



## PREFEITURA MUNICIPAL DE GASPAR PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

### PARECER JURÍDICO nº 593/2020

**ASSUNTO:** DISPENSA DE LICITAÇÃO – REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE GASPAR DESTINADO AO PROVIMENTO DE CARGO E GARANTIA DE RESERVA TÉCNICA EM CARÁTER TEMPORÁRIO DA SECRETÁRIA DE SAÚDE – INSTITUTO DE ESTUDOS SUPERIORES DO EXTREMO SUL - IESES

**CONSULENTE:** DEPARTAMENTO DE COMPRAS E LICITAÇÕES

### RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta encaminhada pelo Departamento de Compras e Licitações, através, do Memorando 585/2020, acerca da possibilidade de realizar dispensa de licitação com o **INSTITUTO DE ESTUDOS SUPERIORES DO EXTREMO SUL - IESES**, para realização do futuro concurso público da prefeitura municipal de Gaspar, destinado ao provimento de cargo e garantia de reserva técnica em caráter temporário da secretária de saúde.
2. Conforme consta no referido Memorando, que solicitou a dispensa, *“justifica a necessidade de contratação por dispensa de licitação de entidade promotora idônea e especializada na realização do concurso público [...] a escolha da instituição s deu pelo fato da mesma ter apresentado melhor proposta dentre as demais orçadas.”*
3. É o relatório necessário.

### FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

4. Prefacialmente, vale registrar que o presente parecer toma por base, exclusivamente, os elementos que constam até a presente data no requerimento anexo. Incumbe a este órgão prestar consultoria sob o prisma **estritamente jurídico**, não lhe competindo imiscuir-se na conveniência ou na oportunidade dos atos praticados no âmbito da Secretaria requerente, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.
5. A presente **manifestação jurídica** tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle da legalidade administrativa dos atos a serem praticados, apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.
6. Salienta-se que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da autoridade assessorada.

### FUNDAMENTAÇÃO LEGAL



## PREFEITURA MUNICIPAL DE GASPAR PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

7. *Ab initio*, é certo que **a regra geral de contratação no âmbito da Administração Pública se dá por meio do devido processo licitatório**, de modo que todas as contratações que sejam realizadas de outras formas, que não através da licitação, devem ser consideradas excepcionais, nas restritas hipóteses previstas na legislação de regência.

8. Não obstante o entendimento esposado acima, os art. 24 e 25 da Lei 8.666/93, elencam algumas hipóteses em que a licitação é dispensável ou inexigível. Nesse contexto, a decisão de dispensar uma licitação que se enquadre em algumas das hipóteses de dispensa é do Administrador, conforme destaca o TCE/SC, em seu prejulgado 1604:

A contratação no âmbito da Administração Pública deve ser precedida de licitação, ressalvados os casos de inexigibilidade ou dispensa de licitação estabelecidos nos arts. 24 e 25 da Lei Federal nº 8.666/93.

**A decisão de contratar com dispensa de licitação cabe ao Administrador, desde que o objeto do contrato se ajuste a uma das situações previstas no art. 24, observado o art. 26 da Lei Federal nº 8.666/93.** (Processo: CON-04/04917305, Parecer: GCMB/2004/0925, Decisão: 3715/2004, Origem: Administração do Porto de São Francisco do Sul - APSFS, Relator: Conselheiro Moacir Bertoli, Data da Sessão: 22/11/2004, Data do Diário Oficial: 24/02/2005).

9. É o próprio texto constitucional mencionado que assegura, nos termos da lei, as hipóteses fático-jurídicas que permitem a contratação direta, seja mediante a dispensa seja mediante a inexigibilidade da licitação pública, tal como se encontram veiculadas na Lei federal n.º 8.666, de 1993.

10. É bom que se diga, desde já, que as hipóteses fático-jurídicas de dispensa de licitação pública são capituladas em *numerus clausus* na legislação de regência, acima referida, ao passo que as hipóteses de inexigibilidade o são de maneira exemplificativa.

11. Considerando o caráter excepcional da dispensa da licitação, **a interpretação das hipóteses de sua aplicação deve ser restritiva.**

12. **A Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI, dispõe, de forma clara, a necessidade, em regra, de processo licitatório prévio às contratações do poder público**, ressalvados os casos especificados na legislação infraconstitucional. Assim, depreende-se que a licitação prévia é a regra, devendo-se tratar os casos de dispensa e inexigibilidade como exceções a serem interpretadas restritivamente.

13. Portanto, tem-se, como regra, que a licitação deve ser feita. Contudo, há contratações que possuem caracterizações específicas tornando impossíveis e/ou inviáveis as licitações nos trâmites usuais, frustrando a realização adequada das funções estatais. Nesses casos, a lei previu exceções à regra - dispensa e inexigibilidade de licitação.



## PREFEITURA MUNICIPAL DE GASPAR PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

14. No que toca à hipótese de dispensa licitatória prevista no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, vê-se, na redação atual, que são requisitos extraídos diretamente do dispositivo:

*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;*

15. Ou seja, em termos práticos, tem-se:

*(a) que a contratada seja instituição brasileira  
(b) incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional,  
(c) detenha inquestionável reputação ético-profissional e  
(d) não tenha fins lucrativos.*

16. Marçal Justen Filho exemplifica como sendo instituição: “O Estado, a Igreja, algumas entidades de benemerência (Cruz Vermelha, Santas Casas de Misericórdia), fundações e assim por diante.”

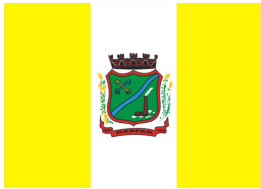
17. E continua dissertando:

*Na acepção aplicável ao caso, uma instituição é uma pessoa jurídica peculiarizada pela vinculação à realização de certos fins que transcendem os interesses dos seus associados, com a característica da permanência ao longo do tempo e da estabilidade de atuação.*

*Ou seja, todas as instituições em sentido subjetivo são pessoas jurídicas mas nem todas as pessoas jurídicas são instituições. A pessoa jurídica destituída de vinculação concreta e efetiva a uma atividade relacionada com a realização de ideias e objetivos que transcendem as pessoas físicas não é uma instituição. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2016, pg. 514).*

18. Sobre a atividade de pesquisa e desenvolvimento institucional, o nobre doutrinador preleciona:

***A atividade de pesquisa** pressupõe a investigação do “novo”, mas não se restringe a tanto. A pesquisa configura-se apenas quando não houver uma vinculação entre a atividade do pesquisador e a obtenção de um resultado prático e imediato. O que configura a pesquisa é a despreocupação com a satisfação direta de necessidades do pesquisador ou de terceiros. Esse desinteresse e essa ausência de constrangimento com a obtenção de resultados imediatos dão cunho diferencial à pesquisa.*



## PREFEITURA MUNICIPAL DE GASPAR PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

**Entendem-se por desenvolvimento institucional** os programas, projetos, atividades e operações especiais, inclusive de natureza infraestrutural, material e laboratorial.

**Assim, as obras públicas – destinadas a beneficiar um número indeterminado de pessoas – nunca poderão ser enquadradas no conceito de desenvolvimento institucional. Ou seja, o conceito de desenvolvimento institucional exige:**

**(a) uma atividade especificamente apta a gerar um benefício;**

**(b) consistente na ampliação do potencial de satisfação de um objetivo determinado;**

**(c) não consistente no atendimento de necessidades materiais de um número indeterminado de pessoas, e**

**(d) diretamente relacionado à realização dos valores estabelecidos como fim da entidade contratante.** (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2016, pg. 516).

19. 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.**

20. 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.

21. Ainda, os Tribunais de Contas, além dos requisitos legais, possuem entendimento pacífico acerca da **necessidade de existência de nexos entre o objeto do contrato e a natureza da instituição a ser contratada, bem como preço de mercado compatível.** Neste sentido, extrai-se:

### **Prejulgado 1567 do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina**

É admissível a contratação de instituição brasileira sem fins lucrativos incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional por dispensa de licitação com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666/93, **exclusivamente quando o objeto do contrato se referir a pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional,** e desde que atendidos aos demais requisitos prescritos naquele dispositivo legal.

22. Desta forma, deve-se ter em mente que se faz necessário apresentar o estatuto ou os atos constitutivos da instituição que se pretende contratar, **de modo a demonstrar que o objeto do contrato a ser celebrado (elaboração do plano de desenvolvimento territorial do turismo do Município de Gaspar) é compatível e guarda nexos de causalidade com a natureza da instituição a ser contratada,** sob pena de estar contrariando entendimento expresso do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.



## PREFEITURA MUNICIPAL DE GASPAR PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

23. O STJ, alinhado aos entendimentos supra, acerca do art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, julgou:

**Isso quer dizer que a boa exegese do referido artigo exige a coerência entre o objeto contratado e a finalidade social da instituição contratada; ou seja, que a contratada comprove, por meio do seu Estatuto, previamente editado à formalização do acordo, que os serviços a serem pactuados façam parte dos objetivos específicos de sua criação.** (REsp 1.464.591-DF, rel. Min. Humberto Martins, data da publicação 20/06/2016).

24. Ademais, em relação ao requisito legal de inquestionável reputação ético profissional da contratada, as Cortes de Contas têm decidido de forma reiterada que a instituição deve demonstrar reputação ético profissional na área para a qual está sendo contratada. Nesse sentido a decisão do TCU: “***A instituição deve deter reputação ético profissional na estrita área para a qual está sendo contratada (Decisão 908/1999 Plenário TCU)***”.

25. Como se vê, a instituição que se pretende contratar deverá possuir inquestionável reputação ético profissional. **Tal comprovação deverá ser atestada por terceiros, órgãos ou entidades públicas ou pessoas privadas que com ela tenham mantido relações jurídicas, não sendo possível, frise-se, que a própria instituição ateste a sua reputação ético profissional.**

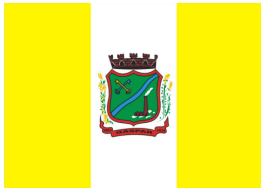
26. Sobre a possibilidade do próprio instituto atestar a sua reputação, o **Parecer 040/2009** da AGU preleciona:

**Inviável, portanto, a possibilidade da própria instituição atestar a sua reputação ético profissional, pois seria razoável supor que pretendendo ela a concretização do contrato, necessariamente, atestaria tal condição. Logo, o atestado deve ser emitido por terceiros e não por quem pretende dele beneficiar-se.** Ademais, a lei empresa a expressão “inquestionável”, isto é, condição que deve rotular a reputação que se materializa no atestado. Ora, se o próprio beneficiário é quem o emite, questionável já será a sua própria declaração.

Estes atestados podem ser dispensados, entretanto, quando a entidade for notoriamente detentora de inquestionável reputação ético profissional, pois é corrente no Direito que os fatos notórios não carecem de provas.

27. A par desses requisitos, o TCU afirma que **também é necessário que se demonstre a compatibilidade dos preços contratados com os de mercado.** Em suma, não pode haver superfaturamento.

28. Quanto à comprovação de preço compatível com o de mercado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem decidido que **a juntada de propostas de outras instituições ao procedimento de dispensa de licitação é prova suficiente para satisfação de tal requisito, in verbis:**



## PREFEITURA MUNICIPAL DE GASPAR PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

O ente municipal, em contrapartida, provou que, antes de firmar o contrato com a FEPESE, **contatou outras duas entidades para prestação do serviço de capacitação, as quais apresentaram suas propostas em valor superior àquele ofertado pela Fundação**, consoante infere se às fls. 70/77. **Tal situação, além de indicar a ausência de favoritismo, demonstra que a administração pública realizou uma pesquisa de preço antes de firmar o contrato, embora tratar-se de licitação dispensável, primando, assim, pelos princípios da administração pública.** (Apelação Cível n. 2013.0216115, de Itajaí, rel. Des. Subst. Francisco Oliveira Neto, julgado em 16/06/2015).

29. Há uma Súmula neste sentido:

### **Súmula 250-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.**

30. Entretanto a admissão ou contratação de pessoal a qualquer título estão proibidas até 31 de dezembro de 2021 por força da Lei Complementar 173, conforme artigo 8º, II e IV, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública ou ainda para reposições de vacâncias previstas no inciso IV, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares:

Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

I - conceder, a qualquer título, vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública;

II - criar cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;

III - alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

**IV - admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da**



## **PREFEITURA MUNICIPAL DE GASPAR**

### **PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

**Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares;**

**V - realizar concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV;**

VI - criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade;

VII - criar despesa obrigatória de caráter continuado, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º;

VIII - adotar medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do caput do art. 7º da Constituição Federal;

31. A Lei Complementar proibiu em seu artigo 8º, IV admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as contratações temporárias que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, porém ressaltou a possibilidade de realização de **contratações para reposições de vacâncias ou continuação do serviço, vedada a criação de cargos.**

32. Diante do exposto, verifica-se que somente é possível a contratação através de dispensa de licitação com base no art. 24, XIII, da Lei 8.666/93, **ressaltando na impossibilidade de realização de concurso público, exceto para reposição de vacância, conforme disposição do inciso IV do art. 8 da Lei Complementar 173.**

33. Salvo melhor juízo, é o parecer.

Gaspar, 06 de outubro de 2020.

  
**CARLOS HENRIQUE THEISS**

Consultor Jurídico

OAB/SC 47.536

Matrícula 16.226