

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o Ministério Público do Estado do Paraná ingressou com algumas ações civis públicas visando anular processos de dispensa de licitação, de contrato administrativo e de edital de concurso público pactuado entre entes e órgãos da administração pública, por entender ilegal a contratação direta fundamentada no inciso XIII, do artigo 24 da Lei n.º 8.666/93¹.

O raciocínio jurídico dos representantes do Ministério Público é no sentido de que não se pode interpretar ampliativamente o termo “desenvolvimento institucional”, com o fito de abarcar o “concurso público”.

Argumentam que, ainda que fosse admissível incluir o “concurso público” no entendimento de desenvolvimento institucional, a natureza das atividades da instituição contratada muitas vezes não compreende o objeto da contratação, posto que os Estatutos e Regimentos não possuem previsão específica para realização de concurso público.

Assim, o artigo pleiteia analisar o alcance do termo “desenvolvimento institucional” a fim de verificar a possibilidade de contratação de instituições públicas de ensino, sem fins

¹ É sabido que o E. Egrégio Tribunal de Contas da União, fazendo uma 'ginástica interpretativa' no que tange a contratações diretas de instituições para promover concurso público, inclui essas nas hipóteses do inciso XIII suso referido, estendendo o conceito de 'desenvolvimento institucional. raciocínio jurídico adotado pelo Poder Legislativo do Município de União da Vitória para o fim de dispensar a licitação e lançar mão da contratação direta. A associação do concurso público ao termo “desenvolvimento institucional”, como realizado na justificativa para dispensa no caso em apreço, mostra-se descabida, posto que o conceito de desenvolvimento institucional está mais relacionado a uma ideia de conjunto de alterações qualitativa sem uma Documento assinado digitalmente, conforme MP n.º 2.200-2/2001, organização, incluindo mudanças de paradigmas, relações e estruturas, do que a uma ideia de procedimento, de uma ação específica, como no caso do concurso público. Esse é o entendimento de EMÍLIO BANDERIA DE LIMA: “o concurso público está mais para uma adaptação administrativa (exigência legal, condição ex-ante da nomeação em cargo/emprego público) do que para um desenvolvimento institucional, podendo aquele ser inclusive uma ação a ser implementada em função do resultado de um processo de desenvolvimento de uma instituição. Esta expressão não suporta, data vênua, uma interpretação tão extensiva (...)”. E prossegue o autor: “Não restam dúvidas quanto a pertinência do termo 'concurso público' com o termo 'desenvolvimento institucional' como afirmada pelo Ministro. Existem um sem números de órgãos públicos que melhoraram sua eficiência em razão da mão de obra selecionada por tal instrumento. Mas, daí afirmar que concurso público é desenvolvimento institucional ou que desenvolvimento institucional passa necessariamente pelo concurso público, como exige a norma do inciso XIII do art. 24 da Lei de Licitações e Contratos é por demais grave, muito principalmente, porque não foi esse o sentido que quis dar o legislador à norma. Não existe subsunção dos termos concurso público' ao de 'desenvolvimento institucional' e vice-versa, eles não se amoldam milimetricamente.”. Ora, a regra geral constitucionalmente posta para fins de atendimento ao interesse público (em sentido amplo) é licitar, as exceções da Lei devem ser interpretadas da forma mais restritiva possível, ou seja, se a dispensa de licitação se configura em exceção à regra constitucional e, mais, se o instituto incide sobre situações nas quais a realização de licitação seria viável, claro está que o art. 24 da Lei n.º 8.666/93 deve ser aplicado com o máximo de rigor e cautela, de modo a se evitar a utilização indevida da autorização legal para fugir à realização da licitação. Nos autos de Ação Civil Pública DF n.º 47922-08.2010.4.01.3400, à título de ilustração, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos teve seu concurso anulado, mesmo recebendo parecer favorável do TCU. No caso, a Justiça acolheu a tese de que não cabe a dispensa do procedimento licitatório para a realização de concurso público fundamentada no inciso XIII do art. 24 da Lei Federal n.º 8.666/93. Ação Civil Pública sob n.º 10777-64.2015.8.16.0174 - comarca de União da Vitória – PR.

lucrativos, para coordenação e elaboração de concursos públicos para entes da federação, por meio da dispensa de licitação.

Para tanto, no primeiro item se apresentará a situação autorizadora da licitação dispensável prevista no inciso XIII, do artigo 24, da Lei n.º 8.666/1993. No segundo item, por sua vez, se analisará a existência da correlação do concurso público ao termo “desenvolvimento institucional” previsto no inciso em comento. No terceiro e último item, propõe-se uma breve reflexão acerca da necessidade de existência do nexo efetivo do objeto do contrato com a natureza da instituição.

O trabalho se amparou no método teórico indutivo, promovendo-se consulta em textos importantes para a elucidação da problemática, em especial de textos que são referência no assunto, contando, ainda, com breves apontamentos com dados oficiais da jurisprudência do Estado do Paraná.

1 O PROCESSO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO

A Constituição Federal estabelece a obrigação de realizar-se licitação para as contratações realizadas pela Administração Pública, ao mesmo tempo em que prevê a possibilidade de legislação infraconstitucional estabelecer hipótese em que a licitação não se realizará.

Pois bem, a partir dessa determinação, a União Federal, com a competência que lhe outorgou o art. 22, XXVII, da CF², editou normas gerais sobre licitação, fundamentalmente, no ponto, estabelecendo as hipóteses em que o certame não se realizará. Por uma opção legislativa, divisou três situações em que a licitação poderia não ter lugar, dentre elas está a licitação dispensável, a qual relaciona hipóteses tanto no sentido de obrigar a não realização do certame, quanto, noutro prisma, atribuir a possibilidade da autoridade competente exercer seu juízo discricionário, decidindo pela realização do certame ou pela dispensa, segundo sua conveniência e oportunidade.

In casu, a situação autorizadora da licitação dispensável é o inciso XIII, do artigo 24, da Lei n.º 8.666/93:

Art. 24. É dispensável a licitação:
[...]

² “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”

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;

Do inciso indicado denota-se que a Administração Pública poderá contratar, com dispensa de licitação, instituição brasileira de pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional, para que lhe preste serviços atinentes a tais finalidades. A entidade deverá ter inquestionável reputação ético-profissional, assim como não possuir fins lucrativos.

Tendo em vista que, reputação ético-profissional é expressão vaga e de difícil limitação, pode-se concluir tratar-se de uma condição voltada a exigir que as entidades contratadas sejam conduzidas e expressem-se com seriedade, idoneidade e comprometimento na busca das respectivas finalidades, e detentoras de indiscutível experiência e histórico comprovado de atuação na especialidade em questão³.

O objeto da contratação direta, naturalmente, circunscreve-se às mencionadas finalidades previstas no dispositivo, tais como, ensino, pesquisa, desenvolvimento institucional e recuperação social do preso. Assim, os termos e as condições das contratações diretas deverão ser exatamente aqueles habitualmente praticados pelas entidades contratadas. Não necessita ser o menor preço praticado no mercado, mas aquele que é efetivamente exercitado pela entidade em questão, no exercício da busca dos seus objetivos/finalidades.

A lei infraconstitucional só pode permitir ao Administrador Público afastar-se do procedimento licitatório quando buscar harmonizar o princípio da isonomia com outro tão intensamente relevante quanto este. É inconcebível, assim, o afastamento do processo licitatório se o desenvolvimento institucional não estiver consentâneo com os valores tutelados pelo constituinte.

Indiscutivelmente, no ponto, há uma margem de discricionariedade do agente público em tal contratação, cuja opção deverá ser bem fundamentada, conforme o fez a assessoria jurídica da contratante (fls. 31/32 – ICP-MPPR), opinando pelo preenchimento dos requisitos legais impostos pelo inciso XIII, do artigo 24, da Lei 8.666/93, bem como pela

³ “Ação popular. Dispensa de licitação na contratação de instituição nacional. Legitimidade. Litigância de má-fé. Não caracterização. [...] 2. Inexistência de ofensa ao disposto no artigo 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93, uma vez que a Fundação Universidade de Brasília (FUB) é instituição nacional sem fins lucrativos que se dedica ao ensino e de reconhecidas idoneidade, reputação ético-profissional e capacidade na realização de concursos públicos por intermédio do CESPE – Centro de Seleção e Promoção de Eventos, já tendo realizado dezenas de certames para a admissão de pessoal em diversos órgãos e instituições, tais como, a título exemplificativo, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas da União, o Instituto Nacional do Seguro Social, o Ministério do Trabalho, o Senado, o Ministério Público do Estado de Pernambuco, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, dentre outros, todos com dispensa de licitação na forma do dispositivo legal acima referido. [...] 6. Apelação provida em parte. Remessa não provida.” (AC 84552/DF/TRF1, Rel. Juiz Leão Aparecido Alves, um., DJ 30.10.2003).

adequação do objeto contratado à interpretação do termo “desenvolvimento institucional”. Eis que, é aqui que paira a discussão, a interpretação/abrangência desse termo.

2 ASSOCIAÇÃO DO “CONCURSO PÚBLICO” AO TERMO “DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL”

A definição do elemento normativo “desenvolvimento institucional” é controversa. Dessa forma, considerando-se o conceito juridicamente indeterminado da expressão, é importante valer-nos da lição da doutrina especializada.

Marçal Justen Filho (2012, p.368) estabelece que

“[...] o desenvolvimento institucional é uma finalidade buscada pela entidade administrativa contratante. O contrato com uma instituição é um meio de atingir essa finalidade. O desenvolvimento institucional consiste na ampliação da capacidade de uma instituição realizar seus fins de interesse transcendentais. Envolve a ampliação de habilidades humanas e a aquisição de novos conhecimentos, o desenvolvimento de novas soluções, naquilo que se relacione com a realização de ideais compartilhados pela comunidade.”

E, continuando, exemplifica:

O art. 1º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.958 (com a redação da Lei nº 12.349) formulou uma definição de desenvolvimento institucional. Estabeleceu que “entendem-se por desenvolvimento institucional os programas, projetos, atividades e operações especiais, inclusive de natureza infraestrutural, material e laboratorial, que levem à melhoria mensurável das condições das IFES e demais ICTs, para cumprimento eficiente e eficaz de sua missão (...)”. Embora o dispositivo de destine a disciplinar contratações específicas promovidas por Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) e Instituições Científicas e Tecnológicas (ICTs), a definição pode ser aproveitada como um padrão.

Nesse sentido, Joel de Menezes Niebuhr (2003. 315) afirma que “*o intérprete deve tratar os casos que lhe são apresentados com olhos na parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição*”.

Assim, sabe-se que o conceito de “desenvolvimento institucional” apenas pode ser compreendida numa hermenêutica constitucional, que apresenta a importância de fomento do ensino, da pesquisa e do desenvolvimento das partes (PINTO e FARIA, 2015).

Deste modo, levando-se a uma interpretação conforme a Constituição, destaca-se o artigo 218 do texto constitucional:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

§ 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

§ 6º O Estado, na execução das atividades previstas no caput, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo.

§ 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no caput.

Conceitualmente, o sistema legal do fomento desenvolvimentista compreende:

1) disponibilizar serviços a Administração Pública; e, 2) incentivar o crescimento da própria entidade. (PINTO e FARIA, 2015).

Jessé Torres Pereira Junior (2003, p. 281), explicando o inciso XIII, do artigo 24, da Lei de Licitações, instrui:

“A Lei licitatória cumpre, neste inciso, a ordem do art. 218 da Constituição Federal, que incumbe o Estado de promover e incentivar “o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”. A determinação do parágrafo 4º do preceito constitucional nitidamente inspira esta hipótese de dispensabilidade, ao cometer à lei, imperativamente, o dever de apoiar e estimular “as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formulação e aperfeiçoamento de recursos humanos.”

Nessa esteira, denota-se da regra constitucional que o interesse público perseguido pelo Constituinte é o fomento ao desenvolvimento científico e tecnológico, pelo qual se difunde um contexto de fomento ao desenvolvimento das instituições. *“O iter vocabular formado pelas palavras “pesquisa”, “estudo” e “desenvolvimento” tem por estuário um inequívoco ponto: a geração de conhecimento”*(PROVENZA. 2007).

Logo, a contratação em glosa possui dupla pretensão. Primeiramente, *“o desenvolvimento institucional está intimamente ligado ao desenvolvimento de atividades direcionadas ao aperfeiçoamento de funções da própria contratante.”*(MIRANDA. 2008). Em segundo, *“impulsionar a atuação e o aperfeiçoamento das pessoas (instituições) que serão contratadas por se dedicarem às referidas atividades (pesquisa, ensino,*

desenvolvimento institucional ou recuperação social do preso), e não o desenvolvimento da própria Administração.” (TREIN e SAMPAIO. 2008. p. 1031)

Nesse diapasão, a definição do conceito de “desenvolvimento institucional” apenas pode ser compreendida numa hermenêutica constitucional, que apresenta a importância do fomento do ensino, da pesquisa e do desenvolvimento tanto para o Brasil, quanto para a contratante e também para a contratada.

Por meio dessa leitura constitucional, nota-se um sistema legal de fomento desenvolvimentista indireto neste tipo de contratação, a saber: i) no sentido imediato, disponibilizar serviços à Administração Pública e ii) de forma mediata, incentivar o crescimento da própria entidade, afinal todos os recursos aferidos por ela deverão ser reutilizados na sua atividade fim que é o ensino, pesquisa e desenvolvimento, os quais perfazem objetivo do Estado e da sociedade brasileira, conforme a Constituição e como já demonstrado acima. (PINTO. 2015).

Portanto, o alcance do objetivo constitucional, quanto ao desenvolvimento, nessas contratações, se dá quando

“a Administração opta pela contratação direta para usufruir de serviços técnicos, com entidades criadas com o mesmo escopo, as quais ao receber pelos serviços deverão, por força de lei, investir novamente nas mesmas áreas previstas, criando assim um ciclo virtuoso de fomento direto – a favor da Administração Pública – e indireto – em favor da sociedade e da instituição – ambos concorrendo para a materialização do ditame constitucional.” (PINTO. 2015)

Conforme afirmam a Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, Dr.^a Élide Graziane Pinto, e a Procuradora do Estado de Minas Gerais, Dr.^a Juliana Faria, “*o sentido, segundo a Constituição que deve ser perseguido a se realizar a contratação, é o fomento indireto de instituições voltadas para áreas tão essenciais ao progresso do Brasil: ensino, pesquisa e desenvolvimento institucional.*” (PINTO. 2015)

Nessa seara, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes ensina que:

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

Não havendo na Lei de Licitações conceito legal para o termo, por analogia, vale destacar o Decreto nº 7.423, de 31 de dezembro de 2010, que em seu artigo 2º traz a seguinte definição:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, entende-se por desenvolvimento institucional os programas, projetos, atividades e operações especiais, inclusive de natureza infraestrutural, material e laboratorial, que levem à

melhoria mensurável das condições das IFES e demais ICTs, para o cumprimento eficiente e eficaz de sua missão, conforme descrita no Plano de Desenvolvimento Institucional, vedada, em qualquer caso, a contratação de objetos genéricos, desvinculados de projetos específicos.

Logo, a associação do concurso público ao termo “desenvolvimento institucional” revela-se pertinente, posto que desenvolvimento institucional não possui um conceito jurídico pré-estabelecido, mas sim é um gênero que comporta algumas espécies de objeto que deverão proporcionar esse objetivo. *“Não se trata de objeto fixo e fechado ontologicamente nele; todavia, possui a conotação de “meio para um objetivo desenvolvimentista”, que comporta vários objetos contratuais e capaz de gerar utilidade que agregue valor para a Administração Pública e para a sociedade.”* (PINTO. 2015)

De modo geral, as atividades relacionadas à promoção de concurso público têm relação com o desenvolvimento institucional da contratante. Essa afirmação apoia-se no entendimento de que a política de recursos humanos da Administração Pública inicia-se com a seleção, mediante concurso público, de pessoal para provimento dos seus cargos vagos. E o desenvolvimento institucional da Administração depende, dentre outros fatores, da qualificação do pessoal selecionado, que deve atender, desde o princípio, às necessidades da Administração contratante. Portanto, não há como dissociar o desenvolvimento institucional do objeto realização de concurso público⁴.

Nesse sentido o Tribunal de Contas da União⁵ estabelece: *“É admissível a contratação, com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, de entidade para promoção de concurso público, por ser indissociável a atividade de seleção para cargo efetivo do objetivo de desenvolvimento institucional da Administração.”*

Nessa linha, é possível admitir que a realização de concurso público se adequa à ideia de “desenvolvimento institucional”. Porém, maior aprofundamento sobre esse dispositivo será propiciado pelo exame, adiante realizado, do vínculo de pertinência entre o objeto do contrato e a função da instituição. (MARÇAL. p. 368)

2.1 O Posicionamento Contrário

O Ministério Público de alguns estados brasileiros defendem a não associação do termo desenvolvimento institucional ao concurso público, defendendo que a associação do concurso público ao termo “desenvolvimento institucional”, mostra-se descabida, posto que o

⁴Tribunal de Contas da União. Acórdão 2360-25/08-2. Relator André Luís de Carvalho.

⁵Tribunal de Contas da União. Acórdão 2360-25/08-2. Relator André Luís de Carvalho.

conceito de desenvolvimento institucional está mais relacionado a uma ideia de conjunto de alterações qualitativa sem uma organização, incluindo mudanças de paradigmas, relações e estruturas, do que a uma ideia de procedimento, de uma ação específica, como no caso do concurso público.

Que a regra geral constitucionalmente posta para fins de atendimento ao interesse público (em sentido amplo) é licitar, as exceções da Lei devem ser interpretadas da forma mais restritiva possível, ou seja, se a dispensa de licitação se configura em exceção à regra constitucional e, mais, se o instituto incide sobre situações nas quais a realização de licitação seria viável, claro está que o art. 24 da Lei nº 8.666/93 deve ser aplicado com o máximo de rigor e cautela, de modo a se evitar a utilização indevida da autorização legal para fugir à realização da licitação.

Nos autos de Ação Civil Pública DF nº 47922-08.2010.4.01.3400, à título de ilustração, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos teve seu concurso anulado, mesmo recebendo parecer favorável do TCU. No caso, a Justiça acolheu a tese de que não cabe a dispensa do procedimento licitatório para a realização de concurso público fundamentada no inciso XIII do art. 24 da Lei Federal nº 8.666/93.

Pertinentes, também, as argumentações constantes na sentença da lavra do Juiz Giordano Rezende Costa⁶:

É certo que existem precedentes administrativos no âmbito do TCU no sentido de admitir a possibilidade de dispensa da licitação de empresa organizadora de concurso público. Entretanto, não é possível admitir a exegese feita, porquanto a regra do art. 24, XIII, da Lei Federal nº 8.666/96 não pode ser elástica a ponto de inserir uma situação não prescrita na norma. A lei de licitações não disciplina em lugar nenhum a possibilidade de dispensa de licitação para contratação de empresa organizadora de concurso público. As interpretações que estão sendo feitas são contra a lei (contra a *legem*). Não se pode admitir a perpetuação de interpretações equivocadas. Outrossim, as justificativas apresentadas para a dispensa estão sempre atreladas a características específicas do concurso, seja pela abrangência e/ou a dificuldade de sua realização. No caso em apreço, a dispensa de licitação ocorreu para realização e organização de um concurso para contratação de servidores para o cargo de auditor tributário do DF, a ser realizado tão somente no âmbito do DF, não havendo nenhuma vicissitude que traga uma peculiaridade a prova. A partir do momento em que o Estado opta pela dispensa, suprime a possibilidade de concorrência e a oferta de um melhor preço, assim como recai a pecha e questionamentos acerca de quais foram os motivos e as intenções de contratação de uma determinada empresa.

No mesmo sentido, o Conselho Nacional de Justiça, analisando um procedimento de controle administrativo, entendeu pela ilegalidade da dispensa fundamentada no art. 24, XIII, para a contratação de instituição brasileira cujo objeto versava sobre realização de concurso

⁶ Processo:2010.01.1.214507-0; Sexta Vara da Fazenda Pública do DF.

público. Para o relator, Conselheiro José Adonis Callou de Araújo Sá, tal fundamento não serve para esse tipo de contratação⁷:

Entendo que a regra do artigo 24, XIII da Lei nº 8.666/93 não serve de fundamento para a contratação, com dispensa de licitação, de entidade para a organização de concurso público. Parece-nos evidente que a realização de concurso público não está inserida nas finalidades indicadas na norma, relativa à pesquisa, ao ensino, ao desenvolvimento institucional ou à recuperação social do preso. É necessária a pertinência entre o objeto da contratação pretendida e as finalidades indicadas na norma. Não é possível alargar o conceito de desenvolvimento institucional ao ponto de alcançar até mesmo o processo de seleção de interessados na delegação de atividade notariais e de registro. É perfeitamente viável a realização de licitação para contratação de instituição visando a realização do concurso público, inclusive para as atividades notariais e de registro. É sabido que existem diversas instituições com vasta experiência e dotadas de notória aptidão para a realização de concursos públicos, algumas delas vinculadas a entidades públicas como a ESAF e o CESP.

Também no Conselho Nacional do Ministério Público há proposta de Resolução, da lavra do E. Conselheiro Alexandre Berzosa Saliba, no sentido de padronizar a posição administrativa ministerial neste tema:

A contratação de empresas ou instituições para a realização de concursos públicos voltados ao preenchimento de cargos de membro e de servidor do Ministério Público brasileiro não se configura como hipótese de 'desenvolvimento institucional' suficiente para dispensar, com base no artigo 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, o procedimento licitatório previsto no caput deste artigo.

Pertinente trazer à baila decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em Reexame Necessário⁸:

Com efeito, somente podem ser abrangidas no permissivo do inciso XIII do art. 24 da Lei de Licitações contratações cujo objeto se enquadre nos conceitos de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou recuperação de presos, o que não é o caso dos autos, uma vez que o objeto contratado é a realização de concurso público. Os conceitos de pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional são substancialmente diferentes do de concurso público. Vale dizer: a promoção de concurso não está inserida nas definições de pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional.

Em se tratando especificamente do fundamento capitulado no inciso XIII do art. 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, CITADINI (1999) leciona que:

A experiência com este procedimento da Administração Pública, em todos os níveis –federal, estadual ou municipal –, indica que este dispositivo tem servido para contratações com motivação pouco consistente (estudos sobre programa de reestruturação administrativa, reengenharias, disfarçadas consultoria, etc.) além de serem utilizadas para cooptação de mão de obra qualificada, por visíveis critérios de apadrinhamento.

⁷ Procedimento de Controle Administrativo nº 0001444-15.2011.2.00.0000

⁸ REEX 20120397450 SC 2012.039745-0 -“AÇÃO CIVIL PÚBLICA -CONCURSO PÚBLICO -LICITAÇÃO - DISPENSA -LEI N. 8.666 /1993, ART. 24, INC. XIII -PROCEDIMENTO -AUSÊNCIA -IRREGULARIDADE -ANULAÇÃO DO CERTAME -Florianópolis, 10 de julho de 2013”)

Nessa linha, mesmo que se admita que a realização de concurso público se adequa à atividade de 'desenvolvimento institucional', há que se avaliar se a natureza específica das atividades a que se volta a entidade contratada abrange a atividade que é objeto da contratação.

3 DO NEXO EFETIVO DO OBJETO DO CONTRATO COM A NATUREZA DA INSTITUIÇÃO

Um aspecto fundamental reside em que o inciso XIII não representa uma válvula de escape para a realização de qualquer contratação, sem necessidade de licitação. Ou seja, somente se configuram os pressupostos do dispositivo quando o objeto da contratação inserir-se no âmbito de atividade inerente da instituição. Justifica-se a contratação precisamente pela ausência de fim lucrativo da instituição e da sua vocação para o desempenho de funções claramente estatais: pesquisa, ensino e desenvolvimento das instituições. (MARÇAL. p. 369)

Há a necessidade de ficar demonstrado que a entidade contratada, além de ser brasileira, sem fins lucrativos, detentora de inquestionável reputação ético-profissional, é incumbida regimental e estatutariamente do ensino, pesquisa e desenvolvimento institucional.

As considerações acima efetuadas conduzem à necessidade de um vínculo de pertinência entre a função da instituição e o objeto contratado. O Tribunal de Contas da União já sumulou a matéria, dispondo que:

SÚMULA N.º 250 do TCU

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

SÚMULA Nº 287 do TCU

"É lícita a contratação de serviço de promoção de concurso público por meio de dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, desde que sejam observados todos os requisitos previstos no referido dispositivo e demonstrado o nexo efetivo desse objeto com a natureza da instituição a ser contratada, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado."

Ainda que a súmula 250 traga a mesma fundamentação legal – art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93 –, a aprovação da súmula n.º 287 consolidou, em enunciado específico, entendimento pacífico sobre a contratação direta de serviços para realização de concurso público, prestados por instituição brasileira, sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93, tornando mais efetiva a atuação da

Corte de Contas por responder, de forma objetiva, a questionamentos recorrentes relacionados a essa matéria.

O ministro Benjamin Zymler entendeu que é possível a realização de concurso para provimento de cargos ou empregos públicos por meio da contratação direta de entidade detentora de notória especialização e inquestionáveis capacidade e experiência na matéria, sem prejuízo da observância dos demais requisitos estabelecidos na Lei para a contratação direta, como a elaboração de projeto básico e de orçamento detalhado, além da razão de escolha da instituição executante e a justificativa do preço contratado.

Em acórdão publicado no Diário Oficial, o Conselho Nacional do Ministério Público posicionou-se sobre a dispensa durante procedimento de Controle Administrativo protocolado com o apontamento de suposta ocorrência de irregularidades na aplicação e correção de prova discursiva para provimento de cargos de servidores do Ministério Público do Estado da Bahia⁹.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte excerto do acórdão:

É possível a contratação de entidade sem fins lucrativos por meio de dispensa de licitação para a realização de concurso público. No entanto, tal possibilidade deve ser encarada com parcimônia, especialmente diante da possibilidade concreta de realização de licitação, tendo em vista o número de interessados.

O Conselho recomendou ao Ministério Público da Bahia que melhorasse os requisitos para a dispensa. No entanto, apontou na decisão que não havia indícios de fraude, bem ainda existência de interesse público na manutenção da contratação.

É prudente que os órgãos ministeriais ao menos considerem a possibilidade de contratação direta, especialmente em casos como o apresentado no MP baiano. Nesse sentido, o Conselho recomendou ao MP/BA que, nas próximas contratações para organização de concursos, considere a contratação por meio de regular procedimento licitatório ou adote maiores cautelas na condução do processo administrativo de dispensa de licitação.

O caso acima explicitado deixar claro e evidente que o legislativo municipal tomou todas as cautelas legais necessárias para assegurar a legalidade da dispensa de licitação, eis que declarar ilegal a contratação direta é totalmente abusivo e desnecessário. Denota-se que a Administração Pública pode contratar com dispensa de licitação, instituição brasileira de pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional, para que lhe preste serviços referentes ao concurso.

⁹ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Processo: Pca nº 0.00.000.000758/2014-51. Relator: Conselheiro Fábio George Cruz da Nóbrega. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 mar. 2015. Seção 1, p. 10.

Assim, é imperioso examinar se a natureza das atividades a que se volta a entidade abrange aquela que é objeto da contratação. Se abrange, se poderá promover a contratação com base no inciso XIII. Para tanto, vejamos:

Como bem destacado pela d. juíza, Dr.^a Leonor Bisolo Constantinopolos Severo¹⁰, na decisão inicial, *“já de início denota-se que a UNIUV possui como finalidade ‘fomentar recursos humanos nas áreas de conhecimento em que atuar’. Portanto, esteticamente possui característica de desenvolvimento institucional nas áreas que possui atuação.”*

E continua:

“Veja-se que a UNIUV possui finalidade de fomentar o desenvolvimento na área que atuar como já mencionado. Ou seja, para que a UNIUV possa participar de dispensa de licitação para a realização de concurso público para a municipalidade, com amparo no artigo 24, XIII, da Lei 8666/93, necessita comprovar que atua no ramo em que será realizado o concurso.”

Assim, na análise do Estatuto e do Regimento das instituições de ensino deve concluir-se que a natureza das atividades a que se voltam abrange o fomento na área de recursos humanos, para que a contratação por dispensa de licitação esteja amparada.

3.1 A Atuação da Contratada no Ramo em que Será Realizado o Concurso

Outro ponto de questionamento é acerca da necessidade da instituição de ensino possuir em seu quadro de servidores profissionais de todas as áreas em que serão os cargos oferecidos.

Pois bem, esse não é um requisito legal, pois o inciso XIII apenas impõe que a instituição contratada seja incumbida regimental ou estatutariamente do desenvolvimento institucional. Requisito esse que a instituição e ensino deve cumprir, com previsão expressa em seus atos constitutivos.

Ainda, acerca da Comissão Permanente de Seleção e Avaliação (CPSA), vale mencionar, primeiramente que, a CPSA não se confunde com a Banca Examinadora. Esta última que é encarregada da elaboração da prova e da análise dos recursos interpostos sobre as questões da avaliação. Logo, é a Banca Examinadora que necessita possuir membro com formação na área do cargo concursado e não a CPSA, a qual compete a organização, aplicação e realização do concurso público de modo geral.

¹⁰ Ação Civil Pública sob n.º 10777-64.2015.8.16.0174 - comarca de União da Vitória – PR.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões trazidas a discussão neste artigo impõe a reconhecer que a interpretação do art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993 não suporta toda e qualquer contratação direta de instituição para realização de concurso público, mas apenas de instituições que atendam aos requisitos constantes do próprio texto legal, ou seja: ser brasileira, não ter fins lucrativos, apresentar inquestionável reputação ético-profissional, ter como objetivo estatutário-regimental a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional.

Inegável é que a Lei 8666/1993 dispensa a licitação quando há contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou desenvolvimento institucional.

No entanto, o concurso público pressupõe, por si só, a seleção dos candidatos que melhor aproveitamento alcançarem dentre todos aqueles que se apresentarem a formação profissional respectiva, sendo interesse da sociedade que o serviço público seja exercido de forma eficiente.

A realização do certame, subordinado ao interesse soberano da coletividade é, sem sombra de dúvidas, a forma mais idônea de recrutar servidores, contemplando o interesse público de seleção por maior aptidão intelectual.

Mesmo havendo hipóteses de dispensa de licitação deve-se sempre interpreta-las da forma a beneficiar a coletividade, e em estrita obediência ao princípio da legalidade. Não há como ampliar uma interpretação neste sentido simplesmente para beneficiar aquele que entende como ser merecedor, ou então por ser de baixo custo para a administração pública quando se está na seara de um serviço prestado para coletividade, buscando a seleção da contratação daquele que tenha um melhor desempenho.

Veja-se que a instituição de ensino deve possuir a finalidade de fomentar o desenvolvimento na área que atuar, como já mencionado. Ou seja, para que a instituição possa participar de dispensa de licitação para a realização de concurso público para a administração pública, com amparo no artigo 24, XIII, da Lei 8666/93, necessita comprovar que atua no ramo em que será realizado o concurso

Além disso, a instituição deve deter reputação ético-profissional na estrita área para a qual está sendo contratada e o objeto contratado deve guardar correlação com o ensino, pesquisa ou o desenvolvimento institucional.

Em relação ao ponto central deste processo, consiste em reconhecer a legalidade da utilização do inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/1993 para justificar a dispensa de licitação

em contratações de serviço de promoção de concurso público, desde que sejam observados todos requisitos constantes do mencionado artigo e que o órgão ou a entidade contratante demonstre, com critérios objetivos, no seu plano estratégico ou em instrumento congêneres, a essencialidade do preenchimento do cargo objeto do concurso público para o seu desenvolvimento institucional.

Havendo oportunidade e conveniência administrativas, a contratação direta deverá estar revestida de alguns pressupostos indispensáveis, quais sejam: a instituição a ser contratada deverá ser brasileira; o estatuto da entidade deverá prever em seu objeto: a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional; o objeto contratado guarde estreita vinculação com a atividade da entidade, ou seja, deve existir nexos entre o objeto pretendido (planejamento, organização e execução de concurso público), a natureza e as finalidades estatutárias da instituição; a entidade contratada deve possuir estrutura que comporte o cumprimento pessoal dos compromissos assumidos; deter inquestionável reputação ético-profissional (comprovada pelo corpo técnico, trabalhos científicos, publicações, atestados, prêmios etc.); não possuir fins lucrativos; e a justificativa para os preços contratados.

Desse modo, infere-se que, se estiverem presentes todos os requisitos supra mencionados, nada obsta que se faça a contratação de uma entidade para a promoção do concurso público com esteio no artigo 24, inciso XIII, da Lei de Licitações.

REFERÊNCIAS

CITADINI. *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 3ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1999.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MIRANDA, Cristina Blum; ROCHA, Felipe Caldeira Marron da. *Dispensa de Licitação: a exegese do artigo 24, XIII, da Lei de Licitações e Contratos*. Julho, 2008. Fundação Getúlio Vargas.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações na administração pública*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PROVENZA, Vittorio Constantino. *Contratação Direta de Organismos não governamentais. Da utilização da classificação das categorias de despesa orçamentária como critério para*

verificação da possibilidade de dispensa de licitação com base no inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93. Ofício PRS/SSE 19833/2007. Rio de Janeiro: Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

PINTO, Élide Graziane; FARIA, Juliana. *Dispensa de licitação para desenvolvimento institucional.* Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, nº 4359, 8 jun 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/33186>. Acesso em: 10 dez. 2015.

TREIN, Raquel Maria; SAMPAIO, Ricardo Alexandre. *A compreensão proposta para a expressão “desenvolvimento institucional” contida no art. 24, inc. XIII da Lei nº 8.666/93.* Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, nº 118, p. 1031, dez. 2003.