MUNICÍPIO DE RIO DOS CEDROS
PROCURADORIA GERAL
ASSESSORIA JURÍDICA
PROCESSO ADMINSTRATIVO DE CONTRATAÇÃO DIRETA MEDIANTE DISPENSA DE LICITAÇÃO
OBJETO: CONTRATAÇÃO SESI
PROCESSOLICITATÓRIO Nº 082/2022

PARECER

Trata-se de requerimento formulado pela Secretária Municipal de Educação, Srª Joanita Odorizzi Grande, solicitando a contratação direta do inscrito no CNPJ sob nº 03.777.341/0312-07, com sede na Rua Duque de Caxias, nº 830, Edifício Centro Empresarial Timbó, 2º andar, Centro, em Timbó, Santa Catarina, CEP 89120-000.

Acostou documentos evidenciando os serviços que serão contratados, e também que dão conta da possibilidade de realização da contratação direta.

É o relatório.

Passo à analise do feito.

PARECER JURÍDICO
FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

A atividade de exame e aprovação de minutas de editais e contratos pelos Órgãos Consultivos é prévia, consoante art.38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Dessa maneira, não há determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas pela unidade jurídico-consultiva nos termos do que inclusive recomenda a orientação de Boa Prática Consultiva- BPC nº 05.

Além do mais, na eventualidade de o administrador não atender as orientações do Órgão Consultivo, passa a assumir, inteiramente, a responsabilidade por sua conduta. Ressalte-se que o exame aqui empreendido se restringe aos aspectos jurídicos do procedimento, excluídos, portanto, aqueles de natureza eminentemente técnica, o que inclui o detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e especificações.

Com relação a esses dados, parte-se da premissa de que a autoridade competente se municiará dos conhecimentos técnicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, conforme orientação constante da Boa Prática Consultiva – BPC n° 7, que assim dispõe:

> *A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter*

discricionário de seu acatamento. (Manual de Boas Práticas Consultivas aprovado pela Portaria Conjunta nº 01, de 2 de dezembro de 2016)

Feita a ressalva, passamos à análise estritamente jurídica da presente consulta.

FUNDAMENTO

É redação do art.24, XIII da lei de licitações e contratos administrativos:

"Art. 24. É dispensável a licitação:
(...)
XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)"

Marçal Justen Filho em sua obra COMENTARIOS A LEI DE LICITAÇOES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (2014) sobre o dispositivo acima transcrito, leciona que:

"18.4) O "fim" da instituição
O fim buscado pela instituição deverá abranger pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou a recuperação social do preso. A fação do objeto deve ser estabelecida de modo formal, no instrumento que discipline seu funcionamento. Daí a referência à determinação dos fins por via regimental ou estatutária.
Os fins buscados pela instituição, que permitem sua contratação direta, estão referidos genericamente no dispositivo legal, que deverá ser interpretado de modo amplo, o que não elimina uma delimitação segundo a concepção adotada e prevalente no momento em que ocorrer a contratação. A quase totalidade dos vocábulos possui núcleos semânticos inquestionáveis. No entanto, há diversos problemas verificados em face de casos concretos.
[...]
78.6) A atividade educacional
Em termos amplos, educação consiste numa atividade de desenvolvimento dos potenciais de um ser humano, envolvendo a transmissão do conhecimento dominante numa sociedade e o treinamento de habilidades físicas e mentais. A atividade educacional pode ser promovida em termos gerais, tal como se passa com o ensino fundamental. Mas também pode envolver finalidades específicas e determinadas, como ocorre no ensino dito profissionalizante.

O dispositivo em questão deve ser interpretado em acepção ampla, de modo a compreender qualquer atividade enquadrada no conceito de educação. Mas daí não se segue uma legitimação de contratações públicas envolvendo atividade educacional. É evidente que a Administração não poderá invocar o dispositivo em questão para substituir os mecanismos institucionalizados para as atividades educacionais. Assim, existem cargos públicos de magistério que devem ser providos mediante concurso público. Em situações especiais, poderá haver a contratação temporária prevista no art. 37, IX, da CF/1 988, a qual se sujeitará ao regime apropriado previsto na lei que a autorizar.

[...]

18.9) A reputação inquestionável

A exigência de "inquestionável reputação ético-profissional" tem de ser enfocada com cautela. Deve ser indiscutível a capacitação para o desempenho da atividade objetivada.

Exigem-se as virtudes éticas relacionadas direta e necessariamente com o perfeito cumprimento do contrato. Disputas ou questionamentos sobre outros temas são secundários e não se admite um policiamento ideológico ou político sobre o contratado. Não é possível impugnar a contratação pelo simples fundamento da discordância com a ideologia adotada pelos sujeitos envolvidos na instituição.

18. 10) A ausência de fins lucrativos

Há a questão da ausência de fins lucrativos. Essa fórmula tem sido aplicada em inúmeros casos, no direito positivo brasileiro. Aliás, a própria Constituição Federal albergou essa concepção, no corpo do art. 150, VI, c, ao consagrar a imunidade tributária de entidades específicas. Tem-se disputado longamente acerca da interpretação que o dispositivo comporta. É útil aproveitar a experiência trazida do Direito Tributário acerca do tema. Nessa linha, a regra não exclui do benefício entidades que venham a apresentar circunstancialmente lucro. Ou seja, a questão não reside em obter lucro ou prejuízo, no plano dos fatos. Não se exige que somente sejam contratadas entidades deficitárias. O que se exclui é a contratação de entidades que, modeladas pelos princípios da iniciativa privada, sejam vocacionadas essencialmente para o lucro. Reitere-se que não estão excluídas as entidades administradas racionalmente e que buscam evitar desperdícios ou prejuízos.

Também não estão excluídas entidades que buscam lucro eventual e acessoriamente, como instrumento de melhor realização de seus fins sociais. É essencial que a entidade não distribua lucros a seus associados nem lhes transfira benefícios a qualquer título.

18. 1 1) O vínculo de pertinência entre o fim da instituição e o objeto do contrato

Um aspecto fundamental reside em que o inc. XIII não representa uma válvula de escape para a realização de qualquer contratação, sem necessidade de licitação. Seria um despropósito imaginar que a qualidade

subjetiva do particular a ser contratado (instituição) seria suficiente para dispensar a licitação para qualquer contratação buscada pela Administração. Ou seja, somente se configuram os pressupostos do dispositivo quando o objeto da contratação inserir-se no âmbito de atividade inerente e próprio da instituição. Sob um certo ângulo, a execução de uma atividade por uma determinada instituição corresponde e equivale à atuação do próprio Estado. Por isso, o Estado transfere a execução da atividade para as instituições, por meio de vínculo jurídico cuja natureza é muito mais próxima de um convênio. Justifica-se a contratação precisamente pela ausência de fim lucrativo da instituição e da sua vocação para o desempenho de funções claramente estatais (ao menos, no sistema pátrio): pesquisa, ensino, desenvolvimento das instituições, recuperação social do preso.
Justamente por isso, não há cabimento de invocar o inc. XIII para produzir a execução de objeto que não é inerente à atividade própria da instituição, no âmbito daquelas funções explicitamente indicadas no texto legislativo. Muito menos cabível é desnaturar o fim da instituição para agregar outros objetivos, de exclusivo interesse da Administração, que são encampados pela entidade privada como forma de captar recursos para sua manutenção."
(p.436/441)

Como se percebe, as questões de afinidade técnica acima mencionadas no escólio doutrinário transcrito devem ser ponderadas pelo órgão requisitante, que deverá atentar a perfeita simetria entre a contratação almejada e a interpretação legal anteriormente transcrita, que vem sendo utilizada pelos nossos Pretórios.

Ademais, *ad argumentandum*, cita-se a súmula n. 250 do TCU que representa o entendimento pacífico daquela Corte de Contas sobre o tema:

SÚMULA Nº 250
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.

Já no que diz respeito ao artigo 25, *caput*, da Lei 8.666/93, este dispõe que:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

O artigo em comento é claro, conforme remansosa doutrina sobre o tema, que trata de situação de inviabilidade de competição traçando em seus incisos situações em *numerus abertus*.

Desta forma, outras serão as situações em que poderá haver contratação direta com base na inviabilidade de competição que não sejam aquelas previstas nos incisos da norma retro transcrita.

Necessário trazer à baila as lições do festejado Marçal Justen Filho (in http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf61.pdf):

> *A Constituição consagrou presunção de que a prévia licitação produz a melhor contratação para o interesse público — entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Sob um certo ângulo, poderia reconhecer-se como absoluta essa presunção imposta constitucionalmente. Mas é problemático assim se configurar a questão, eis que a própria Constituição admitiu limitações, a se fazerem por via da legislação infra-constitucional. Assim, a regra é a obrigatoriedade da licitação e a exceção, a contratação direta (nos casos previstos em lei). A ressalva constitucional adquire, por isso, extremo relevo para fins hermenêuticos.*
> *Se a Constituição impusesse a prévia licitação como regra absoluta e não excepcionável, ter-se-ia de reconhecer não uma presunção, mas uma espécie de ficção jurídica.*
> *[...]*
> *Justamente por isso, a própria Constituição ressalva, no art. 37, inc. XXI, a possibilidade de contratação sem prévia licitação, nas hipóteses disciplinadas pela legislação.*
> *[...]"*

A Requisição, Justificativa e documentos anexos, enumeram as características técnicas dos serviços a serem contratados, fazendo ponderação sob o valor de mercado, e solicita a contratação direta nos seguintes termos:

> *Justificam-se a escolha do fornecedor abaixo em razão da existência de direitos autorais bem como na capacidade técnica, sendo que os preços apresentados encontram-se dentro da realidade de mercado:*
>
> *PRESTADOR DOS SERVIÇOS:*
>
> ***SERVICO SOCIAL DA INDUSTRIA– SESI**, inscrito no CNPJ sob nº 03.777.341/0312-07, com sede na Rua Duque de Caxias, nº 830, Edifício Centro Empresarial Timbó, 2º andar, Centro, em Timbó, Santa Catarina, CEP 89120-000, representado por sua Gerente Executiva, a Sra. SILVIA ANDREIA ZANELATO DE PIERI OLIVEIRA, brasileira, inscrita no CPF sob nº 892.391.059-72, portadora da cédula de identidade nº 2707533, com endereço profissional junto à pessoa jurídica representada*

Item	Quantidade	Unidade	Produto	Valor Unitário	Valor Total
1	44	Número de atendidos	Programa "*Nova EJA - Ensino Médio - Noturno*" (conforme anexo)	R$3.540,85	**R$ 155.797,40**
1	25	Número de atendidos	Programa "*Nova EJA – Ensino Fundamental*" (conforme anexo)	R$3.540,85	**R$ 88.521,25**

TOTAL: R$ 244.318,65 (duzentos e quarenta e quatro mil, trezentos e dezoito reais e sessenta e cinco centavos)

O objeto da presente contratação será prestado com o seguinte detalhamento:

OBJETO DA CONTRATAÇÃO
Tem como objeto a prestação dos produtos/serviços detalhados no item detalhamento do produto/serviço.
O atendimento começará em até 30 (trinta) dias após o início da vigência do contrato.

DETALHAMENTO DO PRODUTO/SERVIÇO
Informações Adicionais/Apêndices: Deslocamento: responsabilidade de cada estudante; Alimentação: A responsabilidade fica a cargo do aluno. Público alvo: colaboradores da indústria e munícipes; Material Didático: fica por responsabilidade da contratada a produção e distribuição de todo material didático necessário aos alunos da EJA (folhas A4 para atividades, fotocópias para atividades de reforço). O Censo é de responsabilidade do município.
Relatório; a contratada deverá disponibilizar periodicamente listas de frequência e relatórios avaliativos dos alunos da EJA. Assim como qualquer outro relatório a respeito do processo/programa pedagógico realizado pela contratada.

Nova EJA - Ensino Médio - Noturno
Nova EJA - Ensino Médio
Carga Horária: 1235
Número de Trabalhadores Atendidos: 44
Local de Realização: Escola Mun. Expedicionário Servino Mengarda.
Nova EJA – Ensino Fundamental – Noturno

Nova EJA - – Ensino Fundamental
Carga horária: 1235
Número de Trabalhadores Atendidos: 25
Local de Realização: Escola Mun. Expedicionário Servino Mengarda.

Além do mais, ao menos uma ocasião um Ministro do Tribunal de Contas da União externou entendimento no sentido de que não há cessão automática dos direitos patrimoniais do autor em proveito da administração pública, o que aponta para a inexigibilidade de contratação no caso vertente que são parte do Programa.

Nessa toada, chamado a se manifestar em consulta formulada pelo Presidente do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE (Processo n. 013.509/2007-8) sobre a previsão contida no artigo 111 da Lei Federal n. 8.666/93, o Ministro Guilherme Palmeira se posicionou no sentido de que essa cessão depende de expressa previsão contratual.

Com efeito, na sobredita consulta sobre a aplicabilidade da legislação que disciplina os direitos autorais a trabalhos produzidos no âmbito da Administração Pública, o aludido Ministro (Relator da consulta) externou entendimento no seguinte sentido:

Atualmente, em decorrência da entrada em vigor da Lei n.º 9.610/1998, o direito de autor passou a pertencer exclusivamente ao criador da obra intelectual, vez que a norma foi omissa quanto às obras feitas sob encomenda. Assim, para preservar o interesse da Administração, que atua como contratante, se faz necessária a expressa transferência desses direitos. Dessarte, ao encomendar uma obra, deverá a entidade ter o cuidado de fazer integrar no instrumento contratual a maneira como se dará a transferência dos direitos patrimoniais do autor, pois, caso contrário, se não houver previsão expressa, os direitos permanecerão sob a titularidade do autor.

(TCU, trecho de voto prolatado pelo Ministro-Relator Guilherme Palmeira, por ocasião do julgamento do Processo n. 013.509/2007-8, Acórdão 883/2008, Data da sessão: 14/05/2008)

Segundo o voto acima apresentado, os direitos patrimoniais do autor apenas são cedidos à Administração Pública se houver previsão contratual expressa nesse sentido.

Dessa maneira, os direitos autorais (patrimoniais) não seriam automaticamente transferidos à Administração Pública em razão da mera contratação de projeto ou serviços técnicos (artigo 111 da Lei 8.666/93).

No caso especifico do direito moral ressalta-se, ainda, que este prescinde de raciocínio sobre o imaterial, o intangível. A título de exemplo, a obra intelectual, que seria uma manifestação do espírito, constituindo-se em um prolongamento da personalidade de seu criador, expresso de forma material. Neste aspecto, tal manifestação

está sob proteção legal, uma vez que o art. 7º da LDA considera obras intelectuais protegidas 'as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro'.

Com base no dispositivo supra, conclui-se que, mesmo existindo o instituto da cessão e previsão legal para a sua utilização, o titular dos direitos patrimoniais não pode utilizar a obra intelectual sem uma nova autorização do seu autor.

Ressalta-se, ainda, que no campo do direito autoral, os direitos morais de autor devem prevalecer aos direitos patrimoniais.

Ademais, o detentor dos direitos patrimoniais não poderia utilizar a obra intelectual sem uma nova autorização de seu autor, conforme disposto nos arts. 26 e 29 da LDA, sob pena de violação dos direitos autorais.

Sendo assim, não haveria margem para que a municipalidade promovesse a contratação de serviços que se pretende contratar.

Consigno ainda a existência de dotações orçamentárias à viabilizar a contratação nos moldes requisitados.

Com base em tais argumentos é que se justifica a contratação requisitada."

Assim, feita a análise orçamentária e técnica, de competência do respectivo órgão administrativo, por intermédio de seu Superior, não cabem maiores dilações sobre o tema, até mesmo porque não é da competência desta Procuradoria exercer tais juízos de valor sobre estas questões, que não lhe são afetas.

Destarte, é o parecer pela viabilidade de contratação direta por dispensa e inexigibilidade (art. 24, XIII e art.25 da Lei 8.666/93) desde que observado o cumprimento dos quesitos de acordo com o contido no corpo do presente parecer jurídico.

Ao Sr. Prefeito para decisão e, sendo esta pela convalidação dos motivos esposados:

P.R.I.A.C.-se.

Rio dos Cedros, 21 de setembro de 2022.

Ricardo Augusto de Oliveira Xavier Araujo
Advogado
OAB/SC 17.721
Portaria 679/08