



39

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS
COORDENAÇÃO-GERAL DE ORIENTAÇÃO

PARECER Nº 079/2012/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO: 00453.001041/2011-56

INTERESSADO: CJU/AL

ASSUNTO: Entendimentos divergentes. Contratação Direta. Agente de integração. Estágio

DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 24, XIII, DA LEI Nº 8.666/93. PLURALIDADE DE ENTIDADES APTAS A DESEMPENHAREM AS ATRIBUIÇÕES VISADAS PELO PODER PÚBLICO E QUE SE ENQUADRAM NA HIPÓTESE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE PROCEDIMENTO PÚBLICO PARA A ESCOLHA DA MAIS APTA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA, MORALIDADE E EFICIÊNCIA.

I - Discricionariedade e arbitrariedade não se confundem. A escolha da entidade a ser contratada diretamente pelo poder público no caso de dispensa de licitação previsto na Lei nº 8.666/93 deve ser precedida de procedimento objetivo que permita escolher a mais apta, quando houver pluralidade de entidades que se enquadram nos requisitos previstos legalmente para a dispensa.

II-A contratação direta só pode ser operada sem observar esse procedimento de escolha quando houver apenas uma entidade que se enquadre no preceito legal do art. 24, XIII. Distinção existente entre tal hipótese e a de licitação inexigível.

III-Necessidade de observância dos princípios constitucionais incidentes na matéria, em especial os da isonomia, moralidade e eficiência.

Senhora Coordenadora-Geral de Orientação,

- I -

1. O Coordenador-Geral do Núcleo de Assessoramento Jurídico em Maceió enviou memorando a este Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos

23.1

Setor de Autarquias Sul (SAS), Quadra 3, Lotes 05 e 06, 13º andar, Sala 1315, Cep 70070-030, Brasília (DF)
Telefone: (61) 3105-8646 - Endereço eletrônico: cgu.decor@agu.gov.br

40

– DECOR/CGU/AGU, por meio do qual solicita uniformização de entendimento quanto à possibilidade de contratação direta de agente de integração para intermediar a contratação de estagiários, quando constatada a existência de diversas empresas capazes de prestar o serviço.

2. Nesse contexto, instruiu o presente processo administrativo com cópias do PARECER Nº 324/2011/JMB/CJU/AL/CGU/AGU (fls. 2/6) e do DESPACHO que o aprovou (fls. 7/8); do PARECER/AGU/CGU/NAJ/BA/Nº 83/2009 (fls. 9/11); e do PARECER Nº 225/2011/CJU/GO/CGU/AGU (fls. 12/17).

3. As referidas manifestações giram em torno da correta aplicação a ser dada à primeira parte do art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, que possui o seguinte teor:

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;

4. Nesse contexto, no âmbito do PARECER Nº 324/2011/JMB/CJU/AL/CGU/AGU, a CJU/AL consignou que, nas hipóteses do art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, existindo diversas empresas que possam prestar os serviços cuja contratação se pretende, não deve haver dispensa de licitação. Afirmou-se, ainda, que, caso o procedimento licitatório seja dispensado, é necessário que seja apresentada a justificativa para fazê-lo.

5. No mesmo sentido foram as conclusões apresentadas no PARECER Nº 225/2011/CJU/GO/CGU/AGU.

6. Por sua vez, a CJU/BA considerou possível proceder à contratação do Centro de Integração Empresa Escola – CIEE com a dispensa do procedimento licitatório, com base no dispositivo legal supratranscrito. Ao justificar o posicionamento exposto, aludiu-se à doutrina de Jessé Torres Pereira e ao argumento de que as hipóteses de dispensa de licitação estariam no âmbito da discricionariedade administrativa.

JK

41


7. Em razão da consulta tratar de questão unicamente de direito, e serem as manifestações juntadas aos autos representativas dos entendimentos divergentes sobre a matéria, consideramos desnecessário consultar as demais CJUs sobre o tema, como é de praxe.

8. É o relatório, manifesto-me.

- II -

9. Inicialmente é preciso destacar que o presente processo cuida de divergência existente entre órgãos consultivos, referente à correta interpretação a ser dada ao art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93.

10. Dessa forma, a competência desta Consultoria-Geral da União e, em especial, deste Departamento para a análise da matéria fulcra-se no art. 14, I, a e b, do Anexo I do Decreto nº 7392/2010, que possui o seguinte teor:

Art. 14. Ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos compete:

I - orientar e coordenar os trabalhos das Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes, especialmente no que se refere à:

a) uniformização da jurisprudência administrativa;

b) correta aplicação das leis e observância dos pareceres, notas e demais orientações da Advocacia-Geral da União; e

11. Passo, assim, ao exame do mérito da *vexata quaestio*, que se relaciona à correta interpretação a ser conferida ao art. 24, 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;



42


12. A presente consulta versa sobre a hipótese em que existe mais de uma instituição que preencha os requisitos estabelecidos no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93 para a dispensa de licitação. Questiona-se se, neste caso, o poder público poderia escolher qualquer uma delas e proceder à contratação direta, ou se seria necessária a adoção de procedimento licitatório para a escolha de uma dessas instituições.

13. Destacamos, inicialmente que a lei, por si só, não fornece uma resposta segura para tal demanda.

14. Outrossim, o exame doutrinário da questão deixa antever a existência de alguma divergência entre administrativistas de renome sobre o tema.

15. Nesse sentido, observe-se a lição de Marçal Justen Filho¹, exarada nos comentários ao referido dispositivo:

19.8) A questão da isonomia

A contratação não poderá ofender o princípio da isonomia. Existindo diversas instituições em situação semelhante, caberá a licitação para selecionar aquela que apresente a melhor proposta - ainda que essa proposta deva ser avallada segundo critérios diversos do "menor preço". A opção por uma determinada linha de pesquisa deveser justificada por critérios científicos. Esse postulado não se altera ainda quando caracterizada inviabilidade de competição (o que subordinaria a hipótese à regra do art. 25).

Então, a Administração não pode privilegiar certa instituição, de modo injustificado. Se diversas instituições desempenham atividades equivalentes e todas podem ser contratadas pela Administração, é imperioso justificar o motivo de preferência por uma delas especificamente. Se não for possível encontrar um fundamento compatível com o princípio da isonomia, a solução será produzir um processo seletivo que assegure tratamento igualitário a todas as possíveis interessadas.

Esse fundamento parece orientar a jurisprudência do TCU, tal como se pode constatar em decisão na qual se consignou que "O art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, privilegia, quando das contratações públicas, as instituições brasileiras sem fins lucrativos incumbidas regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, em detrimento de organizações que visam o lucro. Entretanto, esse artigo é inaplicável a contratações em áreas onde operam exclusivamente entidades sem fins lucrativos; caso contrário, fere-se o princípio da isonomia insito nos arts. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e 3º, caput, da Lei nº 8.666/93". (Acórdão nº 1.731/2003 - Primeira Câmara, rel. Min Iram Saraiva)

19.9) A disciplina do Dec. Fed. nº 5.205/2004

O Dec. Fed. nº 5.205/2004 disciplinou a relação entre as instituições federais de ensino e de pesquisa científica e tecnológica com as fundações de apoio, prevendo as condições em que estas poderão prestar àquelas "projetos de ensino, pesquisa e extensão, e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico por prazo determinado" (art. 1º). Ficou definido que essas

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos; 11ª Ed., p. 255 e segs.



contratações dispensariam a licitação, com base no inc. XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, de 21 de julho de 1993. Houve, inclusive, a tentativa de conceituar desenvolvimento institucional no referido diploma.

É evidente que a disciplina veiculada pelo aludido Decreto deve ser interpretada com cautela. Não basta a vontade regulamentar para criar hipóteses de dispensa de licitação. Para ser mais preciso, ou as relações entre instituições federais de ensino e pesquisa científica e tecnológica entabuladas com as fundações de apoio preenchem os requisitos do inc. XIII do art. 24 ou não preenchem. Nesta última hipótese, a previsão do Dec. Fed. nº 5.205/2004 será inaplicável e inútil.

16. Por sua vez, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes² assim se manifesta:

Cabe obterem que a licitação não é o único meio de garantir a efetividade dos princípios da 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 sustentáculo outro princípio, também consignado na Constituição Federal.

Estará obrigado a promover a licitação, quando o critério de escolha do fornecedor ou executante não puder ser demonstrado sem ofensa ao princípio da moralidade e da impessoalidade. É esse estreito limite que paira entre o atendimento de todos os requisitos estabelecidos em cada uma das hipóteses de dispensa e a prevalência do dever de licitar.

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 (cfr. o art. 26, parágrafo único, II) tivesse relação com a capacidade da instituição e o objeto do contrato, e não só com o preço.

17. Ademais, não logramos êxito em identificar posicionamento firmado sobre o tema na seara judicial, mas consideramos prudente destacar o entendimento exarado pelo Ministro Luiz Fux no julgamento da ADI 1923/DF, por sua pertinência com a questão que ora se coloca.

18. Nesse contexto, ressaltamos que a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade versa sobre o questionamento da constitucionalidade do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, que prevê a dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

19. Em seu bojo, o Min. Luiz Fux consignou que, havendo mais de uma organização social apta a desempenhar os objetivos visados pelo poder público, deveria ser garantida a realização de procedimento seletivo de caráter objetivo para a escolha de

² Contratação Direta sem Licitação, Ed. Brasília Jurídica, 2004)

uma delas, com vistas a concretizar os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e eficiência.

20. Dessa forma, conferiu interpretação conforme à dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, para rechaçar a possibilidade de escolha de uma das organizações sociais pelo administrador, nos casos em que houvesse mais de uma organização social apta a desempenhar a tarefa pretendida.

21. Observe-se os trechos que selecionamos da referida manifestação:

Organizações Sociais e contrato de gestão (Transcrições) (v. Informativo 621) ADI 1923/DF* RELATOR: Min. Ayres Britto VOTO-VISTA: Min. LUIZ FUX 1. O Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Democrático Trabalhista – PDT ajuizaram a presente ADIN postulando a declaração de inconstitucionalidade, na Integra, da Lei nº 9.637/98, que “dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências”. Formulam, ainda, pedido de declaração de inconstitucionalidade da redação do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, conferida pela Lei nº 9.648/98, prevendo a dispensa de licitação “para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”. 2. Alegam os autores, em síntese, que o regime jurídico das Organizações Sociais, instituído pelos diplomas impugnados, ao transferir responsabilidades do Poder Público para o setor privado, teria incorrido nas seguintes violações à Constituição Federal: (i) ofensa aos deveres de prestação de serviços públicos de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência (CF, arts. 23, 196, 197, 199, § 1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, § 1º, 218 e 225): a transferência de responsabilidade pela atuação nos setores apontados, do Poder Público para os particulares, representaria burla aos deveres constitucionais de atuação da Administração Pública. A atuação privada nesses casos, segundo a Constituição, dar-se-ia apenas de modo complementar, sem substituir o Estado. A Lei das OS’s, porém, na ótica dos autores da ADIN, acaba transferindo recursos, servidores e bens públicos a particulares, o que configuraria verdadeira substituição da atuação do Poder Público. Essa fraude à Constituição interfere imediatamente no regime da atividade a ser prestada: enquanto exercida pelo Poder Público, a natureza seria de serviço público, submetida, portanto, ao regime de direito público; quando prestada pelo particular, tal atividade seria atividade econômica em sentido estrito, prestada sob regime de direito privado. Deste modo, a criação das OS’s configuraria apenas uma tentativa de escapar do regime jurídico de direito público; (ii) violação à impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações (CF, arts. 5º, XVII e XVIII, e 37, caput): a Lei impugnada não prevê a exigência de que o processo de qualificação das OS’s seja conduzido de modo impessoal pela Administração Pública, dando margem à prática de arbitrariedades em descompasso com o princípio constitucional da impessoalidade. Além disso, o art. 3º da Lei define que a estrutura do conselho de administração das OS’s deverá ser integrada por um percentual de representantes do Poder Público, como condição para o deferimento da qualificação, configurando interferência inconstitucional no domínio das associações privadas; (iii) descumprimento do dever de licitação (CF, arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175): por receberem recursos públicos, as OS’s

não poderiam se furtar à observância da regra da licitação. Os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei nº 9.637/98, porém, prevêem que tais entidades editarão regulamentos próprios para contratação de obras e serviços com dinheiro público. De outro lado, o art. 12, § 3º, da mesma Lei prevê que a permissão de uso de bem público poderá ser outorgada à Organização Social, pelo Poder Público, com dispensa de licitação. Além disso, a Lei nº 9.648/98, em seu art. 1º, alterou a Lei nº 8.666/93 para instituir dispensa de licitação (Art. 24, XXIV) para que o Poder Público contrate a OS para a prestação de serviços relacionados às "atividades contempladas no contrato de gestão", o que quebra a lógica isonômica que preside o certame licitatório. Por fim, a própria execução das atividades da OS, através da celebração do contrato de gestão, violaria, segundo os autores, a regra constitucional de licitação para a delegação de serviços públicos (CF, art. 175, caput); (iv) ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal (CF, art. 37, II e X, e 169); a Lei das OS's prevê que a própria entidade, como condição para a celebração de contrato de gestão, fixará, por seu Conselho de Administração, a remuneração dos membros de sua diretoria, a estrutura de seus cargos e, através de regulamento, o plano de cargos, salários e benefícios de seus empregados (art. 4º, V, VII e VIII). Caberá, ainda, ao contrato de gestão estabelecer limites e critérios para as despesas com pessoal (art. 7º, II). Tais normas desconsideram a exigência de lei formal para o regime jurídico dos servidores públicos, além de tomarem como pressuposto a desnecessidade de concurso público para a contratação de pessoal nas Organizações Sociais; (v) descumprimento de direitos previdenciários dos servidores (CF, art. 40, caput e § 4º): na cessão de servidores públicos à OS, não caberá, segundo a Lei, a incorporação à remuneração de qualquer vantagem que àqueles venha a ser paga pela entidade privada (art. 14, § 1º). Por consequência, essas verbas não seriam levadas em conta "para fins de cálculo dos proventos de inatividade", ferindo o direito à integralidade e à paridade dos inativos; (vi) Insubmissão a controles externos (CF, art. 70, 71 e 74): o caput do art. 4º da Lei, ao listar as "atribuições privativas do conselho de administração", conduz à interpretação de excluir o controle do Tribunal de Contas da União sobre a aplicação dos recursos públicos; e (vii) restrição da atuação do Ministério Público (CF, art. 129): o art. 10 da Lei, ao condicionar a determinados requisitos a atuação fiscalizadora do MP sobre as OS's – gravidade dos fatos e interesse público –, teria incorrido em inconstitucionalidade à luz do art. 129 da CF, que não toleraria restrições. 3. Prestadas as informações pelas autoridades que editaram os atos Impugnados (fls. 151 e segs.), e após a manifestação do Advogado-Geral da União (fls. 186 e segs.), o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, em julgamento iniciado em 24 de junho de 1999 e concluído em 01 de agosto de 2007, indeferiu, por maioria, a medida cautelar requerida pelos autores (fls. 264 e segs.), conforme ementa assim lavrada: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. 1. Organizações Sociais — pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. 2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao fumus boni iuris. O periculum in mora não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo — os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 — seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva. 3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar. 4. Medida cautelar indeferida. (ADI 1923 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2007, DJe-106 DIVULG-20-09-2007 PUBLIC-21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00020 EMENT VOL-02290-01 PP-00078 RTJ

46


VOL-00204-02 PP-00575) 4. No curso do processo, requereram ingresso no feito, em petição conjunta, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e a Academia Brasileira de Ciências, defendendo a constitucionalidade das leis impugnadas. Intervieram, ainda, o Sindicato dos Trabalhadores Públicos de Saúde no Estado de São Paulo/SINDSAÚDE/SP e o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior, sustentando a invalidade do modelo institucional das Organizações Sociais, em petições que restaram juntadas por linha aos presentes autos. 5. Nova manifestação foi trazida aos autos pelo Advogado-Geral da União (fls. 406 e segs.), após o que se seguiu o parecer do Procurador-Geral da República à época, Exmo. Sr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, opinando pela procedência parcial do pedido (fls. 429-452) para (i) reputar imprescindível que a opção política pelo modelo de atuação pública através do contrato de gestão seja precedido de processo decisório dotado de publicidade, acessível aos interessados; (ii) afirmar a inconstitucionalidade do condicionamento da qualificação a critérios discricionários, do que decorreria a invalidade da expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social” constante do art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98; (iii) asseverar a inconstitucionalidade da dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, porquanto incompatível com a lógica da eficiência que o próprio modelo das organizações sociais pretende promover; e (iv) ratificar a incidência, sem qualquer restrição, do exercício das atividades de controle pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União. 6. O eminente Min. Relator Ayres Britto, ao trazer o feito a julgamento na sessão plenária de 07 de abril de 2011, votou pela procedência parcial dos pedidos. Após afirmar que, no campo dos serviços públicos, o Estado é ator por excelência, ressaltou a existência, na Constituição Federal, de serviços públicos não exclusivos, cujo exercício pode se dar também por particulares, de modo que “se prestadas pelo setor público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público”, e “se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividades privadas, porém sob o timbre da relevância pública”, citando como exemplos as disposições constantes dos arts. 194 – seguridade social –, 197, 199, §§ 1º e 2º – saúde –, 202, caput e § 3º – previdência privada –, 205, 209, caput, 213, caput e §§ 1º e 2º – educação –, 216, §1º – cultura –, 218, caput e § 4º – desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológicas –, dentre outros. 7. Na sequência, asseverou o Min. Relator que, no campo dos serviços públicos não exclusivos, a atuação da iniciativa privada ocorreria de modo complementar, sem substituir a ação do poder público. Disso decorreria a Inconstitucionalidade dos arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98, eis que, ao extinguirem entidades públicas e determinarem a absorção de suas atividades por organizações sociais, configurariam verdadeira substituição do Estado, reservando a este o mero papel de Indutor, fiscalizador e regulador, o que seria próprio apenas às atividades econômicas, e não aos serviços públicos. Entendeu o Min. Relator por modular, no ponto, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, preservando os atos praticados até o momento com base no diploma legal. 8. No que pertine, por sua vez, ao modelo geral das Organizações Sociais instituído pela Lei, ressaltou o Min. Relator a circunstância de o contrato de gestão, com a típica natureza de convênio, configurar forma de parceria entre o Estado e os particulares, de modo que, através do repasse de recursos e bens públicos, estaria aquele fomentando a atuação de particulares em áreas dotadas de relevância pública. A natureza de convênio, ainda, afastaria a pecha de inconstitucionalidade com relação às dispensas de licitação previstas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98, desde que observados, invariavelmente, os princípios da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, através de um processo público e objetivo para a qualificação das entidades e para as parcerias a serem firmadas, razão pela qual conferiu interpretação conforme aos referidos dispositivos e, ainda, aos arts. 5º, 6º e 7º da Lei, resguardando, em todas as hipóteses, o controle do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União à luz da Constituição. 9. afirmou, nessa mesma linha, a inconstitucionalidade da expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social” constante do art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98, porquanto, ao conferir competência discricionária ao Poder Executivo, mostrar-se-ia incompatível com a objetividade que deve presidir o procedimento de qualificação. Por fim,



após considerar que, por não serem funcionários públicos, aos empregados permanentes das Organizações Sociais não seriam aplicáveis os princípios da legalidade na remuneração e do concurso para admissão, reputou inconstitucional a expressão “com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”, constante do § 2º do art. 14 da Lei nº 9.637/98, e, por consequência, o § 1º do mesmo dispositivo, na medida em que, com relação aos servidores públicos cedidos às entidades privadas, não seria possível o pagamento de qualquer verba, ainda que privada, sem previsão em lei. 10. Feito o relato do ocorrido até o momento, passo a votar.

11. A solução das questões suscitadas na inicial da presente ação depende de uma profunda reflexão sobre a moldura constitucionalmente fixada para a atuação dos poderes públicos em campos sensíveis como saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, referidos no art. 1º da Lei nº 9.637/98, todos muito caros ao projeto coletivo de condução da República Federativa do Brasil rumo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I). E ainda que os olhos sejam postos na relevância de que se revestem tais atividades, é preciso que se enxergue o tema sem as amarras de uma pré-compreensão rígida de um modelo específico de Estado, supostamente avesso mesmo às manifestações de vontade que o povo, por seus representantes eleitos, traga a público diante da evolução provocada pelo passar dos anos. 12. É preciso, em outras palavras, identificar o que é constitucionalmente exigido, imposto de forma invariável, e, de outro lado, aquilo que é constitucionalmente deixado à escolha das maiorias políticas prevaletentes, para que possam moldar a intervenção do Estado nos domínios sociais à luz da vontade coletiva legitimamente predominante. Com efeito, ao mesmo tempo em que a Constituição exerce o papel de tutelar consensos mínimos, as suas normas têm de ser interpretadas de modo a viabilizar que, no campo permitido por suas balizas, sejam postos em prática projetos políticos divergentes, como fruto do pluralismo político que marca a sociedade brasileira (CF, art. 1º, V).

13. Firmadas essas premissas teóricas, deve-se analisar o modo como o texto constitucional alude ao tema em exame na presente ação. Com efeito, a Constituição, quando se refere aos setores de cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225), afirma que tais atividades são deveres do Estado e da Sociedade. Faz o mesmo, em termos não idênticos, em relação à saúde (CF, art. 199, caput) e à educação (CF, art. 209, caput), afirmando, ao lado do dever de o Estado de atuar, que tais atividades são “livres à iniciativa privada”. 14. Referidos setores de atuação do Poder Público são denominados, na teoria do direito administrativo econômico, serviços públicos sociais (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 711; e ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 181) em contraposição aos típicos serviços públicos industriais, como se passa com o fornecimento de energia elétrica ou com os serviços de telecomunicações. Por força das disposições constitucionais antes mencionadas, o regime jurídico de tal gênero de atividades, quanto à titularidade, configura o que a doutrina contemporânea tem denominado de serviços públicos compartilhados (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 180 e segs.), serviços públicos não privativos (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 123; e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 666), ou serviços públicos não exclusivos (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Parcerias na administração pública, São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 264): poder público e iniciativa privada podem, simultaneamente, exercê-las por direito próprio, porquanto de titularidade de ambos. Em outras palavras, e ao contrário do que ocorre com os serviços públicos privativos, pode o particular exercer tais atividades independentemente de qualquer ato negocial de delegação pelo Poder Público, de que seriam exemplos os instrumentos da concessão e da permissão, mencionados no art. 175, caput, da CF. 15. Se exercidas tais atividades pelo Poder Público, assumem elas, inquestionavelmente, a natureza de serviços públicos. Quando prestadas, ao contrário, diretamente pelos particulares, a qualificação de tais atividades está sujeita a polêmica no

terreno doutrinário. Há quem entenda se tratar, ainda assim, de serviço público, uma vez que o perfil material da atividade não poderia ser afastado pela mudança apenas de seu executor, que diz respeito somente ao ângulo subjetivo. Há, no sentido diametralmente oposto, quem entenda tratar-se de atividade econômica em sentido estrito, caracterizada pela preponderância da livre iniciativa, já que ausente o Poder Público na prestação, devendo prevalecer o perfil subjetivo para a definição do respectivo regime jurídico. Por fim, há posição intermediária que define tais atividades, quando prestadas pelo particular, como atividade econômica de interesse público, sujeita à incidência de um marco regulatório mais intenso do que as meras atividades econômicas em sentido estrito, porém menos intensa do que a cabível no âmbito dos serviços públicos propriamente ditos. 16. Esta Corte Suprema já se posicionou sobre o tema, afirmando que os serviços de educação, exemplo típico de serviço público social e não privativo, ainda quando prestados pelo particular por direito próprio, configuram serviços públicos, aderindo, portanto, à primeira corrente mencionada acima. (...) 17. Essas considerações tornam, em primeiro lugar, inaplicável ao caso o art. 175 da Constituição, que prevê a delegação de serviços públicos por permissão ou concessão, sempre condicionada à licitação. Ora, essa regra geral, dirigida aos serviços públicos exclusivos ou privativos – como energia elétrica ou telecomunicações (CF, art. 21, XI e XII, 'b') –, não pode suprimir o âmbito normativo das diversas regras específicas, previstas também na Constituição, com relação às atividades definidas como serviços públicos não privativos. Os dois regimes jurídicos não podem ser confundidos. E é por força de tais regras específicas – arts. 199, 209, 215, 217, 218 e 225, todos da CF –, que o particular atua por direito próprio nessas searas, sendo totalmente descabida a exigência de licitação para que, repita-se, o particular possa fazer justamente aquilo que sempre lhe era lícito executar, por serem “livres à iniciativa privada” e/ou “deveres da Sociedade”, respeitadas as balizas que a própria Constituição já impõe quanto ao conteúdo material do regime jurídico dessas atividades. 18. Em suma, portanto, do próprio regime jurídico constitucional de tais atividades se extrai que as Organizações Sociais, quando se dirigem “ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde” (art. 1º, caput, da Lei), não atuam por força do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio. A rigor, a Lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do art. 175 da CF. O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema de fomento, de incentivo a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão. E é nesse ponto da concretização da atividade de fomento que, supostamente, configuram-se todas as demais inconstitucionalidades alegadas na inicial. 19. Antes, porém, cabe analisar, a alegação de que a Lei das Organizações Sociais representaria um abandono, pelo Poder Público, de seus deveres constitucionais de atuação nos setores elencados no art. 1º da Lei. Não é isto o que ocorre, na realidade. Com efeito, e como ensina Floriano Azevedo Marques Neto, a intervenção do Estado no domínio econômico e social pode ocorrer de forma direta ou indireta: enquanto na primeira hipótese cabe ao aparelho estatal a disponibilização de utilidades materiais aos beneficiários, na segunda hipótese o Estado faz uso de seu instrumental jurídico para estimular que os próprios particulares executem atividades de interesses públicos, seja através da regulação, com coercitividade, seja através do fomento, fazendo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários, nos seguintes termos: “O fato é que podemos distinguir, com finalidade muito mais didática que doutrinária, o intervencionismo estatal direto do indireto. Por óbvio que a intervenção clássica do Estado (produção de utilidades públicas) sempre se deu de forma direta. Desde o momento em que se abandonou a perspectiva liberal do Estado Gendarme tivemos a atuação dos próprios entes estatais no domínio econômico. Cuidou-se, é bom frisar, de uma necessidade do próprio desenvolvimento capitalista, num momento em que o incensado mercado não dispunha nem de capacidade financeira, nem de escala organizacional para prover infra-estrutura, bens ou serviços essenciais para o avanço das condições de acumulação capitalista. É

49


neste contexto que os serviços de geração e distribuição de energia, a estruturação de toda a plataforma de telecomunicações, o saneamento básico, a rede de transportes e mesmo os setores de capital intensivo (como petróleo e siderurgia) são assumidos pelo Estado. Porém, paralelamente a este intervencionismo direto, podemos identificar outra ordem de intervencionismo estatal no domínio econômico, que designaríamos de intervencionismo indireto. Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia" (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, In: Direito administrativo econômico, (coord.) Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 74). 20. Como regra, cabe aos agentes eleitos a definição de qual modelo de intervenção, direta ou indireta, será mais eficaz no atingimento das metas coletivas proclamadas pela sociedade brasileira, definindo o modelo de atuação que se mostre mais consentâneo com o projeto político vencedor do pleito eleitoral. Foi com base nisso que, principalmente no curso do século passado, preponderou a intervenção direta do Estado em diversos setores sociais, como consequência dos ideais que circundavam a noção de Estado Social. 21. Mais recentemente, porém, o modelo atual de Estado, diante das exigências formais do regime jurídico público tradicional e do agigantamento do aparelho estrutural administrativo, muitas vezes tem se inclinado para a atuação indireta, por regulação, indução e através do fomento público (art. 174, caput, da CF, que dispõe de forma genérica sobre a regulação, a fiscalização, o incentivo e o planejamento estatais no âmbito das atividades econômicas). Sinal claro dessa tendência consiste nos programas de privatização e de desestatização, que povoaram o Brasil na década de noventa, e na crescente relevância atribuída pela legislação às denominadas agências reguladoras, cujo modelo institucional já recebeu a chancela desta Corte Suprema no julgamento das ADIn's nº 1.668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, e 1.949-MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 22. Assim, nos dois momentos, o que resultou foi a vontade preponderante manifestada nos canais democráticos, sem que a Constituição fosse lida como a cristalização de um modelo único e engessado a respeito da intervenção do Estado no domínio econômico e social. E é justamente dessa forma, optando pelo fomento acompanhado de uma regulação intensa, que os serviços públicos sociais ainda continuarão a ser efetivados pelo Estado brasileiro após a vigência da Lei nº 9.637/98 – e como de fato vêm sendo –, através da colaboração público-privado. (...) Em outros termos, a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde (CF, art. 199, §2º, interpretado a contrario sensu – "é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos") e educação (CF, art. 213 – "Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades"), mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais. 24. Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado. Nesse sentido, a doutrina atual do direito administrativo tem realçado a preponderância, no cenário moderno, do controle do resultado na atuação dos poderes públicos, principalmente à luz de princípios como eficiência e economicidade, como destacado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Novo referencial do direito administrativo: do controle da vontade ao do resultado, In: Mutações do direito administrativo, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 175 e segs.). Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS's, publicada em

março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais. 25. Do ponto de vista conceitual, o fomento é a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais (SOUTO, Marco Juruena Villela. Fomento do desenvolvimento regional, In: Direito administrativo estadual, Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008, p. 196; e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF, In: Direito administrativo democrático, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 202-203: "Gaspar Ariño Ortiz enfatiza a concepção do Estado financiador, concentrado na atividade de fomento, entendida como atividade de estímulo e pressão, realizada de modo não coativo, sobre os cidadãos e grupos sociais, para imprimir um determinado sentido a suas atuações. Para o autor, por meio de subvenções, isenções fiscais e créditos, o Estado não obriga nem impõe; oferece e necessita de colaboração do particular para que a atividade fomentada seja levada a cabo. A transferência de recursos públicos a entidades privadas caracteriza-se como uma das possíveis técnicas de fomento. Presta-se ao menos para dois fins: a) para incentivar que tais entidades privadas, quando lucrativas, por meio do exercício de atividade econômica acabem gerando benefícios públicos; e b) para incentivar que entidades não lucrativas passem a realizar atividades de interesse público, gerando igualmente benefícios (sobretudo de modo direto) para a comunidade"). Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar do tema, afirma que "o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado" (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Administração pública consensual, In: Mutações do direito administrativo, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 45), porquanto fortemente calcada na efetivação do princípio da consensualidade e da participação no direito administrativo. 26. A finalidade de fomento, in casu, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão. Este mesmo contrato de gestão, por outro lado, será o instrumento consensual que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, em uma versão branda da conhecida regulação, temperada pelo princípio da consensualidade e pela participação dos administrados. Além disso, a regulação ainda incidirá da forma tradicional, pela imposição de deveres definidos em leis ou atos infralegais, tal como decidido por este STF acerca da educação, mesmo quando desempenhada por particulares, na acima citada ADIn nº 1.266, Rel. Min. Eros Grau, mitigando a predominância do princípio da livre iniciativa pela possibilidade de incidência de regulação estatal. 27. A própria Lei nº 9.637/98 menciona expressamente o termo fomento em diversos de seus dispositivos, como se vê de seus arts. 5º, 6º, parágrafo único, e 8º, bem como diretamente da denominação da Seção V – Do fomento às Atividades Sociais da Lei, integrada pelos arts. 11 a 15. Não há, assim, risco de sucateamento dos setores, que, pela só previsão em lei desse marco regulatório do terceiro setor, não serão colocados à margem do controle do Estado. 28. Portanto, o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais de atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de forma indireta para o cumprimento de tais deveres, através do fomento e da regulação. Na essência, preside a execução deste programa de ação a lógica de que a atuação privada será mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que dominam o regime de direito privado. 29. Ademais, a lei não exige que o Estado saia de cena como um vetor necessário. Decidiu-o, é verdade, com relação a duas concretas entidades públicas mencionadas no art. 21, extinguindo-as e determinando a transferência de recursos, através de contratos de gestão a serem firmados à época, para entidades privadas. Porém, essas decisões específicas tomadas pelo legislador não são, repita-se, uma imposição de um modelo perene de atuação do Poder Público, que pela só edição da Lei nº

9.637/98 não se vê obrigado a repeti-lo em hipóteses similares. Ao contrário, a opção pelo atingimento dos resultados através do fomento, e não da intervenção direta, ficará a cargo, em cada setor, dos mandatários eleitos pelo povo, que assim refletirão, como é próprio às democracias constitucionais, a vontade prevalecente em um dado momento histórico da sociedade. 30. Não há sequer como apontar, nessa linha, que aquelas duas decisões políticas específicas tomadas através da edição do art. 21 da Lei, de extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e da Fundação Roquette Pinto, vulnerariam a Constituição. Como se viu mais acima, a moldura constitucional da atuação do Estado nos setores mencionados pela Lei permite a opção tanto pela prestação direta como pelo fomento, desde que, invariavelmente, a Administração Pública seja controlada do ponto de vista do resultado (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado, In: Mutações do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 175-194), sendo por isso válida, em abstrato, a instituição de um marco legal definidor do regime jurídico a ser seguido no modelo de fomento. Ora, se, portanto, seria válida no futuro a escolha pela intervenção através do fomento, não há como enxergar qualquer óbice a que a Lei optasse por fazê-lo pontualmente, desde logo, com relação aos dois setores ocupados pelas referidas entidades. 31. Em outras palavras, cada decisão gerencial de utilização do regime do fomento através do contrato de gestão, após a edição da Lei, representa, simultaneamente, o afastamento da via da criação de entidades públicas para a intervenção direta e a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados. O que fez a Lei em seu art. 21, assim, foi apenas conjugar essas duas decisões em um único dispositivo, submetendo a qualificação e a celebração do contrato de gestão às demais normas do diploma legal. Assim, reputar tal dispositivo inconstitucional, com a devida vênia, seria sobremodo incoerente com a chancela do marco legal das Organizações Sociais, porquanto o fator tempo na opção política pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei, portanto – não parece ser de qualquer modo relevante para aferir a sua conformidade com a Constituição. 32. Afastadas a suposta afronta ao art. 175 da CF e a inconstitucionalidade dos arts. 18 a 22 da Lei, cabe analisar se há alguma violação ao dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI), diante dos pormenores do marco legal das Organizações Sociais. Neste ponto, a argumentação desenvolvida pelos autores diz respeito (i) ao procedimento de qualificação como OS, (ii) à celebração do contrato de gestão, (iii) à prestação de serviços, nos limites do contrato de gestão já celebrado, pela OS ao Poder Público, (iv) à outorga de permissão de uso de bem público à OS e (v) às contratações de serviços pelas OS's, com terceiros, fazendo uso de dinheiro público, alegando que a ausência de licitação em cada um desses atos representaria violação à Constituição. 33. Em primeiro lugar, deve ser afastada a incidência do art. 37, XXI, da CF quanto ao procedimento de qualificação como OS, porquanto tal ato não se configura como contratação no sentido próprio do termo. É que não ocorre, em tal hipótese, a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, conforme aponta a doutrina (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 428) e conforme já ressaltado pelo voto do ilustre Min. Relator. Ao contrário, a qualificação consiste em uma etapa inicial, embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “organização social”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, que consiste na prestação de serviços sociais para a população. Essa prestação, mais à frente, será fomentada pelo Estado através do repasse de recursos e da cessão de pessoal e de bens, mas a etapa inicial, a condição primeira para que isso ocorra, nos termos da Lei (Art. 1º), é a qualificação da entidade como organização social. Assim, a qualificação como OS consiste apenas na atribuição de um título jurídico de legitimação da entidade, que passa a se habilitar a fruir, se celebrado o contrato de gestão posteriormente, de determinados benefícios. 34. Pelo regime da lei, os requisitos legais do inc. I do art. 2º podem ser satisfeitos por todas as associações interessadas – com a ressalva do conteúdo discricionário do inc. II, a seguir analisado. Assim, não há, nesta etapa de qualificação, verdadeira disputa entre os interessados, já

que, repita-se, todos que satisfizerem os requisitos poderão alcançar o mesmo título jurídico, de "organização social", a ser concedido pela Administração Pública. A doutrina contemporânea tem feito uso do termo credenciamento para denominar tais casos (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, São Paulo: Ed. Dialética, 2005, p. 39-40), em que, repita-se, não incide o dever constitucional de licitar pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo incluyente, e não excluyente. 35. Cabe analisar, ainda sob este prisma, o inc. II do mesmo artigo, por força do qual a conclusão do procedimento de qualificação depende de "aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado". Assim, o procedimento de qualificação fica condicionado (i) à satisfação dos requisitos do inc. I e (ii) à conveniência e oportunidade do Poder Executivo. 36. Como não se ignora, conveniência e oportunidade são termos que atribuem ao administrador o exercício da cognominada competência discricionária, conferindo-lhe uma margem de concretização do interesse público à luz das particularidades de cada caso, flexibilizando sua atuação, ao menos em parte, das amarras de uma disciplina legal rigidamente pré-estabelecida (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 925 e segs., e em especial às pp. 928-9). 37. Discricionariedade, porém, não pode significar arbitrariedade, de modo que o exame da conveniência e da oportunidade na qualificação não deve ser levado a cabo por mero capricho. Conforme a doutrina contemporânea tem salientado, mesmo nos casos em que há competência discricionária deve o administrador público decidir observando a principiologia constitucional, em especial os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). Por essa via, informada pela força normativa da Constituição e pelo ideário pós-positivista, o conteúdo dos princípios constitucionais serve de instrumento para o controle da Administração Pública, que, como componente da estrutura do Estado, não pode se furtar à observância do texto constitucional (BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 372-6). No cenário do neoconstitucionalismo, portanto, o exercício da discricionariedade não escapa do respeito aos princípios constitucionais, e isso, veia-se bem, mesmo quando a lei seja omissa, já que a legislação infraconstitucional não pode represar, conter ou de qualquer forma mitigar a eficácia irradiante das normas constitucionais (BINENBOIM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo - direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 307-8: "24. A discricionariedade nasceu como um atributo do poder real absoluto, situado, como tal, em um espaço decisório externo ao direito. Tal noção sobreviveu historicamente após o advento do Estado de direito como uma das categorias básicas do direito administrativo: (i) primeiro, como fruto da autonomia decisória da Administração Pública, fundada na idéia de legalidade como vinculação negativa à lei; (ii) segundo, já sob a idéia de legalidade como vinculação positiva à lei, como uma espécie de margem de liberdade decisória, aberta pelo legislador ao administrador público. 25. A constitucionalização do direito ensejou uma incidência direta dos princípios constitucionais sobre os atos administrativos não diretamente vinculados pela lei. Assim, não há espaço decisório da Administração que seja externo ao direito, nem tampouco margem decisória totalmente imune à incidência dos princípios constitucionais. Portanto, não é mais correto se falar de uma dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, senão que numa teoria de graus de vinculação à juridicidade. Conforme a densidade normativa incidente ao caso, pode-se dizer, assim, que os atos administrativos serão: (i) vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo alto grau de vinculação à juridicidade; (ii) vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo grau intermediário de vinculação à juridicidade; e (iii) vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo baixo grau de

vinculação à juridicidade").(...) 39. Assim, o fato de o art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 condicionar à discricionariedade do Poder Executivo o deferimento da qualificação não conduz à violação da Constituição. Seria de fato Inconstitucional qualquer leitura, feita pelo administrador ou pelos demais intérpretes, que extraísse dessa competência administrativa um permissivo para a prática de arbitrariedades, criando redutos de favorecimento a ser viabilizado por contratos de gestão dirigidos a determinadas organizações sociais. 40. Contudo, tal dispositivo só pode ser interpretado, à luz do texto constitucional, como deferindo o manuseio da discricionariedade com o respeito aos princípios que regem a administração pública, previstos no caput do art. 37 da CF, em especial os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dos quais decorre o dever de motivação dos atos administrativos, como elemento da necessária controlabilidade dos atos do poder público. 41. E mais: na realidade, o exercício da competência discricionária, in casu, é balizado não só pela incidência direta dos princípios constitucionais, combinado com o controle a ser exercido pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas, conforme adiante será afirmado, mas também pela própria sistemática adotada pela Lei nº 9.637/98. (...) 45. A inicial também veicula impugnação consistente na ausência de licitação para a celebração do próprio contrato de gestão entre a entidade qualificada e o Poder Público. Tampouco aqui, porém, cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, já que o contrato de gestão não consiste, a rigor, em contrato administrativo, mas sim em um convênio. Com efeito, no núcleo da figura dos convênios está a conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum aos interessados; há plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, voltado para um fim compartilhado (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 428). 46. É justamente isto que se passa no contrato de gestão, em que a entidade privada, constituída para atuar sem finalidade lucrativa nas áreas elencadas no art. 1º, e o Poder Público, submetido aos deveres constitucionais de agir, pretendem alcançar a mesma finalidade: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, esporte e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia. Os interesses de ambas as partes, portanto, confluem em uma mesma direção, o que é totalmente diverso do que ocorre com a figura típica do contrato administrativo, caracterizado pela oposição de interesses. É nesse sentido que se expressa a doutrina, recusando aos contratos de gestão a natureza verdadeiramente contratual (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Organizações sociais de colaboração administrativa, In: Mutações do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 247-8; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 748; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF, In: Direito administrativo democrático, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 198-199; e JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 296). 47. Por não se tratar de contratos administrativos, não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, restrito ao âmbito das contratações (CF, art. 37, XXI). Nem por isso, porém, a celebração de contratos de gestão pode ficar imunizada à incidência dos princípios constitucionais. Da mesma forma como se ressaltou acima, a Administração deve observar, sempre, os princípios estabelecidos no caput do art. 37 da CF. Dentre eles, têm destaque os princípios da impessoalidade, expressão da isonomia (art. 5º, caput), e da publicidade, decorrência da idéia de transparência e do princípio republicano (CF, art. 1º, caput). 48. Ora, no conteúdo do contrato de gestão, segundo os arts. 12 e 14 da Lei, pode figurar a previsão de repasse de bens, recursos e servidores públicos. Esses repasses pelo Poder Público, como é evidente, constituem bens escassos, que, ao contrário da mera qualificação como organização social, não estariam disponíveis para todo e qualquer interessado que se apresentasse à Administração Pública manifestando o interesse em executar os serviços sociais. Diante de um cenário de escassez, que, por consequência, leva à exclusão de particulares com a mesma pretensão, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado no contrato de gestão, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, ainda que, repita-se, sem

os rigores formais da licitação tal como concebida pela Lei nº 8666/93 em concretização do art. 37, XXI, da CF, cuja aplicabilidade ao caso, reitere-se, é de se ter por rejeitada diante da natureza do vínculo instrumentalizado pelo contrato de gestão. Por essa razão, que tem por base, em última análise, a incidência direta dos princípios constitucionais, que se deve acolher a lição de Alexandre Santos de Aragão, verbis: "A nossa opinião é que o contrato de gestão realmente não possui natureza contratual: visa à realização de atividades de interesse comum do Estado e da entidade da sociedade civil, não possuindo, salvo se desvirtuado, caráter comutativo. Esse fato, no entanto, apenas exclui a obrigatoriedade da licitação formal, tal como prevista nas minúcias da Lei nº 8.666/93. Nada leva, contudo, a que órgão público 'contratante' possa deixar de realizar um procedimento objetivo de seleção entre as organizações sociais qualificadas no seu âmbito de atuação para que, de forma impessoal, escolha com qual delas irá realizar a parceria. Essa obrigatoriedade deflui dos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e da motivação, contemplados na Constituição Federal (arts. 37 e 70), na Lei nº 8.666/93 (art. 3º), mesmo para os casos de dispensa de licitação (art. 24, XXIV c/c art. 26, parágrafo único), e na própria Lei nº 9.637/98 (art. 7º). Não se pode confundir o fato da licitação ser dispensável com a possibilidade de escolha livre, desmotivada e sem publicidade prévia, que violaria os princípios do Estado de Direito. Se o Estado possui critérios objetivos de discriminação para, excluindo todas as demais entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, celebrar contrato de gestão apenas com as organizações sociais, já que estas passaram pelo respectivo processo de qualificação - daí o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 - não há, todavia, qualquer distinção razoável que se possa fazer entre elas" (ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 748-749), 49. E isso só se confirma pela leitura do art. 7º, caput, da Lei nº 9.637/98, que prevê que a elaboração do contrato de gestão - literalmente, apenas a elaboração, porém - será submetida aos "princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos: (...)". A mesma lógica, felizmente de modo mais abrangente, presidiu com mais intensidade a posterior edição da Lei das OSCIP's - Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Lei nº 9.790/99, que não está em análise, mas que guarda um vínculo muito íntimo de pertinência com a matéria aqui tratada, já que relativa também ao Terceiro Setor: é o que se lê do art. 4º, inc. I, que subordina as entidades, para que se qualifiquem como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, à "observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência". Esta tendência, portanto, já deve ser extraída diretamente da Constituição, como um vetor para a definição do regime jurídico do Terceiro Setor. 50. Assim, embora não submetido formalmente à licitação, a celebração do contrato de gestão com as Organizações Sociais deve ser conduzida de forma pública, impessoal e por critérios objetivos, como consequência da incidência direta dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. 51. Por identidade de razões, mesmo a dispensa de licitação instituída no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 deve observar os princípios constitucionais. Em primeiro lugar, tal dispositivo não é, em abstrato, inconstitucional. A dispensa de licitação aí instituída tem uma finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 493; GARCIA, Flávio Amaral. A Lei Complementar nº 123/06 e o seu impacto nas licitações públicas, In: Licitações e contratos administrativos - casos e polêmicas, Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2009, p. 67-69; e FERRAZ, Luciano. A função regulatória na licitação, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-LUCIANO-FERRAZ.pdf>). Foi assim, por exemplo, que a Lei Complementar nº 123/06 institui diversos benefícios em prol de micro-empresas nas licitações públicas, estimulando o seu crescimento no mercado interno. E é com a mesma finalidade que os incisos XIII, XX, XXI e XXVII do art. 24 prevêem outros casos de dispensa, em idêntica linha ao que prevê o agora impugnado inciso XXIV (Lei nº 8.666/93, 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; (...) XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico; (...) XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública). 52. Ou seja, a finalidade da dispensa criada pela Lei nº 9.648/98, ao incluir o inc. XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/93, foi fomentar a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais de atuação nos serviços sociais. É a própria finalidade de fomento, portanto, prevista nos arts. 174, 199, § 2º, e 213 da CF, que legitima a nova hipótese de dispensa, como concretização de um tratamento desigual fundado em critério objetivo e razoável de desequiparação, como meio de atingir uma finalidade constitucional – a prestação eficiente dos serviços sociais (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF, In: Direito administrativo democrático, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010, p. 205.) 53. E veja-se que é a mesma justificativa que permite concluir também pela validade do art. 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98, ao dispensar a licitação para a permissão de bens públicos para as Organizações Sociais, porquanto presente a lógica do fomento, com a função regulatória das contratações públicas. 54. De todo modo, nesses dois casos novamente deve ser frisado que a existência de dispensa de licitação não afasta a incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, caput, da CF), de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados, ainda que sem a necessidade de observância dos requisitos formais rígidos do procedimento da Lei nº 8.666/93. (...) 66. Ex positus, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas. * julgamento pendente de conclusão Secretaria de Documentação – SDO Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados – CJCD CJCD@stf.jus.br 1

22. Da leitura do exposto, percebe-se que as preocupações externadas pelo Ministro são aplicáveis analogicamente ao caso em tela. Sendo assim, a solução por ele apresentada é pertinente também para a situação que ora se examina, uma vez que "onde existe a mesma razão, deve ser aplicado o mesmo direito".

23. Na mesma linha, o E. Tribunal de Contas da União tem adotado posição restritiva com relação ao emprego do art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, estabelecendo diversos parâmetros para a sua aplicação. Nesse sentido, observe-se os trechos de julgados recentes sobre o tema que selecionamos:

Acórdão 3505/2011 – Primeira Câmara

(...)

8. Primeiramente, é importante ressaltar que a contratação direta de fundações de apoio, nos moldes dos ajustes firmados entre a 1ª DL e a FAURGS, tem sido rechaçada por este Tribunal quando não há vínculo de pertinência entre o fim da instituição e o objeto do contrato, pois tal procedimento representa afronta ao art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/1993. A propósito, cabe transcrever, a seguir, excertos da obra do autor Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª Ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 254): "Um aspecto fundamental reside em que o inc. XIII não representa uma espécie de válvula de escape para a realização de qualquer contratação, sem a 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 inserir-se no âmbito de atividade inerente e próprio da instituição. (...)

Justamente por isso, não há cabimento de invocar o inc. XIII para produzir a execução de objeto que não é inerente a atividade própria da instituição, no âmbito daquelas indicadas no texto legislativo. (...)

As considerações acima efetuadas conduzem à necessidade de um vínculo de pertinência absoluta entre a função da instituição e o objeto da avenca com a Administração."

Acórdão 583/2011 – Plenário

(...)

A subcontratação dos serviços pela Asbace confirma a existência da "pluralidade de fornecedores dos serviços" o que, segundo a própria CEF, afasta a possibilidade de dispensa com fundamento no art. 24, inciso XIII.

A proibição de subcontratar decorre diretamente da Lei 8666/1993, na hipótese de contratação, por dispensa, com amparo no artigo 24, inciso XIII, não tendo havido aplicação de nova interpretação da lei a fato jurídico constituído.

De fato, o art. 13, § 3º, da Lei 8666/1993, exige expressamente que a empresa contratada sob esse fundamento fique "obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato." Para contratação de serviços técnicos especializados por dispensa



de licitação não é admissível a subcontratação a que se refere o art. 72 da Lei 8666/1993.

No caso concreto, a subcontratação estava prevista literalmente no primeiro contrato (fl. 126 do vol. principal), e a cláusula contratual que permitiu a subcontratação é ilegal, independente da quantidade de deliberações do TCU que vedava tal prática, à época dos fatos. Aos gestores que a autorizaram deve-se aplicar a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8443/1992.

Acórdão 2865/2010 – Plenário

(...)

10. Em que pese ser verdadeira a afirmação de que os Acórdãos nºs 1.934/2004 e 328/2005 foram publicados em datas posteriores à celebração do contrato entre o INSS e a FUB, a tese da defesa, todavia, não se sustenta:

i. a uma, porque, em nenhum momento anterior à referida contratação, o Decreto nº 5.205/2004 foi invocado, expressamente, como fundamento legal para justificar o alargamento das atribuições da FUB/UnB para executar o objeto do contrato (publicidade);

ii. a duas, porque, ainda que tivesse sido invocado, não teria aquele decreto regulamentar o condão de alterar as disposições do art. 24, Inciso III, da Lei nº 8.666/1993, porquanto a finalidade dele era a regulamentação da Lei nº 8.958/2004;

iii. a três, porque, antes mesmo da prolação dos Acórdãos nºs 1.934/2004 e 328/2005, o Tribunal já determinara, em diversas outras deliberações, que a utilização excepcional do dispositivo contido no Inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 somente se aplicaria quando houvesse nexó entre o objeto a ser contratado e as atividades de pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional, e essas exigências não foram afastadas pelo referido decreto;

iv. a quatro, porque, mesmo após terem sido proferidos pareceres jurídicos pelos procuradores do INSS solicitando justificativas adicionais para a contratação por dispensa de licitação, o responsável permaneceu silente, sem demonstrar, efetivamente, o nexó entre o art. 24, inciso XIII, da lei geral de licitações, a natureza da instituição e o objeto a ser contratado; e

v. a cinco, ainda que se pudesse aceitar o conceito elástico do que seria "desenvolvimento institucional" disciplinado pelo § 3º do art. 1º do Decreto nº 5.205, de 14/9/2004, como fundamento para a contratação da FUB, sem licitação, com base no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/1993, ainda assim subsistiriam as irregularidades mencionadas nas alíneas "a", "b", "c" e "d" do item 7 deste voto, que não foram vencidas pelo recorrente.

Acórdão 6583/2010- Primeira Câmara

(...)

13. Conforme relatado, a equipe de auditoria entendeu ser necessária a realização de prévia licitação a tais ajustes celebrados, tendo em vista haver no mercado diversas empresas disponíveis que prestam os serviços e fornecem os bens contratados com preços tão ou mais vantajosos para a Administração Pública, têm situação cadastral regular junto ao Governo Federal e não cobram taxa de administração.

14. Entretanto, tal argumento não sustenta por si só a tese da obrigatoriedade de licitar no caso concreto. Apenas para contrapor a referida tese, também é possível haver no mercado instituições que possam ser contratadas de forma direta para executar os objetos avançados. Veja que o administrador público, ao decidir entre a regra da prévia licitação e o emprego das exceções de contratação direta, deverá sempre sopesar as circunstâncias fáticas e jurídicas atinentes às compras de bens e serviços a que pretende, justificando sua decisão. Assim, é preciso averiguar se nas contratações diretas feitas com o Liceu de Artes e Ofícios da Bahia os requisitos do art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/1993 foram observados pelo



órgão

contratante.

15. O art. 24, Inciso XIII, da Lei n. 8.666/1993 dispõe que a licitação é dispensável na contratação de Instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente de pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.

16. Por sua vez, a Súmula de Jurisprudência do TCU n. 250 consolidou o entendimento da Corte de Contas no sentido de que a contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, Inciso XIII, da Lei n. 8.666/1993, 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.

Acórdão 2672/2010 - Plenário

(...)

7. Este Tribunal tem reiteradamente afirmado que a contratação com dispensa de licitação de instituição sem fins lucrativos, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto a ser contratado, além de comprovada razoabilidade do preço cotado. Há a necessidade de ficar demonstrado que a entidade contratada - além de ser brasileira, sem fins lucrativos, detentora de inquestionável reputação ético-profissional e incumbida regimental e estatutariamente do ensino, da pesquisa ou do desenvolvimento institucional - tem capacidade de executar, com sua própria estrutura e de acordo com suas competências, o objeto do contrato, vedada a subcontratação. Nesses casos o contrato deve vincular-se a projeto a ser cumprido em prazo determinado e que resulte em produto bem definido, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objeto genérico.

Acórdão 938/2010 - Plenário

(...)

6.28.5.4. Entende-se, ainda, que o objeto contratado não se enquadra, nem como atividade de pesquisa, nem como de ensino, nem como atividade de desenvolvimento institucional, levando-se em consideração, neste último caso, o entendimento firmado nesta Corte de Contas (v. a respeito a Decisão TCU 30/2000 - P) a respeito do significado dessa expressão, e, por conseguinte, foi errônea a escolha das proponentes, tendo em vista que são instituições incumbidas regimental ou estatutariamente de atividades de pesquisa, ou de ensino, ou de desenvolvimento institucional.

6.28.5.5. Ainda a esse respeito e levando-se em consideração o entendimento firmado neste Tribunal de que as contratações com base no art. 24, XIII, da Lei 8.666, de 1993, devem guardar nexos entre a natureza da instituição e o objeto a ser contratado, além da razoabilidade dos preços, bem como a inexistência de outras entidades em condições de prestar os serviços a serem contratados (v. Acórdãos 5053/2008 - Plenário; 1342/2005 - Plenário e 1614/2003 - Plenário e Decisão 346/1999 - Plenário), conclui-se pela irregularidade da contratação.

Acórdão 5053/2008 - TCU - Segunda Câmara

(...)

1.9.2. restrinja as contratações por dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, unicamente aos casos em que reste

comprovado o nexo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto a ser contratado, observando sempre a razoabilidade do preço cotado, bem como a inexistência de outras entidades em condições de prestar os serviços a serem contratados, devendo ser promovida, caso contrário, licitação para a escolha da melhor proposta técnica, em obediência ao princípio constitucional da isonomia;

24. Nesse contexto, concluímos, a partir do exame do exame do *supra* apresentado, que a contratação direta apenas poderia ser operada quando existir viabilidade de competição (motivo pelo qual o caso não se enquadra na hipótese de inexigibilidade do procedimento licitatório, logicamente anterior ao exame da dispensa) e, concomitantemente, só houver uma entidade que atenda ao disposto no art. 24, XIII.

25. Diversamente, nos casos em que houver mais de um ente que se enquadre na hipótese do art. 24, XIII, será necessária a adoção de um procedimento objetivo de seleção da instituição a ser contratada diretamente pelo poder público.

26. Isso porque não se justificaria a escolha de uma das entidades sem que houvesse a adoção de razões objetivas para tanto. Esse comportamento do gestor não se coadunaria com os princípios da eficiência – que exige que seja escolhida a entidade que comprove possuir a maior aptidão para o desempenho das tarefas que se busca concretizar -, da moralidade e da impessoalidade.

27. Tais princípios representam vetores constitucionais que devem orientar o administrador no exercício de eventual poder discricionário que a lei lhe confira.

28. Assim, consideramos imprescindível a adoção de procedimento seletivo previamente à contratação direta da entidade selecionada com fulcro no mencionado art. 24, XIII, que deve envolver apenas os entes que cumpram os requisitos legais para a dispensa de licitação.

29. Dessa forma, permite-se às entidades envolvidas demonstrar suas aptidões no desempenho dos fins visados pela contratação.

30. Outrossim, por não haver normatização estabelecendo procedimento diferente do licitatório, consideramos prudente a adoção do trâmite previsto na Lei nº 8.666/93.

31. Entretanto, sugerimos a formulação de consulta ao setor desta Advocacia-Geral da União responsável pela elaboração de atos normativos (DENOR), referente à conveniência da elaboração de projeto de lei ou de medida provisória que possibilite a aplicação à hipótese de um procedimento simplificado de escolha, semelhante ao chamamento público já utilizado nos casos de celebração de convênios (Portaria Interministerial nº 507, de 24/11/2011).

32. Evidentemente, a adoção de qualquer procedimento simplificado pressupõe o integral respeito aos princípios constitucionais incidentes *in casu*.

33. Por fim, saliento que, no bojo da ADI nº 1923, o Exmo. Sr. Advogado-Geral da União Substituto manifestou-se pela improcedência de todos os pedidos contidos na inicial³ – entre os quais o referente à necessidade de licitação nas hipóteses em que houver mais de uma organização social apta a desempenhar as atividades buscadas pelo poder público.

34. Dessa forma, considerando a semelhança entre tal situação e a questão que ora se apresenta, à qual se deu resposta diversa do posicionamento então externado, sugiro que a presente consulta seja submetida a essa autoridade, atendendo-se, assim, ao princípio da hierarquia que informa a organização desta Instituição.

- III -

35. Ante o exposto, em relação à consulta formulada, opinamos no sentido de que:

³ Conforme manifestação que juntamos ao presente processo administrativo.

i) os princípios constitucionais da eficiência, isonomia e moralidade impõe a adoção de procedimento público para a seleção de instituição incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, quando houver mais de um ente que preencha os requisitos legais para a dispensa de licitação; e que

ii) perante o atual quadro normativo, não havendo a previsão de procedimento diferenciado para a hipótese, é de se adotar o procedimento licitatório em tais casos.

36. Nesse contexto, sugerimos a formulação de consulta ao Departamento de Análise de Atos Normativos, referente à conveniência da elaboração de projeto de lei ou medida provisória que possibilite a aplicação à hipótese de um procedimento simplificado de escolha, semelhante ao chamamento público já utilizado nos casos de celebração de convênios (Portaria Interministerial nº 507, de 24/11/2011).

37. Finalmente, tendo em vista a semelhança entre a questão submetida à análise com aquela colocada no bojo da ADI nº 1923, à qual o Exmo Sr. Advogado-Geral da União Substituto deu resposta diversa do posicionamento ora externado, sugiro que a presente consulta seja submetida a essa autoridade, atendendo-se, assim, ao princípio da hierarquia que informa a organização desta Instituição.

38. Como o presente processo trata de questão sensível, recomendamos que sejam os órgãos consultivos informados do teor da decisão eventualmente adotada pela autoridade competente, para que procedam de maneira uniforme com relação ao tema ora tratado.

À consideração superior.

Brasília, 14 de fevereiro de 2012.

Isabela Rossi Cortes Ferrari
Advogada da União
DECOR/CGU/AGU