

## CONTRATAÇÃO POR DISPENSA DE LICITAÇÃO DE SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Por *Julietta Mendes Lopes Vareschini*

Sócia Fundadora do Grupo JML Consultoria & Eventos. Mestre em Direito. Especialista em Direito Ambiental e Gestão Ambiental. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Advogada e Consultora na área do Direito Administrativo, com ênfase em Licitações e Contratos Administrativos. Coordenadora técnica da JML Consultoria. Professora do Curso de Especialização em Licitações e Contratos da UNIBRASIL. Palestrante na área de Licitações e Contratos perante entidades da Administração Pública e Sistema S, com atuação em todo território nacional. Autora da obra *Licitações e Contratos no Sistema S*. 7. ed. Curitiba: JML, 2017 e da obra *Discrecionalidade Administrativa: uma releitura a partir da constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

O presente ensaio visa analisar a possibilidade de a Administração Pública contratar Serviço Social Autônomo, integrante do Sistema “S” com fundamento no art. 24, VIII ou XIII da Lei 8.666, o que exige, então, para o escoamento deslinde da questão, analisar quais são os pressupostos para a correta utilização dessas duas hipóteses de dispensa de licitação.

Sempre válido consignar que, a rigor, a Administração Pública previamente às suas contratações deve promover regular procedimento licitatório, conforme preceitua o art. 2º, “*caput*”, da Lei nº 8.666/93<sup>1</sup>, pois, como bem salienta o Tribunal de Contas da União, a licitação, além de decorrer de dever imposto pela Constituição Federal<sup>2</sup>, destina-se também a assegurar princípios de grande relevância, como o da isonomia, o da impessoalidade e o da eficiência:

“[VOTO]

12. A obrigação de licitar não é mera formalidade burocrática, decorrente apenas de preceitos legais. Ela se funda em dois princípios maiores: os da **isonomia e da impessoalidade**, que asseguram a todos os que desejam contratar com a administração a possibilidade de competir com outros interessados em fazê-lo, e da **eficiência**, que exige a busca da proposta mais vantajosa para a administração.

13. Assim, ao contrário do afirmado nas justificativas apresentadas, a licitação, além de ser exigência legal, quando bem conduzida, visa - e permite - a obtenção de ganhos para a administração. E quando a possibilidade de prejuízos existe, a própria lei, novamente com base no princípio da eficiência, prevê os casos em que o certame licitatório pode ser dispensado.”<sup>3</sup> (grifou-se)

No entanto, em determinadas situações o próprio ordenamento admite que a licitação seja afastada. São os casos de contratações diretas, por dispensa e inexigibilidade. Mas por constituírem-se exceção à regra, devem ser interpretadas de modo restritivo, sendo utilizadas apenas se o caso concreto se amoldar exatamente em uma das hipóteses previstas no art. 24 da Lei 8.666 (que arrola de forma taxativa os casos de dispensa de licitação) ou se restar comprovada a inviabilidade fática de se instaurar a licitação (pressuposto necessário da inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25 da Lei, de forma exemplificativa).

Pois bem. O art. 24, VIII, da Lei 8.666 prevê que a licitação será dispensável “para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, **de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.**” (grifou-se)

Assim, para a adoção desta hipótese, é imprescindível a comprovação de que:

- a) a contratante seja pessoa jurídica de direito público interno;
- b) o órgão ou **entidade a ser contratado** para o fornecimento de bens ou para a prestação de serviços **integre a Administração Pública** e tenha sido criado para atender **exclusivamente** esse fim específico em data anterior à vigência da Lei nº 8.666/93; e
- c) o preço seja compatível com o mercado.

<sup>1</sup> “Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. (...)”

<sup>2</sup> “Art. 37 (...) XXI - ressalvados os casos especificados 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”.

<sup>3</sup> TCU. Acórdão 34/2011. Plenário.

Para que seja crível aferir se o caso concreto se enquadra nesse dispositivo legal, cumpre analisar a natureza jurídica dos Serviços Sociais Autônomos, colacionando-se, para tanto, a orientação de Hely Lopes Meirelles:

“Todos aqueles instituídos por Lei, com personalidade de **Direito Privado**, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, **sem fins lucrativos**, mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais.

São **entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público**, com administração e patrimônios próprios (...). Embora oficializadas pelo Estado, **não integram a Administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado**, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por serem considerados de interesse específico de determinados beneficiários.”<sup>4</sup> (grifou-se)

Como se pode observar do conceito doutrinário supracitado, os Serviços Sociais Autônomos são instituídos por Lei, possuem personalidade de direito privado e não têm fins lucrativos. Atuam ao lado do Estado, mediante o desempenho de atividades não lucrativas, **não integrando a Administração direta** (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), **tampouco a Indireta** (Autarquias, Fundações Públicas, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas).

Inferre-se, portanto, que referidas entidades não se confundem com o Estado, tampouco integram a estrutura deste, atuando em cooperação com o Poder Público para o desempenho de atividades de relevante interesse público.

Não se pode olvidar que tais entidades desempenham atividades de grande relevância à sociedade, atuando em áreas como educação, cultura, aprendizagem industrial, comercial e rural, cooperativismo, no fomento às microempresas e empresas de pequeno porte, entre outras, contribuindo de forma salutar para o desenvolvimento de vários setores e para a concretização, inclusive, de direitos fundamentais sociais.

Conforme destacado pela extinta Controladoria Geral da União<sup>5</sup>:

“essas entidades, embora oficializadas pelo Estado, **não integram a Administração direta nem a indireta**, mas trabalham ao lado do Estado, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, consideradas de interesse público de determinados beneficiados. Recebem, por isso, oficialização do Poder Público e autorização legal para arrecadarem e utilizarem, na sua manutenção, as contribuições parafiscais”.<sup>6</sup> (grifou-se)

No mesmo sentido é a posição do TCU:

7. Em que pese o posicionamento anteriormente adotado por este Tribunal nos autos, e mesmo considerando que os embargos de declaração se prestam a dirimir falhas de obscuridade, omissão ou contradição verificadas na decisão proferida, registro que o TCU tem o entendimento pacificado de que as entidades do Sistema ‘S’, entre elas o Serviço Social do Comércio (Sesc), não estão obrigadas a seguir rigorosamente os termos da Lei nº 8.666/1993 e não são alcançadas pelo comando contido no art. 4º do Decreto nº 5.450/2005, que impõe a utilização da modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União. **Tais entidades, que não integram a Administração direta e nem a indireta**, estão obrigadas ao cumprimento de seus Regulamentos próprios, os quais devem estar pautados nos princípios gerais do processo licitatório e consentâneos ao contido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (TCU. Acórdãos nºs 1.188/2009, 1.029/2011, 1.695/2011, 2.965/2011 e 526/2013 – Todos do Plenário).<sup>7</sup>

Nessa esteira também é a orientação do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS VINCULADOS A ENTIDADES SINDICAIS. SISTEMA “S”. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA. RECRUTAMENTO DE PESSOAL. REGIME JURÍDICO DEFINIDO NA LEGISLAÇÃO INSTITUIDORA. SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE.

<sup>4</sup> MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 346.

<sup>5</sup> Atualmente integrante do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União.

<sup>6</sup> CGU. *Coletânea de Entendimentos da SFC/CGU Sobre os Principais Temas de Gestão do Sistema “S”*. Brasília: CGU, 2004. p. 6. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/auditoria-e-fiscalizacao/arquivos/sistemas.pdf>>.

<sup>7</sup> TCU. Acórdão nº 1.392/2013 – Plenário.

NÃO SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, DA CF).

1. Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema “S”, vinculados a entidades patronais de grau superior e patrocinados basicamente por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, ostentam natureza de pessoa jurídica de direito privado e **não integram a Administração Pública**, embora colaborem com ela na execução de atividades de relevante significado social. Tanto a Constituição Federal de 1988, como a correspondente legislação de regência (como a Lei 8.706/93, que criou o Serviço Social do Trabalho – SEST) asseguram autonomia administrativa a essas entidades, sujeitas, formalmente, apenas ao controle finalístico, pelo Tribunal de Contas, da aplicação dos recursos recebidos. Presentes essas características, não estão submetidas à exigência de concurso público para a contratação de pessoal, nos moldes do art. 37, II, da Constituição Federal. Precedente: ADI 1864, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 2/5/2008. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento”.<sup>8</sup> (grifou-se)

Portanto, consoante pacífica posição doutrinária e jurisprudencial, os Serviços Sociais Autônomos não integram a Administração Pública, razão pela qual não se vislumbra a contratação dessas entidades com fulcro no art. 24, inciso VIII, da Lei nº. 8.666/93.

Ainda, analisando as normas que criaram os Serviços Sociais Autônomos, é possível extrair que eles não foram instituídos com o escopo de atender à Administração Pública, outra exigência necessária ao enquadramento nesta hipótese de dispensa de licitação.

O art. 24, inciso XIII, da Lei nº. 8.666/93, por seu turno, prescreve:

“Art. 24 (...)

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;”

Da análise do texto legal reproduzido depreende-se que os requisitos exigidos para a configuração dessa hipótese são os seguintes:

- a) que a contratada seja uma instituição brasileira sem finalidade lucrativa e detenha, na sua área de atuação, inquestionável reputação ético-profissional;
- b) que a instituição possua como finalidade precípua a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional, ou, ainda, que seja dedicada à recuperação social do preso; e
- c) que o objeto da contratação esteja voltado a uma dessas atividades.

O primeiro requisito não apresenta maiores problemas, podendo ser comprovado em face da notoriedade da contratada no campo de sua atuação e à vista do teor de seu ato constitutivo. Não restam dúvidas de que os Serviços Sociais Autônomos gozam de inquestionável reputação ético-profissional e, nos termos da legislação que os criaram, não possuem finalidade lucrativa.

O ato constitutivo ou norma de criação da contratada pode, também, comprovar o segundo requisito apontado, posto que dentre as atribuições da contratada necessariamente deve constar atividade relacionada a um dos objetos indicados no referido preceito, isto é, à pesquisa, ao ensino, ao desenvolvimento institucional ou à recuperação social do preso.

Já o terceiro requisito, que decorre de uma interpretação lógico-sistemática e não da literalidade do dispositivo, exige a pertinência entre a finalidade da instituição e o objeto do contrato.

Fartas e de longa data as decisões do Tribunal de Contas da União a respeito, como se vê:

“A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, **somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos efetivos entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.**”<sup>9</sup> (grifou-se)

“3. A mera intermediação para a realização de outras contratações ou para a administração financeira de

<sup>8</sup> Recurso Extraordinário nº. 789.874/DF, Min. Rel. Teori Zavascki, Plenário, Supremo Tribunal Federal.

<sup>9</sup> Súmula TCU 250.

recursos não se coaduna com as atividades mencionadas no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993. **O núcleo do objeto de contrato celebrado sob a égide da Lei 8.958/1994 é, nos termos da lei, “os projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação”, e não o apoio, que inclui a gestão administrativa e financeira, prestado a esses projetos.**

Ao apreciar relatório de auditoria realizada na Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen), o Pleno do TCU, por intermédio do [Acórdão 1134/2017](#), assinou prazo para que a entidade anulasse o Contrato 18/2012, celebrado com a Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa (Fundep) por dispensa de licitação e tendo por objeto a “prestação de serviços de gestão técnico-administrativa e financeira para a realização do Projeto Radiofarmácia”, o qual compreendia a “execução das obras de ampliação de instalações e acréscimo de área da infraestrutura laboratorial para pesquisa e produção de radiofármacos e radiofarmácia associada, bem como a aquisição, importação, desembaraço aduaneiro, transporte, entrega e instalação dos equipamentos na área a ser construída”. Para o TCU, restou caracterizada a “subcontratação integral das obras que compreendem o Projeto Radiofarmácia, núcleo do objeto do Contrato 18/2012, o que seria vedado pelo art. 1º, § 4º, da Lei 8.958/1994”. A entidade opôs embargos de declaração contra o aludido acórdão, apontando contradição sob o fundamento de que “apesar de ter manifestado o entendimento de que a atuação da Fundep corresponde à exceção prevista na lei, sendo o objeto do Contrato 18/2012 o apoio, consistente nos serviços de gestão técnico-administrativa e financeira, para a realização do projeto, o qual compreende a execução das obras de ampliação e adequação do laboratório de radiofármacos, a decisão convenceu-se, de forma diametralmente oposta e sem a correspondente e necessária fundamentação, de que a contratação da Fundep caracterizou apenas a intermediação para realização do fim pretendido, vindo a concluir que o cerne da contratação da fundação era a execução das obras, a qual seria integralmente subcontratada”. Para a Cnen, ao contrário do que concluiu o TCU, seriam “ações necessárias à viabilização da obra, e não a própria obra, pois é indene de dúvidas que fundação de apoio não pode executar obras, por não ser uma empresa de engenharia. Não podendo ela executar obras, não há falar em subcontratação, pois esta tem como pressuposto uma contratação com o mesmo objeto, delegando-se, total ou parcialmente, o núcleo do contrato”. Em seu voto, o relator não vislumbrou a contradição aventada. Em primeiro lugar, porque a gestão seria apenas o meio para se alcançar o fim pretendido, qual seja, a ampliação e a adequação da unidade fabril de produção de medicamentos do tipo radiofármacos, daí a conclusão de que o cerne da contratação da Fundep era, de fato, a execução das obras. Em segundo lugar, porque o núcleo do objeto de contrato celebrado sob a égide da Lei 8.958/1994 é “em regra os projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação”, de acordo com o previsto na lei, e não o apoio, que inclui a gestão administrativa e financeira, prestado a esses projetos. E arrematou: “Não me parece coerente depreender, como pretende a embargante, que o núcleo do objeto contratado é o conjunto de ações relacionadas à gestão administrativa e financeira do projeto que viabilizem a execução da obra e a aquisição de equipamentos. Entender dessa forma permitiria que todos os projetos fossem realizados por meio da subcontratação de um contrato de prestação de serviços de gestão celebrado, de forma direta, com uma fundação, o que não faz sentido. Aliás, representaria admitir a mera intermediação para a realização de outras contratações ou a administração financeira de recursos, o que este Tribunal reprovava, uma vez que esses objetos não se coadunam com as atividades mencionadas no inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93”. Ao final, ressaltando que “a contratação direta para realização de obras laboratoriais é permitida se fizer parte de um projeto maior, não sendo a obra, por si só, o projeto”, o relator propôs e o Plenário decidiu rejeitar os embargos de declaração.

**[Acórdão 1677/2017 Plenário](#), Embargos de Declaração, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman”.**<sup>10</sup>

“A jurisprudência desta Corte já afirmou que, para a contratação direta com base na norma supra, não basta que a entidade contratada preencha os requisitos estatutários exigidos pelo dispositivo legal, é necessário, também, que **o objeto a ser contratado guarde estreita correlação com as atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional.**”<sup>11</sup> (grifou-se)

“13. Este Tribunal possui jurisprudência consolidada de que os requisitos para a contratação direta com base no referido dispositivo não se restringem a ser a instituição brasileira; sem fins lucrativos; detentora de inquestionável reputação ético-profissional; incumbida, regimental ou estatutariamente, da pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional ou, ainda, dedicada à recuperação social do preso. A fim de compatibilizar a norma com o ordenamento jurídico vigente, em que prepondera, no âmbito da Administração Pública, o princípio maior da licitação, impõe-se uma interpretação rigorosa do permissivo legal, de modo a exigir que a entidade contratada possua objetivos condizentes com o objeto da contratação. Tal entendimento, cujos precedentes remontam ao ano de 1997, por sua relevância, consta da Súmula 250 do TCU, vazada nos seguintes termos:

<sup>10</sup> Informativo de Licitações e Contratos no TCU nº. 328/2017.

<sup>11</sup> TCU - Acórdão 1.616/2003 - Plenário.

“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 nexos efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.”

**14. O nexos efetivo entre o objeto almejado pela administração e as finalidades precípua da entidade deve ser devidamente evidenciado previamente à contratação para que se cumpra outro dispositivo da Lei 8.666/1993, qual seja, a necessidade de se demonstrar as razões da escolha do prestador de serviços nos casos de dispensa de licitação (art. 26, II).<sup>12</sup> (grifou-se).**

“8.2. Com relação à necessidade de que o objeto contratado relacione-se com as finalidades da instituição, e que esta última comprove sua competência para realizar diretamente o serviço, mediante a utilização de pessoal qualificado, destaca trecho do Voto condutor que teria sido proferido pelo então Ministro MARCOS VILAÇA ao prolar a Decisão 187/97 – sem mencionar o Colegiado, e da Decisão 219/2000 – 2ª Câmara, de relatoria do Ministro ADYLLSON MOTTA:

‘Em princípio, vale dizer que os requisitos para a contratação com base no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, não se restringe a ser a instituição brasileira; sem fins lucrativos; detentora de inquestionável reputação ético-profissional; incumbida regimental ou estatutariamente, da pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional ou, ainda, dedicada à recuperação do preso. A fim de compatibilizar a norma com o ordenamento jurídico maior da licitação – batizada por princípios outros como a impessoalidade, da moralidade – impõe uma interpretação rigorosa do dispositivo legal citado, de modo a exigir que a entidade contratada tenha objetivos condizentes com o objetivo da contratação e a estrutura que comporte o cumprimento pessoal dos compromissos assumidos.’ (Decisão 187/97)

‘A dispensa de licitação nele fundamentada deveria restringir-se, in casu, às ações de pesquisa, de ensino e desenvolvimento institucional, não se estendendo à execução indireta de serviços de atendimento ao público, de baixa complexidade, passíveis inclusive, segundo os pareceres da Autarquia, de terceirização. A cláusula décima do termo avençado dispõe que a contratada deveria alocar direta ou indiretamente pessoal para os serviços de recepção e atendimento, sendo que parte dos contratados precisaria possuir como requisito de qualificação profissional, apenas o segundo grau e noções de informática; o que denota um nível simples de complexidade exigido nas funções que viriam a desempenhar.

Nesse sentido, o Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes registra, quanto à aplicabilidade da norma em destaque, a necessidade de buscar-se ‘uma correlação entre as instituições e o objeto do futuro contrato, embora a lei expressamente não o exija’ (in *Contratação direta sem licitação*, Brasília - Jurídica, 1ª edição, p. 225). Especificadamente quanto aos três ramos de atividade previstos no dispositivo em comento pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional, o objeto contratado prende-se a este último, o qual merece análise quanto à sua aplicabilidade à contratação de pessoal para execução de serviços terceirizados. Neste mister, compreendendo que, apesar de o Programa de Melhoria de Atendimento na Previdência Social estar inserido num contexto de desenvolvimento institucional do INSS, com vistas à melhoria da eficiência e da qualidade do atendimento aos usuários, essa concepção alcançaria o aperfeiçoamento dos sistemas e métodos adotados no atendimento ao público, mas não a contratação de pessoal para executar diretamente as atividades enfocadas. Resumindo: não é razoável contratar uma respeitável instituição de consultoria em perfil em que se enquadra no presente caso, a FUB para a execução de tarefas rotineiras do contratante.’ (Decisão 219/2000)

8.3. Salienta que quando se menciona a palavra estrutura, significa dizer que a instituição enquadrada no art. 24, XIII, da Lei 8.666/93 deverá de plano comprovar sua competência para realizar diretamente o serviço contratado, eis que qualquer tipo de subcontratação envolvendo os serviços de responsabilidade direta da Fundação revela-se expressamente proibida, porquanto a norma criada com o escopo de prestigiar e estimular entes dessa natureza seriam utilizados para burlar o quase sempre indispensável procedimento licitatório. Nesse sentido, cita o processo nº 012.425/1999, relativo a Representação formulada por equipe de auditoria em razão de contratação direta de fundação mediante dispensa de licitação, para elaboração de projetos de informatização da empresa, pela Companhia Docas do Espírito Santo, ocasião em que se verificou a subcontratação irregular do objeto ajustado. Ao apreciar o mencionado processo, em Sessão Plenária de 30/01/2002, o Relator dos autos, Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES, assim se manifestou:

Assim sendo, é lícito concluir que, em tais casos, são razões relacionadas às características próprias da pessoa do contratado que fundamentam a escolha da administração. Em tais hipóteses, portanto, não pode ser admitida a subcontratação, posto que, ela nega o pressuposto básico da contratação direta, que é a característica do contratado, de atender diretamente, ele próprio, aos requisitos fixados na lei. A subcontratação, em casos de contratação direta, configura burla ao dever de licitar. Para dispensar a licitação, em hipótese como dos autos,

<sup>12</sup> TCU - Acórdão 3.125/2011 - Plenário.

exige-se que a instituição contratada atue efetivamente como prestadora direta dos serviços, e não como mera agenciadora, como ocorreu com o caso em análise.

São pertinentes, para ilustrar o tema, as considerações traçadas a este respeito, por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao comentar a hipótese prevista no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93: ‘Importante salientar que tais requisitos são verdadeiramente intuitu personae, obrigando o contratado à execução direta do serviço, posto que esteja subjacente um objetivo maior que é prestigiar a finalidade da instituição por meio do trabalho desse. Se a subcontratação é, em regra vedada, nesse caso com muito mais razão há de sê-lo’. (Acórdão nº 14/2002 – Plenário)

8.4. O responsável faz referência ao parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/93, para salientar que a dispensa de licitação calcada no art. 24, XIII, da mesma lei, pressupõe que o preço a ser cotado seja razoável, porquanto segundo destaca Jessé Torres Pereira ‘a escolha do menor preço deve presidir a escolha do adjudicatário direto como regra geral’. Logo, nas situações em que essa regra geral não prevalecer como acontece, por exemplo, nas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, deverá o Administrador Público justificar os pressupostos de fato e de direito que o levaram a assim agir. Aduz a julgados em que o Tribunal se pronunciou nesse sentido (Decisões 035/96 e 346/99).

...

9.1. As contratações diretas fundamentadas no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93 já foram objeto de inúmeras considerações pelo Plenário desta Casa. O entendimento reiterado é de que a contratação, com dispensa de licitação, de instituição sem fins lucrativos, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93, 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 razoabilidade do preço cotado (Decisões Plenárias 881/97; 830/98; 346/99; 30/2000; 150/2000; 1.067/2001; 1.101/2002 e Acórdãos Plenários 427/2002; 1.549/2003; 839/2004; 1.066/2004 e 1.934/2004).

...

9.10. Embora o IPPES atendesse aos requisitos formais previstos em lei, consoante registrado anteriormente, para ser cabível a utilização da dispensa de licitação, com fulcro no inciso XIII, do art. 24, da Lei nº 8.666/93, além da comprovação do nexo entre o citado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto a ser contratado, haveria que ser comprovada a razoabilidade do preço contratado, conforme entendimento do Tribunal esposado na Decisão 346/1999.”<sup>13</sup> (grifou-se).

Nesse sentido a lição de Marçal Justen Filho:

“As considerações acima efetuadas conduzem à necessidade de um vínculo de pertinência absoluta entre a função da instituição e o objeto da avença com a Administração. Isso equivale a afirmar que somente podem ser abrangidas no permissivo do inc. XIII contratações cujo objeto se enquadre no conceito de *pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou recuperação social de presos*.”<sup>14</sup>

Nota-se, ademais, que, como não poderia deixar de ser, as decisões mais recentes da Corte de Contas da União ressaltam, ainda, a necessidade do preço praticado ser coerente com os vigentes no mercado e a importância de o objeto das contratações formalizadas com arrimo no inciso XIII do art. 24 da Lei de Licitações ser executado diretamente pela contratada, condições estas que devem, juntamente com as demais, ser previamente demonstradas.

Por tanto, para a configuração da hipótese invocada, é preciso que tanto a finalidade da contratada como o objeto da contratação digam respeito a uma das atividades indicadas no multicitado inciso XIII - pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional, recuperação social do preso -, devendo a contratada, aliás, reunir condições de executá-lo em sua integralidade por preço justo e vantajoso, devidamente justificado à luz dos praticados no mercado.

E, por derradeiro, é indispensável que o objeto da contratação seja condizente com a atividade finalística do Serviço Social Autônomo, porquanto o TCU tem apontado irregularidade na prestação de serviços pelos integrantes do Sistema “S” quando o objeto é estranho às suas atividades finalísticas, consoante se extrai dos seguintes julgados:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões

<sup>13</sup>TCU - Acórdão nº 898/2012 - Plenário.

<sup>14</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016, p. 518.

expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 237, inciso VII, e 276, § 2º, do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente, ante a ausência de tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas regulado pela Lei Complementar nº 123/2006;

9.2. determinar à Petrobras que:

9.2.2. observe nas suas licitações o disposto no subitem 9.3 do Acórdão nº 2917/2011-TCU-Plenário, no sentido de ser inadequada a contratação de entidade do Sistema “S” para o desempenho de atividade empresarial fora das suas finalidades institucionais”.<sup>15</sup>

**A participação do Sesi em licitação pública para a prestação de serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais a servidores de empresa pública não se coaduna com a finalidade institucional daquele serviço social autônomo**

Representação formulada por empresa, com fulcro no § 1º do art. 113 da Lei 8.666/93, deu conta de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico nº 100000023/2010-DR/SC, conduzido pela Diretoria Regional de Santa Catarina da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos -ECT/DR/SC, que teve por objeto a contratação de empresa para a prestação de serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais nas localidades de Chapecó, Lages e Tubarão, com cessão de mão de obra, por meio do sistema de registro de preços. Argumentou a representante fundamentalmente que o ente paraestatal não é prestador de serviços médicos nem odontológicos e que possui imunidade tributária, o que o impediria de explorar atividade econômica, concorrendo com as empresas privadas e desvirtuando suas atividades institucionais. A unidade técnica, após examinar os esclarecimentos da ECT – DR/SC e do SESI/DR/SC concluiu que a participação do SESI se deu com desvio de suas finalidades, haja vista, precipuamente, a natureza comercial do objeto pretendido pela ECT. Propôs, por isso, a suspensão, em caráter cautelar, da contratação decorrente do referido certame, até que o Tribunal decida sobre o mérito das questões suscitadas. O Ministério Público/TCU, por seu turno, sugere que a representação seja considerada improcedente, pois, no seu entender, não há óbices legais para a participação do SESI no certame em comento. O relator do feito, Min. José Jorge, na mesma linha de entendimento da unidade técnica, ressaltou a falta de consonância entre o objeto da licitação e a finalidade do SESI. Com o intuito de demonstrar sua conclusão, transcreveu o comando contido no art. 4º do Decreto 57.375/65, segundo o qual: “*Constitui finalidade geral do SESI: auxiliar o trabalhador da indústria e atividades assemelhadas e resolver os seus problemas básicos de existência (saúde, alimentação, habitação, instrução, trabalho, economia, recreação, convivência social, consciência sócio-política)*”. Reproduziu, também, argumentação contida na instrução técnica, no sentido de que a prestação assistencial de serviços de saúde faz parte das finalidades do Sesi, mas não sua exploração comercial. E também de que não seria válido o argumento de que o Sesi pode desenvolver quaisquer ações que visem à melhoria geral do padrão de vida do país, sob pena de se chegar à conclusão de que “*o Sesi pode tudo: abrir revendas (ou mesmo fábricas) de automóveis, boates, agências de turismo, transportadoras, autódromos etc, tudo destinado ao bemestar dos trabalhadores na indústria ...*”. Incorporou ao seu Voto, ainda, trechos da instrução técnica: “*Não foram apresentadas alegações de defesa para o fato de o objeto da licitação conter serviços em favor da ECT, mas contra os interesses dos trabalhadores. Ou seja, se o Sesi for contratado irá, em algumas situações, prejudicar os interesses dos trabalhadores da ECT. Quando o Sesi, na execução do contrato, realizar ou solicitar exames admissionais, atestar que um trabalhador está apto para voltar ao trabalho, auditar despesas médicas dos empregados etc, não fará isso buscando o bem-estar do trabalhador, mas sim atendendo aos interesses do empregador, da mesma forma que um perito das empresas seguradoras.*” E mais: “*... no caso presente, a contratação tem por finalidade suprir uma necessidade emanada pela entidade patronal, no caso a ECT, e não a de seus trabalhadores propriamente ditos*”. Por essas razões, considerou pertinente expedir determinação ao Departamento Nacional do Sesi para que oriente suas unidades no sentido de se absterem de participar de licitações públicas cujo objeto não esteja compreendido em suas finalidades institucionais. Tendo em vista, porém, que a ECT firmou contrato com o Sesi para vigor até 1º/3/2012 e que a “*sua rescisão pode acarretar mais transtornos que benefícios*”, considerou conveniente efetuar determinação à ECT no sentido de que o referido contrato não seja prorrogado. **Acórdão n.º 2917/2011-Plenário, TC-020.832/2010-9, rel. Min. José Jorge, 9.11.2011.**

Em face do exposto, é possível concluir que a contratação de entidade do Sistema “S”, com fundamento no art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/93, está afastada, podendo, porém, a situação se enquadrar no inciso XIII, desde que atendidos os seguintes requisitos: que a instituição possua como finalidade precípua a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional; que o objeto da contratação esteja voltado a uma dessas atividades; que o serviço seja inerente à atividade finalística do contratado e que o preço seja compatível ao de mercado.<sup>16</sup>

<sup>15</sup>Acórdão nº 2439/2016, do Plenário do TCU. No mesmo sentido vide o Acórdão nº 1286/2015, do Plenário do TCU.

<sup>16</sup> Já que o requisito pertinente ao enquadramento como instituição sem fins lucrativos, de inquestionável reputação ético-profissional já está atendida em abstrato, por qualquer entidade do Sistema “S”.