitos

A lei preocupa-se em estabelecer vários requisitos, todos voltados para a pessoa do futuro contratado. Nesse sentido exigiu que:

14.2.1. Instituição brasileira

A Lei usa o termo "instituição" que não apresenta conteúdo jurídico preciso.

O Institucionalismo foi um movimento de idéias que se iniciou na França, com Maurice Hauriou, segundo o qual a instituição é uma idéia de ora ou de empreendimento que se realiza e pereniza juridicamente em um determinado grupo, havendo por parte dos membros desse grupo um interesse de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por um procedimento previamente estabelecido.

Miguel Reale, circundado por Amauri Mascaro Nascimento, assinala que surge uma "instituição toda vez que uma idéia diretora se impõe obviamente a um grupo de homens. E as atividades reciprocamente se autolimitam segundo regras sociais indispensáveis à consecução do fim cuja função a autoridade do todo se constitui e se exerce."

No magistério do professor Carlos Motta, "o vocábulo instituição é geralmente compreendido em um sentido amplo e abrangente, que pode conter todos os grupos sociais oficiais, como escolas, sindicatos, órgãos de governo e também empresas."

Por "brasileira" tomando emprestados os parâmetros do art. 171, inciso I, da Constituição Federal, - que a propósito nesse particular seguiu o Dec.-lei nº. 2.672/40 - admissível por analogia, é válido conceituar instituição brasileira como aquela que se tenha constituído sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País.

14.2.2. No estatuto ou no regimento, seja expressamente declarado que o objetivo da instituição constitua-se:

14.2.2.1. Na dedicação à pesquisa, ensino, ou desenvolvimento institucional;

...

14.2.3 Que o futuro contratado detenha inquestionável reputação ética profissional.

Reputação diz respeito ao conceito de que desfruta a instituição perante a sociedade na qual exerce as funções; a sua fama; o seu renome.

Estabelece a Lei que a reputação seja avaliada pelos fatores éticos profissionais, sem considerar portanto a localidade, o patrimônio, ou mesmo esses fatores se condizentes diretamente com as pessoas instituidoras da entidade. Não só o que se faz, como porque faz, já que não pode ter fins lucrativos, como também a forma como realiza a sua função.

Não raro vislumbra-se que são confundidos conceitos das pessoas físicas que criam a entidade com essa própria, ou então, o que é pior, confunde-se reputação ético profissional com a ausência de comentário de depreciativos sobre uma entidade. São coisas bastantes distintas: exige a Lei "inquestionável reputação ético-profissional", sendo insuficiente a ausência de comentários negativos, ou a existência simultânea de fatores positivos e depreciativos com prevalência do primeiro; mas é suficiente que a instituição só seja conhecida no âmbito restrito dos que atuam naquele segmento de mercado. ...

No campo das licitações outro conceito, que será visto ao depois, guarda semelhança: a notória especialização, que assim como inquestionável reputação não exige que seu detentor esteja frequentando as primeiras páginas dos jornais, bastando que a comunidade de determinada atividade laboral o conheça, nos limites e características definidos em lei.

Não raro ouve-se críticas a tais conceitos que são bastante etéros ou abstratos e, em última essência, impeditivos de serem contrastados judicialmente.

A tradição doutrinária do nosso Direito e a remansosa jurisprudência dos tribunais acabou por estabelecer que os atos administrativos não podem ter o mérito aferido ou julgado pelo Poder Judiciário. Numa feliz síntese dessa linha de pensamento, ficou assentado que ao Poder Judiciário só competia "patrulhar as fronteiras da legalidade" dos atos da Administração Pública. Enquanto o judiciário inibiu-se avolumou-se a descrença de alguma tutela sobre o gestor de recursos públicos, até que, em boa hora, o Constituinte pôs definitivamente por terra as concepções que tornaram invioláveis os atos da Administração, impondo indelevelmente, e ao contrário do que até então ocorria, que os atos deveriam ser plenamente examinados, não só quanto à legalidade, mas também quando a legitimidade, à moralidade, à eficiência e a eficácia, atendendo-se ainda a outros atributos como economicidade, estabelecendo essa competência para os Tribunais de Contas, como agente auxiliar do controle externo da Administração Pública.

...

Por fim, não poderia deixar de trazer a lume os escólios de **Marçal Justen Filho**, em sua obra "**COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**" Editora Dialética, 12ª edição, págs. 310/316, obra esta de inestimável valor prático aos operadores

do Direito Público, minuciosa na análise do referido dispositivo legal, mas sem perder a qualidade, assim se manifestando:

“...

19) Contratação específica com instituição sem fins lucrativos (inc. XIII)

A previsão do inc. XIII adquiriu, ao longo do tempo, enorme importância prática, eis que se tornou um canal de contratação direta mais significativo e amplo do que se poderia pretender originalmente. Volume significativo de recursos vem sendo aplicado em contratações diretas praticadas com respaldo no dispositivo. Bem por isso, cabe aprofundar o exame do dispositivo.

19,1) O conceito de “instituição”

Poderia indagar-se o motivo pelo qual o legislador optou por um conceito (“instituição”) que, na técnica jurídica, apresenta complexidade muito significativa. Poderia ter-se valido de outras fórmulas, menos problemáticas, tais como “pessoas jurídicas” ou “associações ou fundações”. Tem de reputar-se que a solução legislativa não foi causal. Escolheu-se vocábulo que, não obstante uma razoável carga de indeterminação, apresenta um núcleo de significado bastante preciso.

Em primeiro lugar, a expressão “instituição” exclui pessoas físicas. Ainda que o vocábulo permita severas disputas semânticas, a idéia de “instituição” está vinculada a uma estrutura organizacional que transcende a participação e a identidade do ser humano. Na acepção aplicável ao caso, uma instituição é uma pessoa jurídica peculiarizada pela vinculação à realização de certos fins que transcendem os interesses dos seus associados, com a característica da permanência ao longo do tempo e da estabilidade de atuação. Ou seja, todas as instituições em sentido subjetivo são pessoas jurídicas, mas nem todas as pessoas jurídicas são instituições. A pessoa jurídica destituída de vinculação concreta e efetiva a uma atividade relacionada com a realização de idéias e objetivos que transcendem as pessoas físicas não é uma instituição. A instituição corresponde a uma organização de recursos materiais e de esforços humanos que se autonomiza em face dos seus próprios fundadores, passando a gozar de um acentuado grau de independência. São exemplos clássicos de instituição o Estado, a Igreja, algumas entidades de benemerência (Cruz Vermelha, Santas Casas de Misericórdia), fundações e assim por diante. Lembre-se que mesmo entidades de cunho lucrativo podem caracterizar-se como instituições. Assim, uma organização empresarial privada que preencha requisitos acima, tal como, por exemplo a IBM, é uma instituição.

Logo, tem de admitir-se que a vontade legislativa era evitar a contratação direta realizada com entidades destituídas de existência

social concreta. Não se aplica a autorização da contratação direta em face de pessoas jurídicas criadas no papel, mas destituídas de atuação social efetiva. Assim, a referência a "instituições" elimina a possibilidade de contratação direta com "associações" ou "fundações" que sejam mera aparência de entidades autônomas, sempre que se encontrem sob controle de sujeitos específicos e determinados, que as orientem para a realização de seus interesses pessoais. Não se trata de imputar a essas entidades algum vício nem se cogita de desconsideração de personalidade jurídica. O que se faz necessário é verificar se dita pessoa jurídica se configura também como instituição.

19.2) *As instituições brasileiras*

Por instituição nacional deverá atender-se aquela estabelecida e constituída sob lei brasileira. Não está excluída a instituição cujos fundadores sejam estrangeiros ou que desenvolvam atividade modelada por pensamento alienígena. A referência a instituição nacional não pode ser interpretada segundo preconceitos xenófobos. Uma vez respeitado o interesse nacional, podem ser contratadas instituições relacionadas com movimentos internacionais ou seguidoras de filosofias ou políticas desenvolvidas no estrangeiro.

19.3) *O "fim" da instituição*

O fim buscado pela instituição deverá abranger pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou a recuperação social do preso. A fixação do objeto deve ser de modo formal, no instrumento que discipline seu funcionamento daí a referência à determinação dos fins por via regimental ou estatutária.

Os fins buscados pela instituição, que permitem sua contratação direta, estão referidos genericamente no dispositivo legal, que deverá ser interpretado de modo amplo, o que não elimina uma delimitação segundo a concepção adotada e prevalente no momento em que ocorrer a contratação. A quase totalidade dos vocábulos possui núcleos semânticos inquestionáveis. No entanto, há diversos problemas verificados em face de casos concretos.

19.3.1) *A atividade de pesquisa*

Em princípio, o conceito de pesquisa deve ser interpretado amplamente, evitando preconceitos quanto ao objeto da atuação desenvolvida. Mas não se pode admitir que, sob o pretexto do desenvolvimento de "pesquisa", a instituição desempenhe atuação de mercado, beneficiando-se da disposição do art. 24, inc. XIII, para obter uma vantagem sobre os potenciais competidores.

Isso conduz à necessidade de afirmar que "pesquisa" não equivale, de modo puro e simples, ao desenvolvimento de soluções inovadoras ou

desconhecidas. Se assim o fosse, seria caracterizável como pesquisa toda atividade, por exemplo, de desenvolvimento de soluções sob encomenda para a Administração Pública. A atividade de pesquisa pressupõe a investigação do "novo", mas não se restringe a tanto. A pesquisa configura-se apenas quando não houver uma vinculação entre a atividade do pesquisador e a obtenção de um resultado prático e imediato. O que configura a pesquisa é a despreocupação com a satisfação direta de necessidades do pesquisador ou de terceiros. Esse desinteresse e essa ausência de constrangimento com a obtenção de resultados imediatos dão cunho diferencial à pesquisa.

Isso significa que a pesquisa não possa ter vínculos indiretos com atividade lucrativa e empresarial. Aliás, existem setores industriais que dedicam enormes investimentos em atividade de pesquisa, visando a obter descobertas e produzir invenções exploráveis empresarialmente. Configura-se a pesquisa no sentido de que a atividade tanto pode produzir efeitos satisfatórios como não, sem que a frustração dos esforços configure uma atuação defeituosa.

19.3.2) *A atividade de desenvolvimento institucional*

Existe maior dificuldade no tocante ao conceito de "desenvolvimento institucional", inclusive por efeito de uma espécie de auto-referibilidade do dispositivo. Ali se indicam 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 o 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 n.º 30/200 – Plenário)." (Acórdão n.º 3.564/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer)

19.4) *A reputação inquestionável*

A exigência de "inquestionável reputação ético-profissional" tem de ser enfocada com cautela. Deve ser inquestionável a capacitação da atividade objetiva. Exigem-se as virtudes éticas relacionadas direta e necessariamente com o perfeito cumprimento do contrato. Disputas ou questionamentos sobre outras questões são secundárias e não se admite um policiamento ideológico ou político sobre o contrato. Não é possível impugnar a contratação pelo simples fundamento da discordância com a ideologia adotada pelos sujeitos envolvidos na instituição.

....



19.6) *O vínculo de pertinência entre o fim da instituição e o objeto do contrato*

Um aspecto fundamental reside em que o inc. XIII não representa uma espécie da válvula de escape para a realização de qualquer contratação, sem necessidade de licitação. Seria um despropósito imaginar que a qualidade subjetiva do particular a ser contratado (instituição) seria suficiente para dispensar a licitação para qualquer contratação buscada pela Administração. Ou seja, somente se configuram os pressupostos do dispositivo quando o objeto da contratação insere-se no âmbito de atividade inerente e próprio da instituição. Sob um certo ângulo, a execução de certa atividade por uma determinada instituição corresponde e equivale à atuação do próprio Estado. Por isso, o Estado transfere a execução da atividade para as instituições, por meio do vínculo jurídico cuja natureza é muito mais próxima de um convênio. Justifica-se a contratação precisamente pela ausência de fim lucrativo da Instituição e da sua vocação para o desempenho de funções claramente estatais (ao menos, no sistema pátrio): pesquisa, ensino, desenvolvimento das instituições, recuperação social do preso.

Justamente por isso, não há cabimento de invocar o inc. XIII para produzir a execução de objeto que não é inerente à atividade própria da instituição, no âmbito daquelas funções explicitamente indicadas no texto legislativo. Muito menos cabível é desnaturar o fim da instituição para agregar outros objetivos, de exclusivo interesse da Administração, que são encampados pela entidade privada como forma de captar recursos para sua manutenção.

Nesse sentido, o TCU tem proferido inúmeras decisões. Cabe lembrar passagem que se encontra no Acórdão nº 1.616/2003, Plenário, no sentido de que "a jurisprudência dessa Corte já afirmou que, para a contratação direta com base a norma supra, não basta que a entidade contratada preencha os requisitos estatutários exigidos pelo dispositivo legal, é necessário, também que o objeto a ser contratado guarde estreita correlação com as atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional" (rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

Jurisprudência do TCU

"A contratação direta com fundamento no art. 24 XIII, da Lei de Licitações deve ocorrer quando houver nexos entre esse fundamento, a natureza da instituição contratada e o objeto ajustado, além da compatibilidade entre o preço de mercado. Os instrumentos contratuais devem explicitar os preços a serem pagos pelos itens de serviços efetivamente executados, a fim de garantir que os mesmos sejam compatíveis com os preços de mercado." (Acórdão nº 50/2007, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

"... quando da contratação direta com fulcro no inciso XIII do art. 24 da Lei de Licitações, atente para a necessidade de haver nexos entre a natureza da entidade e o objeto contratado, além de comprovada

razoabilidade de preços, conforme reiterada jurisprudência desta corte.” (Acórdão nº 1.614/2003, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti)

...

19.11) *Determinados objetos contratuais*

A invocação do inc. XIII do art. 24 foi utilizada de modo reiterado para a contratação direta de certos objetos contratuais. Isso conduziu o TCU a proferir decisões específicas.

Jurisprudência do TCU

“O TCU, como bem assinalou a unidade técnica, já se manifestou por diversas vezes quanto à disputa de licitação com base no inciso XIII do art. 24 da Lei n. 8.666/1993 (Decisões Plenárias ns 657/1997, 302/1998, 349/1998 e 019/2002, dentre outras), pacificando o entendimento de que tal não permite a contratação de serviços de informática, complexos ou ordinários, tendo em vista a existência de diversas empresas de reconhecido conhecimento em informática (Decisões 123/1997 e 150/2000, Plenário).” (Acórdão n.º 3.564/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer)

“... proceda ao devido processo nas contratações de serviços de informática, mediante licitação ou contratação direta, observando-se que a licitação continua sendo a regra geral e a contratação direta, exceção, que, como tal, somente deve ser adotada quando houver o preenchimento dos requisitos do art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, devendo a administração contratante deixar evidenciada, ainda, a correlação entre o objeto do contrato e o seu desenvolvimento institucional.” (Acórdão n.º 2.149/2006, 2ª C., rel. Min. Ubiratan Aguiar, rel. da deliberação recorrida Min. Benjamin Zymler)

É oportuno e conveniente trazer neste parecer, ainda que modo superficial, que a contratação na modalidade de dispensa de licitação com base no referido dispositivo legal, deverá seguir a disposição contida no artigo 26, da Lei Federal 8.666/1993:

“Art. 26 – As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XXIV do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 2, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicadas dentro de três dias à autoridade superior, para ratificação e publicação na Imprensa Oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.”

Portanto, a contratação através de dispensa de licitação, necessariamente deverá observar e cumprir a disposição legal acima referida, devendo ser rigorosamente observada, para plena validade e eficácia da contratação.

Salienta-se ademais, que a contratação segundo a regra contida nos dispositivo legal abordado neste parecer, poderá ocorrer através de convênio ou de contrato, pois segundo a

regra esculpida no artigo 24 inciso XIII, da Lei 8.666/93 é admitida a remuneração da instituição contratada.

Deixou-se para trazer neste ponto os entendimentos doutrinários no tocante aos aspectos que envolvem a remuneração da instituição que não tem fins lucrativos.

Hely Lopes Meirelles, em sua já mencionada obra "LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO", ensina que "...O Poder Público pode efetuar com essas entidades contratos de prestação de serviços, sem licitação; para o desenvolvimento de atividades que estejam previstas no contrato de gestão, dentro do espírito da formação de parcerias entre o setor público e o privado, visando à realização das finalidades das organizações sociais. (obra citada, pág. 103 e 112)

Jorge Ulisses Jacoby, em sua obra "CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO", nos traz os seguintes escólios:

14.2.4 que o futuro contratado não tenha fins lucrativos

Essa exigência, que constitui obviamente um dos elementos essenciais da instituição, deve fazer parte do próprio registro como característica inafastável da finalidade.

A ausência de fim lucrativo não impede que a instituição cobre remuneração pelo serviço que presta ou produto que vende, fato absolutamente natural e até próprio de tais instituições. O que se lhe impede é a finalidade lucrativa. Lembra, Marçal Justen Filho, com o habitual senso de oportunidade, que tais instituições só podem se revestir de personalidade jurídica de direito civil, pois é impróprio a atividade mercantil não buscar lucro.

Por diversos episódios colhidos na prática percebe-se que instituições que buscam o lucro, e muitas vezes de forma exagerada, abrigam-se no sofisma para usufruir favores do Estado e chancelar ainda mais a espoliação. Planos de saúde, escolas de inglês, faculdades, ostentam publicamente que não almejam lucro, para obter isenção de tributos, adquirir terrenos, firmar "convênios". Por inexistir meios de controle prévio sobre os atos constitutivos e também posteriores, pululam essas instituições "hipócritas" que geram a indignação da comunidade.

Na área das licitações e contratos, porém, as Cortes de Contas que podem apreciar o mérito do ato administrativo, inclusive quanto a economicidade e legitimidade tem podido obstruir esse "mascaramento", impondo que não prossigam os contratos firmados com irregular dispensa de licitação.

Não só porque a Lei considera crime dispensar a licitação fora dos casos legalmente previstos, quanto pelo fato de que é dever do Administrador verificar com cautela o agente com que contrata, quanto no caso específico a reputação ético-profissional, na comunidade, é que devem ser julgados com rigor os agentes que possibilitam tais práticas. (obra citada, pág. 227 e 228).

Marçal Justen Filho, em sua já mencionada obra "COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS" ao abordar a contratação específica com instituição sem fins lucrativos, trouxe os seguintes escólios:

19.5) *A ausência de fins lucrativos*

Há a questão da ausência de fins lucrativos. Essa fórmula tem sido aplicada em inúmeros casos, no direito positivo brasileiro. Aliás, a própria Constituição Federal albergou a fórmula, no corpo do art. 150, inc. VI, al. "c", ao consagrar a imunidade tributária de entidades específicas tem-se disputado longamente acerca da interpretação que o dispositivo comporta. É útil utilizar a experiência trazida do Direito Tributário acerca do tema. Nessa linha, a regra não exclui do benefício entidades que venham a apresentar circunstancialmente lucro. Ou seja, a questão não reside em obter lucro ou prejuízo, no plano dos fatos. Não se exige que somente sejam contratadas entidades deficitárias. O que exclui é a contratação de entidades que, modeladas pelos princípios da iniciativa privada, sejam vocacionadas essencialmente para o lucro. Reitere-se que não estão excluídas as entidades administrativas racionalmente e que buscam evitar desperdícios ou prejuízos. Também não estão excluídas entidades que buscam lucro eventual e acessoriamente, como instrumento de melhor realização de seus fins sociais. É essencial que a entidade não distribua lucros a seus associados nem lhes transfira benefícios a qualquer título.

Aborda ainda o mencionado jurista em sua inestimável obra, os aspectos atinentes a questão da remuneração e da distinção em face da fugira do convênio:

19.7) *A questão da remuneração*

O dispositivo abrange contratações que não se orientem exclusivamente pelo princípio da vantajosidade. Muitas vezes, afirma-se que a contratação fundada no inc. XIII deve ser realizada pelo menor preço possível. Essa formulação não pode ser admitida, eis que tornaria inútil o dispositivo. Se a instituição dispusesse de condições de ofertar o menor preço possível, então bastaria realizar licitação. Ao invés de contratação mediante licitação. Dá-se um exemplo. Suponha-se que o Estado realize a contratação de uma associação de presos para fabricação de móveis escolares. Pode imaginar-se que uma organização empresarial privada poderia produzir os mesmos bens por valores inferiores. O Estado necessita dos móveis e os adquire da associação de presos porque, conjuntamente com a satisfação da necessidade de obtê-los, também realiza uma tarefa social de reeducação dos detentos e de fomento ao seu trabalho produtivo.

Deve reputar-se que a hipótese do inc. XIII envolve uma fórmula de incentivo à assunção pelas entidades de sociedade simples de funções desempenhadas pelo Estado. Portanto interessa ao Estado fomentar o desenvolvimento de instituições de interesse supra-individual, de cunho não estatal. Para tanto, poderá inclusive desembolsar valores superiores aos que poderiam ser obtidos numa competição de mercado.

Mas isso não equivale a admitir preços abusivos, distanciados da realidade. Ou seja, é necessário ponderar os diversos interesses e verificar se os benefícios não econômicos auferidos por meio da

contratação direta praticada com base no inc. XIII superam as desvantagens econômicas eventualmente apuradas.

...

19.10) *Distinção em face da figura do convênio*

A hipótese contemplada no inc. XIII não se confunde com o convênio, que também pode envolver o surgimento de vínculo entre Administração Pública e entidades privadas destituídas de intento lucrativo. Há uma distinção fundamental, consistente na apropriação da remuneração.

No convênio, todas as verbas de origem pública devem ser utilizadas para aplicação na atividade objetivamente. O convênio não autoriza a remuneração dos agentes ou a incorporação das verbas ao patrimônio da entidade conveniada. Quando muito, admite-se reembolso de despesas realizadas no interesse da atividade objeto do convênio.

Já a hipótese do inc. XIII se configura como um contrato administrativo. Assim, admite-se que as verbas desembolsadas pelo Estado sejam incorporadas ao patrimônio da instituição contratada sem licitação, tal como a remuneração dos prestadores de serviço. O que se veda é a finalidade lucrativa da instituição contratada, o que não significa proibir a sua remuneração. (obra citada págs. 310/316)

Portanto, em relação ao aspecto da remuneração há que se destacar que a exigência legal é no sentido de que a instituição contratada não tenha fins lucrativos, inexistindo previsão legal para a contratação com instituição com fins lucrativos. Isto significa que, a ausência de fins lucrativos não impede que a instituição que venha a ser contratada pela Administração pública na modalidade prevista no mencionado inciso XIII, seja remunerada pelo serviço que presta ou produto que vende já que inexistente óbice legal para tanto.

Com isso tudo, tem-se que o legislador federal através da Lei 8.666/93, colocou à disposição da Administração Pública nas suas respectivas esferas administrativas, importante e imprescindível instrumento legal que permite a contratação por dispensa de licitação, de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional.

Diante do exposto e com base nos argumentos apresentados, conclui-se ser possível a contratação da Fundação de Apoio ao Desenvolvimento da Universidade Estadual de Londrina - FAUEL, através de dispensa de licitação, com base no artigo 24, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666/93.

É o parecer. É nossa manifestação, razão pela qual deve ser submetido à superior consideração.

Catanduvas, 17 de dezembro de 2019.



ASSESSORIA JURÍDICA
Alaor Carlos de Oliveira
OAB/PR 18305