

IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE ENTIDADES DE ENSINO VISANDO À REALIZAÇÃO DE CONCURSOS PÚBLICOS

Sávio de Faria Caram Zuquim(*)

Torna-se procedimento cada vez mais comum na Administração Pública, por ser constitucionalmente exigida a consecução de concursos públicos para o provimento de cargos, dispensar-se, com base no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93, a concorrência para a contratação direta de entidades vinculadas a renomadas entidades de ensino que são incumbidas, regimental ou estatutariamente, da pesquisa, do ensino, ou do desenvolvimento institucional e que não tenham fins lucrativos.

Examinar a legalidade do referido procedimento é o objeto do presente estudo.

A contratação de serviços pela Administração encontra-se normatizada nos termos do art. 37, *caput* e inciso XXI, da Carta Magna, que determinam:

“Art. 37 — A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte:

(...)

XXI — ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

(*) Advogado.

Com permissivo na primeira parte do artigo constitucional transcrito, a lei de licitações, 8.666/93, elenca, exaustivamente, em seus arts. 24 e 25, as oportunidades nas quais o administrador *pode* dispensar a licitação e aquelas em que é inexigível. A norma em exame, no entanto, deve ser sempre interpretada e aplicada à luz do texto constitucional do art. 37.

Analisando-se os referidos artigos, verifica-se que nenhuma das possibilidades de dispensa ou inexigibilidade se aplica à hipótese em exame. Entendo, com o devido respeito às opiniões contrárias, ser açodada a conclusão de que a prática da dispensa e contratação antes referida, encontraria amparo no inciso XIII, do art. 24, que permite a dispensa de licitação no caso de contratação de instituição nacional sem fins lucrativos, desde que obedecidos determinados requisitos.

“Art. 24: É dispensável a licitação:

(...)

XII — 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.”

A exceção à regra do art. 37, XXI, da Carta sustenta-se, ou melhor, seu espírito repousa no anseio nacional pela melhoria da qualidade de vida de seus cidadãos, que passa pelo salutar incentivo que a sociedade e o Estado têm de fornecer às entidades sem fins lucrativos e fomentadoras da pesquisa, do ensino e do desenvolvimento institucional, científico e tecnológico.

No entanto, como dito anteriormente, em uma exegese sistemática, verifica-se que o art. 24, XIII, da Lei 8.666/93 não se aplica ao caso em exame.

De fato, sabe-se que as hipóteses de dispensa de licitação são expressamente limitadas e não comportam interpretações nem elastecimentos. Dessa forma, seguindo a orientação de todo o arcabouço normativo a respeito, é forçoso concluir que a previsão da Lei 8.666/93, art. 24, XIII, somente é aplicável quando a Administração Pública estiver contratando, das entidades ali referidas, serviços de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional.

A contratação de serviços, pela Administração, para a realização de concurso público para provimento de cargos inerentes a seu funcionamento não se adequa aos permissivos legais de “pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional” e tampouco pode-se afirmar que entidades não tenham fins lucrativos, pelo simples fato de constar estas características em seu estatuto.

Reitera-se que a possibilidade de dispensa de licitação é instrumento absolutamente excepcional, colocado à disposição do administrador em *numerus clausus*. Caso contrário, bastaria a qualquer entidade incluir em seus estatutos que se dedica

à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional e poderia ser contratada aleatoriamente pela Administração Pública, sem licitação e para prestar todo e qualquer tipo de serviço.

Dessa forma, como se trata de uma exceção, a dispensa de licitação deve ser muito criteriosa de modo a não ser utilizada como meio de fraudar os princípios basilares da aquisição de serviços pela Administração, que são, repetindo o art. 37 da Constituição e no que concerne no caso, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Com efeito, como a dispensa facilita sobremaneira o procedimento para o administrador, não sendo necessária a observância de todos aqueles ritos previstos nos demais artigos da Lei 8.666/93, sempre haverá a possibilidade de um mau administrador contratar a entidade que lhe aproouver, restando rompido o princípio da igualdade entre os possíveis concorrentes.

Verifica-se que a prática em exame cerceia o espírito de toda a regulamentação acerca da aquisição de materiais e serviços pela Administração, em qualquer das esferas de legislação. As referidas normas repousam não somente na necessidade de proteção ao Erário, mas também no real interesse público de a Administração obter para si e, por conseguinte, para os administrados, o menor preço possível.

No caso, frustra-se a possibilidade de inúmeras outras entidades oferecerem seus serviços e estreitam-se os horizontes da necessária seleção de qualidade e preços, impingindo ao Erário o preço avuçado entre as partes, que deveria ter sido obtido mediante concorrência pública.

Quanto mais largos os horizontes do procedimento licitatório, ou seja, quanto maior a gama de concorrentes, maiores os benefícios da população, alcançados, inclusive, através dos menores preços.

Em virtude disto, resta claro e evidente que a *praxis* em estudo, contratação sem licitação, não se adequa mas, ao contrário, viola frontalmente o art. 24, XIII, da Lei 8.666/93.

Esse entendimento não é isolado, tendo encontrado grande amparo na boa doutrina nacional a respeito. Cabe a menção de dois ilustres administrativistas ao comentarem a referida norma:

“O inc. XIII do art. 24 do Estatuto Federal Licitatório permite a contratação, pela Administração, de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional desde que o contrato tenha pertinência com a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento nacional e a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não objetive lucros. (...) Qualquer dessas contratações, ainda que esse inciso não mencione, há de ser por preços compatíveis com os praticados no mercado.”⁽¹⁾

(1) Diógenes Gasparini. *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva.

“Permite-se a contratação direta com entidades particulares nacionais dedicadas a atividades de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico. (...) O dispositivo alude a contratações que não se orientam diretamente pelo princípio da vantajosidade.

Mas 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.”⁽²⁾

Também o douto Ministério Público Federal, na pessoa do Exmo. Sr. Procurador Regional da República Carlos Frederico Santos, se pronunciou a respeito:

“Por outro lado, a dispensa da licitação prevista no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93, só é aplicável à parte contratada, prestadora, (...), a qual poderia, em tese, ser contratada (...), *acaso o contrato tivesse pertinência com a pesquisa, com o ensino ou com o desenvolvimento institucional.*

O objeto do contrato em epígrafe é a elaboração das provas e demais atos do concurso para preenchimento de determinados cargos do quadro (...), *sendo de evidência e clareza meridiana que a elaboração das provas e demais atos do concurso não guardam qualquer pertinência com a pesquisa, caracterizando-se essa como o emprego de meios para se chegar ao conhecimento da verdade, como também não tem nenhuma pertinência com o ensino, isto é, a transmissão do conhecimento, ou sequer tem pertinência com o desenvolvimento institucional, este visto numa forma científica e tecnológica do órgão contratante, prestigiado pelo legislador constituinte no art. 218 da Constituição da República.”⁽³⁾*

Por fim, ainda em exegese do referido art. 24, eventual prevalência do raciocínio da possibilidade de dispensa da licitação dará ensejo à seguinte e esdrúxula situação:

Não havendo a pretendida e necessária vinculação entre o objeto do contrato e a função precípua da contratada, estaria plenamente permitido à Administração contratar, para a realização de certames públicos e ainda dispensada a licitação, as outras entidades mencionadas na lei, quais sejam: instituições dedicadas à recuperação social do preso.

Este raciocínio evidencia a fragilidade das conclusões daqueles contrários ao posicionamento ora adotado, pois permite, exagerando-se e a título figurativo, que qualquer penitenciária com reputação ilibada possa contratar a realização, sem lici-

(2) Marçal Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 4ª ed., Ed. Aide.

(3) Agravo de Instrumento 1997.01.00.031928-4.

tação, de concursos públicos para provimento de cargos na Administração. Pode-se imaginar os inúmeros e indesejáveis desdobramentos que daí poderão advir.

Reitera-se, a prática em exame é ilegal, pois o objeto do contrato, realização de certame para preenchimento de vagas no quadro da Administração não tem pertinência com a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional.

Conclui-se, dessa forma, que a ausência do procedimento licitatório competente eiva de ilegalidade o ato da hipotética contratação, violando não somente o art. 24 da Lei 8.666/93, bem como os Princípios Constitucionais da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade. Sujeita-se, o ato, à sua anulação e seus autores a responderem perante os Tribunais de Contas respectivos, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.