



TRIBUNAL PLENO – SESSÃO: 11/10/06

RELATOR: CONSELHEIRO SIMÃO PEDRO TOLEDO

CONSULTA Nº 714113

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

CONSELHEIRO SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Trata-se de consulta subscrita pelo Deputado Estadual Antônio Genaro Oliveira, formulada nos seguintes termos, “*verbis*”:

“É lícita a contratação de entidade sem fins lucrativos – cujo objetivo estatutário seja o apoio aos deficientes visuais e a outros portadores de necessidades especiais – para a prestação de serviços ou para o fornecimento de mão-de-obra especializada de profissionais inexistentes nos quadros dos cargos efetivos do Município –, a fim de implementar programas educacionais voltados para os alunos da rede pública municipal, com dificuldade de aprendizagem em razão da deficiência, fulcro no inciso XX do artigo 24 da Lei 8.666/93?”

A Auditoria, representada pelo Dr. Licurgo Mourão, manifestou-se às fls. 05/12.

É o relatório.

Em preliminar, voto pelo conhecimento da consulta, visto que a parte é legítima e a matéria é afeta à competência deste Tribunal, nos termos do inciso X do art. 7º da Resolução TC 10/96 (Regimento Interno).

CONSELHEIRO ELMO BRAZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS ANDRADA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.



CONSELHEIRO LICURGO MOURÃO:

Considero-me impedido de participar da votação por haver atuado como Auditor no processo.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE EDUARDO CARONE COSTA:

APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR, POR UNANIMIDADE. IMPEDIDO O CONSELHEIRO LICURGO MOURÃO.

CONSELHEIRO SIMÃO PEDRO TOLEDO:

No mérito, acolho “in totum” o parecer emitido pela douta Auditoria, a seguir transcrito:

“A questão encontra seu deslinde nos princípios da Administração Pública, na Constituição Federal de 1988 e na interpretação da Lei 8.666/93.

Tendo em vista que o consulente indaga sobre questão relativa ao direito à educação dos portadores de necessidades especiais, inicialmente, cabe ponderar que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família e será promovida e incentivada com colaboração da sociedade, objetivando o pleno desenvolvimento da pessoa, nos termos do art. 205 da Constituição Federal de 1988. É dever do Município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, garantindo, inclusive, atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, conforme prescrito nos art. 208, III, e 211, § 2º, da Constituição Federal vigente.

O art. 24 da Lei 8.666/93 lista as hipóteses em que a licitação é dispensável, dentre as quais transcreve-se aquela alvo da presente Consulta:



Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XX – na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (g.n.)

Carlos Motta¹ relata que o art. 24 é um dos artigos mais consultados e aplicados da Lei de Licitações, pois formula um elenco taxativo de hipóteses em que a licitação é dispensável. Afirmo o referido Mestre que o disposto no inciso XX do art. 24 da Lei 8.666/93 reafirma o princípio contido no art. 37, VIII, situando-se em linha de coerência com o art. 203, IV, da Carta Constitucional.

Para o exame das hipóteses de contratação direta, o Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes citado por Motta² distingue o que é licitação dispensada e dispensável, in verbis:

A principal distinção entre licitação dispensada, tratada no art. 17, e as dispensas de licitação, estabelecidas no art. 24, repousa no sujeito ativo que promove a alienação, figurando no primeiro caso a Administração, no interesse de ceder parte de seu patrimônio, vender bens ou prestar serviços; e, nos casos do art. 24, a situação é oposta, estando a Administração, como regra, na condição de compradora ou tomadora dos serviços.

Outro aspecto distintivo entre licitação dispensada e dispensável é o fato de que, em princípio, na primeira não é necessário observar as formalidades do art. 26 da Lei 8.666/93, significando, com isso, simplificação. Assim, conquanto esse artigo seja bom orientador para salvaguardar o gestor, não é obrigatório seu pontual acatamento, exceto em se tratando de licitação dispensada, regulada pelos §§ 2º e 4º do art. 17. Na dispensa de licitação, ao contrário, com a ressalva dos incisos I e II do art. 24, é sempre obrigatório acatar as formalidades instituídas no art. 26 da Lei de Licitações. (g.n)

Assim, nota-se que a contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, para

¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parcerias público-privadas. 10.ed. rev.atual.e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. op. cit. p.209.
consulta/714113/GL/F/SO/PA/KA-jc



a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra constitui hipótese de dispensa de licitação. As normas mencionadas espelham a função social do Estado, mediante a adoção de critérios diferenciados na ocupação de cargos, empregos públicos e na contratação de associações de pessoas portadoras de deficiência, visando à integração socioeconômica das mesmas.

Cabe citar a advertência do Prof. Adilson Abreu Dallari³:

Sendo a licitação sempre exigível, como regra geral, e considerando o princípio constitucional da legalidade, entendemos que a dispensa não pode ser feita por mero e puro ato administrativo, exigindo sempre a existência e a menção de determinado e específico dispositivo legal como seu fundamento de realidade.(g.n.)

A lembrança do Prof. Dallari nos remete à Lei 8.429/92, art. 10, X, e à própria Lei 8.666/93, art. 89, que caracterizam a dispensa de licitação fora das hipóteses legais como ato de improbidade administrativa e crime, respectivamente.

Reforçando o exposto quanto à função social e os requisitos necessários para a dispensa, objeto desta Consulta, transcreve-se os ensinamentos de Pereira Junior⁴:

A contratação direta de associação que presta serviços ou forneça mão-de-obra de portadores de deficiências físicas contribui, a toda evidência, para a promoção da integração socioeconômica destes. As cautelas impostas à Administração contratante concernem ao caráter beneficente que deve a associação (a lei não exige desta o título de utilidade pública, mas demanda a comprovação de que não se almeja lucro e é idônea) e ao preço do serviço contratado, que deve compatibilizar-se com o do mercado (o que parece correto, para que não se confunda contratação com comiseração, de que prescindem os portadores de deficiências).

Tais circunstâncias acautelatórias devem estar demonstradas nos autos do processo administrativo referido no parágrafo único do art. 26. Em face delas, a par de facultar-se a contratação direta, a Administração poderá dispensar-se de exigir a prova de regularidade da associação para com a Seguridade Social e o

³ DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. São Paulo, 1997. p.61.

⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, Renovar, 2002. p. 288.



FGTS? O art. 203 da Constituição não vai a tanto, cingindo-se a afastar a exigência quando dirigida aos próprios portadores de deficiências, e não a associações. Tanto que, no art. 195, § 3º, proíbe a contratação pela Administração, de pessoas jurídicas em débito com a seguridade social.

Justen Filho⁵ afirma que o inciso XX do art. 24 da Lei 8.666/93 é uma modalidade indireta de fomento, pois nesta hipótese os recursos públicos são aplicados de modo a produzir efeitos indiretos relevantes, onde entidades da administração privada, não integrantes da Administração Pública, são contratadas porque suas atuações relacionam-se com o bem comum. Nos dizeres do Mestre é uma espécie de “função social do contrato administrativo”.

Justen Filho⁶ faz alguns comentários que merecem ser ressaltados, pois evidenciam a bilateralidade do contrato, inclusive no que tange ao preço ajustado e revelam a extensão da regra legal dando uma interpretação mais adequada ao termo deficiência física, a fim de se evitar discriminação entre os portadores de necessidades especiais.

Deve destacar-se que a hipótese do inc. XX não se caracteriza como ‘liberalidade’, em sentido estrito. Não se aplicará a regra quando o Estado pretender doar recursos para entidades filantrópicas (ainda que enquadráveis na disciplina do inc. XX). O contrato subordinável ao inc. XX é aquele bilateral e sinalagmático. É imperiosa a aptidão do contrato a satisfazer necessidade pública. Vale dizer, não se trata de atender apenas a interesse filantrópico. Se a entidade particular nada pode oferecer ao Estado, não poderá ser contratada (nem mesmo com dispensa de licitação). Por isso, o dispositivo impõe que o preço seja compatível com o praticado no mercado. Vale dizer, a Administração somente poderá aplicar o disposto no inc. XX quando o valor do contrato equivaler aos montantes que seriam desembolsados caso houvesse licitação.

Portanto, a realização do contrato dependerá da presença de requisitos de satisfação do interesse público.

[...]

A contratação direta poderá fazer-se em prol da associação de portadores de deficiências. A Lei alude apenas a deficiência física, mas é evidente que toda e

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 10.ed.São Paulo: Dialética, 2004.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p.259-260.
consulta/714113/GL/F/SO/PA/KA-jc



qualquer associação que congregue portadores de alguma deficiência poderá ser contratada diretamente. Portanto, podem ser contratadas diretamente entidades que congreguem portadores de Síndrome de Down, por exemplo. Não se contraponha que a natureza do instituto da dispensa de licitação impediria interpretações 'extensivas'. Não há, no caso, interpretação ampliativa de regra estrita. Trata-se de revelar a exata extensão da regra legal.

[...] O tratamento jurídico diferenciado encontra respaldo na Constituição, como é óbvio. Além da consagração dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, o art. 203, inc. IV, explicitamente prevê tutela específica aos portadores de deficiência.

A garantia constitucional não se restringe aos portadores de deficiências físicas. Não há qualquer discriminação cabível entre as diferentes modalidades de deficiência. Portanto, a regra que realiza a vontade constitucional de promover a integração dos portadores de deficiência, tem necessariamente de abranger todas as hipóteses possíveis. Logo, tem de interpretar-se adequadamente a redação do inc. XX. (g.n.)

Ainda, cabe destacar que a contratação deve-se fazer com associação sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade. Quanto à ausência de fins lucrativos, Justen Filho⁷ afirma que esta exigência não exclui do benefício entidades que circunstancialmente venham a apresentar lucro, não se exigindo a contratação apenas de entidades deficitárias, o que se exclui é a contratação daquelas modeladas pelos princípios da iniciativa privada e essencialmente para o lucro, mas é essencial que a entidade não distribua lucros a seus associados nem lhes transfira benefícios a qualquer título. O referido Mestre, também, afirma que a exigência da idoneidade está relacionada com a presença dos requisitos de habilitação, não podendo ser contratada entidade, ainda que filantrópica, se destituída dos requisitos mínimos de confiabilidade. Embora Justen Filho⁸ afirme parecer inquestionável a contratação de entidades de forma jurídica diversa das associações, tais como as fundações, tendo em vista que desempenham idêntica função, ressalta-se que a hipótese legal é clara ao referir-se à associação

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 10.ed.São Paulo: Dialética, 2004.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. consulta/714113/GL/F/SO/PA/KA-jc



(espécie) e não entidade (gênero). Portanto, no caso concreto, deve haver a certificação que o beneficiário atende ao conceito legal de associação prescrito no Código Civil Brasileiro, in verbis:

Art. 53 – Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

Art. 54 – Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá:

I – a denominação, os fins e a sede da associação;

II – os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;

III – os direitos e deveres dos associados;

IV – as fontes de recursos para manutenção;

V – o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos;

VI – as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução.

Destaca-se que é preciso o vínculo de pertinência entre o fim da instituição e o objeto do contrato. Nesse sentido, o TCU tem proferido inúmeras decisões, cabendo lembrar a passagem constante do Acórdão 1.616/2003 – Plenário:

(...) 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. (Relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti). (g.n)

Ressalta-se a necessidade de comprovação de que o preço contratado é compatível com o praticado no mercado, através de documentos e demonstrativos, sob pena de irregularidade. Nesse sentido, transcrevem-se partes do Acórdão 1.616/2003 – Plenário/TCU:

IRREGULARIDADE

inexistência de demonstrativos comprovando que o preço ajustado era compatível com os valores praticados pelo mercado, resultando na falta de justificativa do preço, exigida pelo art. 26, parágrafo único, inc. III, da Lei 8.666/93;



(...) a necessária justificativa de preço não será atendida com qualquer declaração, mesmo que o administrador esteja sinceramente convencido de estar preenchendo o requisito previsto no Estatuto das Licitações. Afirmações como aquela constante da manifestação do Diretor de Administração e Planejamento Substituto, se não comprovadas documentalmente, de nada contribuem para preencher o requisito do art. 26, parágrafo único, III, da Lei 8.666/93. Uma simples afirmação em sentido contrário, ou seja, de que o preço oferecido pelo proponente não é razoável, é o bastante para colocá-la em xeque.

(...) Por essas razões, a presença dos demonstrativos ou outros documentos que comprovem a razoabilidade do preço nos processos de contratação direta é indispensável. (Relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti). (g.n)

Diante de todo o exposto, entende esta Auditoria que da interpretação do art. 24, XX, da Lei 8.666/93, pode-se dizer que é permitida a contratação de associação de portadores de deficiência, de comprovada idoneidade e que não possua fins lucrativos, mediante a adoção das formalidades previstas no art. 26 da referida norma, principalmente, no que tange ao preço compatível com o praticado no mercado. Além da observância das normas legais, deve o objeto contratado ter correlação com as atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional, de acordo com entendimentos proferidos pelo Tribunal de Contas da União. No entanto, considerando que o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência é dever da Administração, percebe-se que a prestação de serviços nessa área é uma necessidade contínua, então, deve a Administração tomar as medidas cabíveis para prover os seus quadros com profissionais especializados, em observância ao princípio constitucional do concurso público.”

Então é como voto, Sr. Presidente, não podendo deixar de registrar o excelente trabalho da lavra do nosso Auditor Dr. Licurgo Mourão, aprofundando-se em toda a matéria.



(OS DEMAIS CONSELHEIROS MANIFESTARAM-SE DE ACORDO COM O CONSELHEIRO RELATOR.)

CONSELHEIRO PRESIDENTE EDUARDO CARONE COSTA:

APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR, POR UNANIMIDADE. IMPEDIDO O CONSELHEIRO LICURGO MOURÃO.