

NEGÓCIO JURÍDICO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR ENTIDADE DO TERCEIRO SETOR:

Natureza jurídica, requisitos, critérios e procedimento para a celebração do ajuste

FERNANDO BORGES MÂNICA

Doutor em Direito do Estado pela USP.

Mestre em Direito do Estado pela UFPR.

Advogado e Procurador do Estado do Paraná.

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AJUSTE PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. CONVÊNIO, CONTRATO ADMINISTRATIVO E NOVAS FORMAS DE AJUSTE. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DIRETA. REQUISITOS, CRITÉRIOS E PROCEDIMENTO PARA FORMAÇÃO DO VÍNCULO.

SUMÁRIO: 1. A Consulta. 2. O Parecer. 2.1 Das entidades sem fins lucrativos e das possibilidades de vínculo com o poder público. 2.1.1 Instrumentos Clássicos de Ajuste entre Estado e Terceiro Setor: Convênio e Contrato. 2.1.2 Novos Mecanismos de Ajuste: Contrato de gestão e Termo de parceria. 2.2 Da natureza do vínculo a ser firmado entre a EMPRESA X e o INSTITUTO Y. 2.2.1 Da natureza do vínculo a ser firmado para a criação do centro de referência. 2.2.2 Da natureza do vínculo a ser firmado para prestação de serviços técnicos profissionais. 2.3 Procedimento licitatório. 2.3.1 Do convênio para a criação do centro de referência em pesquisa logística e transporte. 2.3.2 Do contrato de prestação de serviços técnicos com o INSTITUTO Y e da possibilidade de dispensa de licitação. 3. Conclusão e resposta às indagações.

1. A Consulta

EMPRESA X, sociedade de economia mista, por meio de sua Gerência Jurídica, solicitou análise e manifestação acerca de Termo de Cooperação a ser celebrado com o INSTITUTO Y, objetivando a realização conjunta de consultorias, programas, projetos, cursos, treinamentos, fóruns e seminários que atendam às necessidades da consulente nas áreas de logística, operação, infra-estrutura e

desenvolvimento regional. Foram anexados documentos e informações acerca do INSTITUTO Y.¹

Após pedido de informações e documentos adicionais, a EMPRESA X encaminhou manifestação e documentos², esclarecendo que os objetivos da parceria referem-se à constituição de um centro de referência em pesquisa logística e transporte, cuja primeira tarefa será a de elaborar um estudo técnico para orientar o governo do Estado acerca da melhor solução para o gargalo ferroviário existente entre os municípios A e B. Delimitou a consulta nos seguintes termos:

- a) Considerando a natureza jurídica do INSTITUTO Y e os objetivos elencados, a EMPRESA X pode obter os serviços do INSTITUTO Y sem licitação?
 - b) Qual a forma jurídica adequada para instrumentalização da parceria e quais procedimentos devem ser adotados pela EMPRESA X para que o ajuste seja firmado de forma esmerada e sem vícios?
- É o relatório.

2. O Parecer

A questão demanda análise centrada no atual contexto da Administração Pública. Se de um lado, a formação de *parcerias*³ é uma

¹ Dentre eles: qualificação; declaração de conformidade aos requisitos para não incidência na fonte do IRPJ, CSLL, COFINS e contribuição ao PIS/PASEP; estatuto social; certidão de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; Certificação de credenciamento nos termos da Lei 8.010/90; credenciamento como entidade de pesquisa e desenvolvimento, nos termos da Lei 8.248/91; pareceres jurídicos acerca da possibilidade de contratação do INSTITUTO Y com dispensa de licitação, nos termos do artigo 24, XIII, a Lei 8.666/93; atestados e declarações diversas sobre a capacidade técnica do INSTITUTO Y, dentre outros.

² Foram anexados documentos que demonstram a necessidade e urgência de realização do serviço técnico objeto do ajuste a ser firmado entre a EMPRESA X e o INSTITUTO Y, bem como minuta de “TERMO DE COOPERAÇÃO QUE ENTRE SI CELEBRAM O INSTITUTO Y E A EMPRESA X” e do “PLANO DE TRABALHO” para a execução do ajuste ente a EMPRESA X e o INSTITUTO Y.

³ O termo parceria é usualmente utilizado para se referir a todas as formas de ajuste entre o Estado o setor privado para o desenvolvimento de atividades de interesse público. Segundo Maria Sylvia DI PIETRO, parcerias são “*todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre o setor público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para satisfação de interesses públicos (...)*” (DI PIETRO, Maria Sylvia Z. Parceria na Administração Pública. São Paulo: Atlas, 2005, p. 40). Na opinião de Paulo MODESTO, são características gerais das parcerias: “(a) *voluntariedade da adesão ao ajuste; (b) a convergência de interesses; (c) a complementariedade de encargos; (d) a atenuação no emprego de prerrogativas exorbitantes por parte da Administração, com vistas a não inibir*

das marcas da atividade administrativa contemporânea; de outro, seu uso indiscriminado e sem a observância do procedimento legal tem revelado inúmeras hipóteses de burla à lei e à Constituição.⁴

Neste estudo, inicialmente, será analisada a emergência das entidades sem fins lucrativos como parceiras do Estado para a realização de atividades de interesse público, bem como as formas clássicas e contemporâneas de ajuste entre o ente público e as entidades sem fins lucrativos para a realização de tais atividades.

Em seguida, será examinado o objeto do ajuste a ser firmado entre EMPRESA X e INSTITUTO Y, com escopo de definir qual é a natureza jurídica de tal vínculo.

Na terceira parte, será confrontado o caso sob exame com os procedimentos de escolha previstos pelo ordenamento jurídico pátrio para a celebração do ajuste.

Por fim, serão consignadas as conclusões, com resposta às indagações formuladas.

2.1 Das entidades sem fins lucrativos e das possibilidades de vínculo com o poder público

Nos últimos anos, em face da mobilização da sociedade civil e das dificuldades enfrentadas por muitos Estados nacionais na consecução de seus objetivos, entidades sem fins lucrativos passaram a ter lugar de destaque no desenvolvimento de atividades de interesse público.

Como já assinalado em outra oportunidade⁵, em face do realinhamento do papel do Estado, muitas das ações qualificadas como ações de Estado passaram a ser levadas a cabo por organizações

o interesse do parceiro privado; (e) a flexibilidade dos arranjos institucionais viabilizadores do ajuste de interesses” (MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de ‘serviço público’, serviços de relevância pública’ e ‘serviços de exploração econômica’ para as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 449).

⁴ Nesse sentido, confira-se: MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 268 e ss.; e VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública – uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 236 e ss.

⁵ OLIVEIRA, Gustavo J. e MÂNICA, Fernando B. *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Termos de Parceria e Licitação*. Artigo. In: Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, ano XXI, n. 9, set. 2005, p. 1010-1025.

privadas, com e sem ânimo de lucro. Ressurgiram institutos consagrados do direito público, como as concessões e permissões de serviços públicos, bem como emergiram termos e expressões como terceirização, parceria, gestão compartilhada e transferência, todos representativos dessas relações associativas ou colaborativas entre Estado e sociedade.

A força, a organização e o respeito que entidades sem fins lucrativos defensoras de direitos fundamentais e prestadoras de serviços públicos passaram a gozar não encontram precedentes no cenário mundial.

A Constituição de 1988 consagrou, em sua redação original, a participação da sociedade, sobretudo por meio de entidades sem fins lucrativos, na prestação, promoção e defesa de direitos fundamentais, como o direito a saúde, à educação, ao meio-ambiente e à cultura.⁶

Consolidou-se, assim, a expressão *terceiro setor*, para se referir às pessoas jurídicas de direito privado, de caráter voluntário e sem fins lucrativos, que (i) desenvolvam atividades de defesa e promoção dos direitos fundamentais ou (ii) prestem serviços de interesse público.⁷

Com o processo de reforma da administração pública iniciado na década passada, foram criados novos mecanismos e incentivos à participação de entidades sem fins lucrativos na prestação de serviços de interesse público em colaboração com o Estado. Relevantes alterações na disciplina jurídica do terceiro setor foram trazidas pela Lei federal 9.637/98 e Lei federal 9.970/99, que criaram a qualificação de Organização Social (OS) e de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), e previram novos instrumentos de ajuste entre o Estado e tais entidades – o contrato de gestão e o termo de parceria.

Não obstante, a opção pela parceria com entidades do terceiro setor não é discricionária e a escolha do modelo de ajuste é vinculada ao objeto, à finalidade e à atuação de cada uma das partes no negócio.

⁶ Citem-se os seguintes dispositivos constitucionais: Art. 199, Art. 199, § 1.º, Art. 204, I, Art. 205, Art. 213, I e II, Art. 216, § 1.º, Art. 227 e Art. 227, § 1.º

⁷ MÂNICA, Fernando Borges. *Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP*. In: OLIVEIRA, Gustavo J. (coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado- novas fronteiras entre o Público e o Privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 175.

2.1.1 Instrumentos Clássicos de Ajuste entre Estado e Terceiro Setor: Convênio e Contrato

As duas modalidades de ajuste com entidades sem fins lucrativos usualmente utilizadas pelo Poder Público brasileiro são o convênio e contrato.

A previsão normativa referente aos convênios remonta à Constituição de 1967, a qual determinava seu art. 13, § 3º que “a União, os Estados e os Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais”. Em sentido próximo, nos termos do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, os convênios são instrumentos para efetivar a descentralização das atividades da Administração federal para as unidades federadas.

A utilização do convênio como mecanismo de ajuste *com entidades sem fins lucrativos* encontrava-se prevista pelo já revogado Decreto federal n. 93.872, de 23 de dezembro de 1986, o qual estabelecia em seu art. 48 que os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades da administração federal e de outras entidades públicas ou *organizações particulares*, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste.⁸

Nessa esteira, a noção de convênio recebeu grande influência doutrinária de Hely Lopes MEIRELLES, para quem convênios “*são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes*”.⁹

Atualmente, o Decreto federal n. 6.170, de 25 de julho de 2007, traz a seguinte definição:

Art. 1º. (...)

⁸ Grifo nosso (g. n.).

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 392.

§ 1º. Para efeitos desse Decreto, considera-se:

I – convênio – acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação;

Já o *contrato da administração pública* é comumente entendido como o ajuste entre a Administração Pública e o particular no qual são fixadas obrigações *recíprocas e contrapostas* para a consecução de um objetivo de interesse público.

Diz-se que as vontades das partes no contrato são contrapostas, de modo que o resultado de sua conjugação forma uma terceira vontade, a vontade contratual.¹⁰ Já os convênios há homogeneidade de interesses, de modo que um único objetivo passa a ser buscado por meio da soma de esforços.

Não obstante, dada a dificuldade prática de delimitação da noção de contrato e de convênio com base em tal critério, a doutrina costuma mencionar uma série de fatores para auxiliar na distinção entre as duas categorias. Nesse sentido, diz-se que nos convênios:

- (i) os partícipes possuem competência e objetivos institucionais comuns, ocupando a mesma posição jurídica no vínculo;
- (ii) há ausência de remuneração ou preço;
- (ii) ambos os partícipes buscam o mesmo resultado comum;
- (iii) ocorre mútua colaboração, pois as vontades são paralelas;
- (iv) não há vinculação contratual ou cláusula de permanência obrigatória.¹¹

¹⁰ ARAUJO, Edmir Netto. *Do Negócio Jurídico Administrativo*. São Paulo: RT, 1992, p. 145.

¹¹ Tais características foram incorporadas pelo ordenamento jurídico do Estado do Paraná por meio da Lei estadual 15.340/06, que assim dispõe:

Art. 133. Constitui o convênio uma forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas, buscando a consecução de objetivos de interesse comum, por colaboração recíproca, distinguindo-se dos contratos pelos principais traços característicos: I. igualdade jurídica dos partícipes; II. não persecução da lucratividade; III. possibilidade de denúncia unilateral por qualquer dos partícipes,

Nos *convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos*, é comum a previsão negocial de repasse de recursos do ente público ao ente privado. Tal repasse, entretanto, não pode configurar contraprestação pela atividade desempenhada pelo particular, mas um dos mecanismos de cooperação por meio do qual o poder público participa da avença. Reiterando: nos convênios não há remuneração, mas colaboração do Estado para a consecução de uma atividade de interesse público.

Assim, apesar da amplitude do conceito de convênio comumente adotado, é importante ressaltar que os convênios entre o Poder Público e entidades privadas têm como objetivo instrumentalizar a atividade administrativa de fomento.¹² O convênio não deve ser utilizado para a obtenção, mediante remuneração, de um bem ou serviço de interesse próprio do ente público conveniente, mas para o incentivo a que determinada atividade de interesse público seja realizada pela entidade privada.¹³ Nesse aspecto, é importante ressaltar a passagem na qual o Decreto federal n. 6.170/07 faz referência à finalidade do convênio: *a execução de um programa de governo*.

De outro lado, dispõe a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que trata das normas gerais sobre licitação e contratos.

Art. 2º. (...)

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

na forma prevista no ajuste; IV. diversificação da cooperação oferecida por cada partícipe; V. responsabilidade dos partícipes limitada, exclusivamente, às obrigações contraídas durante o ajuste.

¹² Fomento público pode ser entendido como “a função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas e privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade” – MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 514.

¹³ Como assinala Maria Sylvia DI PIETRO, é no contrato, pois, que “uma das partes – o contratante – remunera a outra – o contratado – para que esta, dentro de suas atribuições específicas, execute o objeto do contrato – obra, serviço, estudo, projeto etc. – de que necessita” – DI PIETRO, Maria SYLVIA. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 311-312.

O que o dispositivo colacionado pretende significar é que, nos casos em que ocorre a remuneração pelo Poder Público (contraprestação) de um bem ou serviço prestado pelo particular (prestação), o vínculo firmado é contratual.¹⁴

Portanto, quando firmados com entidades privadas, os convênios funcionam como acordos administrativos colaborativos. São acordos que têm por função principal instituir e disciplinar vínculos de colaboração entre o Estado e a sociedade civil, com objetivo de fomentar determinadas atividades de interesse público desempenhadas por entidades do terceiro setor.¹⁵

Entretanto, é de se reconhecer que a questão é complexa e grande parte da doutrina adota entendimento ampliativo do convênio. Daí a utilização muitas vezes indevida de tal figura, em substituição ao contrato, como tentativa de fuga aos ditames que regem a contratualização administrativa.

Por isso, torna-se extremamente relevante a análise de cada caso concreto, em especial da *causa* do negócio jurídico, ou seja, da função prática que o vínculo firmado pretende efetivar: se tratar de uma necessidade da Administração Pública, prestada por entidade sem fins lucrativos mediante remuneração, tem-se o contrato; se tratar de atividade de interesse público fomentada pela Administração Pública tem-se o convênio.

2.1.2 Novos Mecanismos de Ajuste: Contrato de gestão e Termo de parceria

¹⁴ No mesmo sentido, nos termos do inciso XII, do art. 4º, da Lei estadual paranaense n. 15.340/06, é expressamente vedada a remuneração ou cobrança de taxa nos convênios: “acordo, ajuste ou instrumento congêneres firmado por entidades públicas entre si ou com particulares, para a consecução de objetivos comuns, vedada a remuneração ou cobrança de taxas entre os partícipes”;

¹⁵ Essa é a opinião de Maria Sylvia DI PIETRO: “*Quanto ao convênio entre entidades públicas e particulares, ele não é possível como forma de delegação de serviços públicos, mas como modalidade de fomento. É normalmente utilizado quando o Poder Público quer incentivar a iniciativa privada de interesse público, ao invés de o Estado desempenhar, ele mesmo, determinada atividade, opta por incentivar ou auxiliar o particular que queira fazê-lo, por meio de auxílios financeiros ou subvenções, financiamentos, favores fiscais etc. A forma usual de concretizar esse incentivo é o convênio*” – DI PIETRO, Maria Sylvia. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 339.

Como já citado, na esteira do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, foram criadas duas novas modalidades de vínculo ente o Estado e as entidades do terceiro setor. Trata-se do contrato de gestão com entidades qualificadas como Organizações Sociais,¹⁶ e do termo de parceria com entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.¹⁷

À semelhança dos convênios, os contratos de gestão e os termos de parceria têm com objetivo instrumentalizar o fomento estatal a atividades de interesse público desenvolvidas por entidades do terceiro setor.

Nos termos do artigo 5º da Lei 9.637/98, entende-se por contrato de gestão *o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde*. Por meio do contrato de gestão são especificados o programa de trabalho da organização, as metas a serem atingidas, com os respectivos prazos de execução, assim como os critérios de avaliação de seu desempenho. A execução desse vínculo jurídico entre a organização e o poder público deverá ser

¹⁶ A qualificação de Organização Social surgiu com a Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, resultado de conversão da Medida Provisória 1.648, de 23 de abril de 1998. Trata-se de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada pela iniciativa privada, para o desempenho de serviços não exclusivos do Estado – ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde – em parceria com o Estado por meio de contrato de gestão.

¹⁷ A Lei Federal n.º 9.790, de 23 de março de 1999, também denominada *Lei do Terceiro Setor*, estabeleceu uma nova disciplina jurídica das entidades sem fins lucrativos, possibilitando a sua qualificação como OSCIP. A referida lei possibilita qualificação a todas as entidades que apresentem como finalidade: I - promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de V - promoção da segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do voluntariado; VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo. Dessa forma, a OSCIP caracteriza-se como uma pessoa jurídica de direito privado, formada pela sociedade civil para atuar em pelo menos uma das áreas acima mencionadas, que pode vincular-se juridicamente ao Poder Público mediante Termo de parceria.

supervisionada por órgão ou entidade supervisora da área de atuação correlata à atividade a ser desempenhada. O contrato de gestão poderá envolver: cessão de recursos orçamentários ao cumprimento do contrato, permissão de uso de bens públicos, com dispensa de citação; cessão de servidores públicos; dispensa de licitação em contratos de prestação de serviços entre o Estado e a organização social.¹⁸

Já o termo de parceria é definido pela Lei 9.790/99 como o *instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º da mesma lei*. De acordo com a Lei 9.790/99, por meio do Termo de parceria é possível que a entidade privada qualificada como OSCIP receba do Estado bens e recursos públicos, a partir da definição dos seguintes itens: objeto e o programa de trabalho; metas a serem atingidas, com seus respectivos prazos; critérios de avaliação de desempenho; previsão de receitas e despesas; obrigatoriedade de apresentação do relatório anual; publicação na imprensa oficial do extrato do termo.

Tanto o contrato de gestão quanto o termo de parceria possuem natureza semelhante, e têm como objetivo o fomento estatal a atividades de interesse público desenvolvidos por entidades do terceiro setor qualificadas como Organização Social ou como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Os critérios e requisitos para celebração e execução dos referidos ajustes encontram-se expressamente previstos nas respectivas leis.

É importante ressaltar que essas duas modalidades de qualificação, e os respectivos instrumentos de ajuste com o poder público, configuram novidade na medida em que trazem regulamentação específica para a prestação de serviços de natureza social pela iniciativa privada sem fins

¹⁸ Sobre o tema, cf. OLIVEIRA, Gustavo H. Justino de. *Contrato de gestão na Administração Pública Brasileira*. São Paulo, 2005. 522 p. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo.

lucrativos. Tais mecanismos surgem ao lado de outras qualificações concedidas pelo poder Público como o título de Utilidade Pública¹⁹ e o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social²⁰ e de outros instrumentos de ajuste, como (i) o convênio, utilizado para o mesmo fim: a soma de esforços para a consecução de um objetivo público comum e (ii) o contrato, utilizado para a obtenção, mediante remuneração, de determinado bem ou serviço de interesse da Administração Pública.

2.2 Da natureza do vínculo a ser firmado entre a EMPRESA X e o INSTITUTO Y

O INSTITUTO Y – por tratar-se de associação qualificada pelo Ministério da Justiça como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)²¹ – reúne condições jurídicas de vincular-se ao Poder Público por meio de contrato, convênio ou termo de parceria.

A opção por um ou outro, depende, conforme consignado acima, da análise da *causa* do negócio jurídico, ou seja, da função prática que o vínculo firmado pretende efetivar: se é o caso de uma necessidade da Administração Pública, prestada por entidade sem fins lucrativos mediante remuneração; ou de atividade de interesse público fomentada pela Administração Pública. Nessa segunda hipótese, há que se verificar, ainda, se o objeto do ajuste corresponde ou não àqueles previstos pelo artigo 3º da Lei 9.790/99.

Nos termos do que informou a EMPRESA X, o ajuste a ser firmado tem como objeto:

- (i) constituição de um centro de referência em pesquisa logística e transporte, e

¹⁹ Previsto pela Lei federal n. 91/35.

²⁰ Regulamentado pelo Decreto n. 2.536/98.

²¹ O INSTITUTO Y tem por objetivos sociais fornecer serviços, produtos e soluções científicas e tecnológicas que contribuam para a promoção do desenvolvimento econômico, científico, tecnológico, social e sustentável, da preservação e conservação do meio-ambiente e combate à pobreza. Dentre as atividades do INSTITUTO Y previstas em seu estatuto social, encontram-se: a) ações educacionais de caráter complementar às do Estado; b) produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos ou científicos; c) estudos, pesquisas e outros serviços científicos e tecnológicos; d) desenvolvimento de protótipos e produção de produtos, processos e sistemas de base tecnológica.

(ii) elaboração de estudo técnico para orientar o governo do Estado acerca da melhor solução para o gargalo ferroviário existente entre os municípios A e B.

Assim, a hipótese sob investigação comporta a análise individualizada de dois ajustes: (i) a constituição do centro de referência e (ii) a elaboração do estudo técnico.

Há de ser afastada, pois, a hipótese de celebração de um ajuste amplo do qual decorram contratações específicas, realizadas sem atenção ao devido procedimento legal. Cada objeto, cada ajuste, deve ser realizado de maneira individualizada e autônoma. Tal entendimento decorre do princípio da eficiência administrativa²², que no caso concreto se encontra densificado pelo artigo 23, § 1º da Lei n. 8.666/93, que determina a divisão das atividades objeto de pactuação, com vistas ao máximo aproveitamento dos recursos e ampliação da competitividade. Eis o que determina o referido dispositivo:

Art. 23. (...)

(...)

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.²³

Como visto, a definição pela natureza contratual ou convenial de cada ajuste firmado entre o Poder Público a uma entidade do terceiro setor depende da observância de uma série de requisitos, os quais apenas podem ser visualizados a partir de seu instrumento negocial.

2.2.1 Da natureza do vínculo a ser firmado para a criação do centro de referência

A criação em parceira de um centro de referência em pesquisa logística e transporte, por meio de um conjunto integrado de esforços da

²² Albergado expressamente no artigo 37 da Constituição Federal.

²³ Com Redação dada pela Lei n. 8.883, de 1994.

EMPRESA X e do INSTITUTO Y voltados ao mesmo objetivo final, de interesse público, pode ser concretizada através de convênio ou de contrato administrativo.²⁴

Caso a parceria consubstancie o interesse da EMPRESA X em fomentar o desenvolvimento da atividade do INSTITUTO Y na área de pesquisa logística e de transporte ferroviário, mediante mútua colaboração, o instrumento terá natureza de convênio.

Ou então, caso o instrumento negocial preveja a prestação de serviço do INSTITUTO Y à EMPRESA X para que esta crie o centro de referência, de modo que fique caracterizada a prestação de um serviço de interesse próprio da EMPRESA X, mediante contraprestação, o instrumento terá natureza de contrato.

A definição por uma ou outra modalidade de vínculo depende das atribuições de cada uma das partes na avença e dos objetivos estatutários de cada ente envolvido. Para que o vínculo tenha natureza convenial, destaca-se, é indispensável que, dentre os objetivos institucionais da EMPRESA X, encontre-se a de desenvolver, diretamente ou mediante convênio, a pesquisa logística e de transporte ferroviário.

No que se refere à minuta de “*TERMO DE COOPERAÇÃO QUE ENTRE SI CELEBRAM O INSTITUTO Y E O GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ POR INTERMÉDIO DA EMPRESA X*”, pode-se verificar que o mesmo possui natureza de *protocolo administrativo* ou *protocolo de intenções*. Trata-se de ajuste em que, ao contrário dos contratos e dos convênios, não há finalidade de criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, mas de manifestar a intenção de que sejam celebrados futuramente negócios jurídicos dele decorrentes. Assim, por tratar-se de mera manifestação de intenções, não há procedimento e formalidades previstas em lei para sua celebração. Contudo, todos os vínculos dele decorrentes devem seguir os requisitos legais para sua celebração.

²⁴ Por não se referir o ajuste aos objetos constantes do artigo terceiro da Lei 9.790/99, fica afastada a hipótese de celebração de termo de parceria.

2.2.2 Da natureza do vínculo a ser firmado para prestação de serviços técnicos profissionais

A elaboração de estudo técnico para orientar o governo do Estado acerca da melhor solução para o gargalo ferroviário existente entre os municípios A e B deve ser ajustada pela EMPRESA X exclusivamente por instrumento de natureza contratual. Afinal, trata-se da obtenção de um serviço técnico de interesse da entidade pública.²⁵

Evidentemente a finalidade do serviço almejado é de interesse público. Caso não o fosse, seria ilegal. Não obstante, não se trata na hipótese específica de fomento a atividade de interesse público desenvolvida por entidade sem fins lucrativos; trata-se da contratação de determinado serviço por entidade sem fins lucrativos. Portanto, desde que configurada a reciprocidade de obrigações, ainda que o valor da contraprestação a ser paga pela EMPRESA X seja apenas referente ao custo operacional do INSTITUTO Y, a hipótese é de contrato administrativo de prestação de serviço técnico profissional especializado.

Tal condição é comprovada pelo PLANO DE TRABALHO apresentado. Nele verifica-se a delimitação das atividades a serem desempenhadas pelo INSTITUTO Y para a consecução do objeto da avença, sendo que a cada atividade corresponde uma carga horária, em relação a qual, pelo que se pode depreender, será paga remuneração pela EMPRESA X. Trata-se, pois, de prestação de serviço mediante remuneração.

Nesse sentido dispõe a Lei 8.666/93:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou *trabalhos técnico-profissionais*;

²⁵ Nesse sentido, a própria consulta formulada demonstra tal condição: “(...) a EMPRESA X pode obter os serviços do INSTITUTO Y sem licitação?”

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;²⁶

Não obstante, é de se ressaltar que, mesmo na hipótese de prestação de serviço de interesse da Administração Pública, desde que não caracterizada claramente a remuneração pelo serviço, há entendimentos segundo os quais a natureza do ajuste pode ser convenial.

O próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido, ao considerar válida a celebração de instrumento denominado *Convênio de Prestação de Serviços*. A questão foi analisada em recente julgamento de denúncia criminal acerca de convênio firmado, segundo denúncia do Ministério Público, em situação *que se tratava de contrato de prestação de serviços mediante pagamento, com objeto amplo, vago e indefinido*. No seu voto vencedor, o Senhor Relator, Ministro Carlos Velloso, com base na análise do estatuto social das entidades envolvidas e do termo negocial, entendeu que:

“(...) como se vê dos Estatutos linhas atrás reproduzidos, a Companhia de Desenvolvimento de Curitiba-CIC e a FUNDACEN possuem objetivos institucionais comuns e, no caso, além de o ajuste firmado tratar de mútua colaboração, está de acordo com as características das partes, com a finalidade de cunho social almejada, não havendo contraposição de interesses, nem preço estipulado, o que, sem dúvida, configura hipótese de convênio”.²⁷

Esse raciocínio foi um dos fundamentos da decisão, que acabou por julgar improcedente a acusação²⁸. Não obstante, entende-se que a decisão adota uma noção de convênio por demais ampliativa, deixa de analisar a causa do negócio jurídico em questão e caba por permitir a utilização de tal instrumento como sucedâneo indevido do contrato administrativo.

²⁶ A redação do inciso III foi dada pela Lei nº 8.883, de 1994.

²⁷ STF, Inquérito 1.957-7/PR, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 11.05.05.

²⁸ O outro fundamento da decisão refere-se à hipótese aplicável ao caso de dispensa de licitação. O tema será analisado adiante.

Em sentido contrário, o Tribunal de Contas da União já julgou por diversas oportunidades a inadequação do instrumento convenial para a obtenção de serviços técnicos e de consultoria, como se verifica da seguinte decisão:

“REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA PROCURADORIA DA REPÚBLICA PA. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES PRATICADAS PELA ELETRONORTE. CONVÊNIO COM A FUNDAÇÃO DE AMPARO E DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA PARA ELABORAÇÃO DO ESTUDO E DO RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL DA USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE. INADEQUAÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO UTILIZADO, FACE A INEXISTÊNCIA DE INTERESSE COMUM E O OBJETO DO AJUSTE SER UMA CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO. JUNTADA ÀS CONTAS.

(...)

No caso presente, não é a FADESP que procura a Eletronorte para obter auxílios financeiros ou subvenções. Esse convênio não expressa uma mútua colaboração ou uma forma de fomentar a iniciativa privada. Os interesses existentes nele são o da Eletronorte pela execução de um serviço, o EIA/RIMA, essencial para obter licença ambiental para construção da usina; e o da FADESP relativamente à contraprestação pecuniária.

Assim sendo, concluímos que no ajuste firmado entre a Eletronorte e a FADESP, o objeto é a prestação de serviços - elaboração do EIA/RIMA da UHE Belo Monte, não se identificando a mútua colaboração para atender a uma finalidade comum, como exige o instrumento convênio. Portanto, apesar de o meio utilizado levar o nome de convênio, o instrumento mais adequado, no presente caso, é o do contrato de prestação de serviços”.²⁹

Nesse contexto, ainda que não haja consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da natureza dos convênios com a iniciativa privada, é imprescindível que se firme a noção restrita de convênio, ao fim de que se evite sua utilização como fuga do procedimento licitatório. Tal situação implica sejam os convênios estudados, e disciplinados juridicamente, de maneira própria e específica para os casos de ajuste entre duas entidades públicas e entre entidades públicas e privadas.³⁰

A propósito da questão, a Lei n. 8.666/93, em seu artigo 116,³¹ determina a aplicação do regime jurídico da licitação e dos contratos, *no que couber*, aos convênios. Entretanto, dada a indeterminação da expressão *no que couber*, muitas hipóteses de aplicabilidade do

²⁹ TCU, Acórdão 10/2002 – Plenário, DOU 22.02.02.

³⁰ Nesse ponto, merece crítica o Decreto federal n. 6.170/07, pois trata, salvo algumas exceções, indistintamente (i) dos convênios de órgãos e entidades públicas entre si e (ii) dos convênios entre órgãos e entidades públicas com entidades privadas sem fins lucrativos.

³¹ Adiante colacionado.

procedimento de licitação acabam não se submetendo a ela. Por isso, a adequada compreensão e correta utilização dos convênios são imprescindíveis à atuação da Administração Pública nos limites estabelecidos pela lei.

Portanto, considerando que:

(i) a prestação de serviços de interesse da Administração Pública mediante contraprestação, exceto os casos de fomento público, configura hipótese de contrato administrativo; e

(ii) independente da denominação que se adote para a avença, incide sobre a hipótese os ditames da Lei de Licitações;

o estudo técnico a ser ajustado pela EMPRESA X, independente da denominação que se adote, possui natureza contratual e submete-se aos ditames da Lei federal 8.666/93 e da Lei estadual paranaense n. 15.340/06.

2.3 Procedimento licitatório

A legislação brasileira impõe à Administração Pública a obrigação de licitar sempre que contratar obras, serviços, compras e alienações. Esse dever é previsto no artigo 37, inciso XXI da Constituição da República, que dispõe:

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.

A EMPRESA X é sociedade de economia mista vinculada à Secretaria Z, com registro na Junta Comercial do Estado do Paraná.

Considerando a inexistência da lei referida pelo § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, que prevê a criação do estatuto jurídico da sociedade de economia mista, aplica-se à consulente, em sua

integralidade, o regime jurídico previsto pelas já mencionadas Lei federal n. 8.666/93, que estabelece as normas gerais para licitações e contratos³², e Lei estadual paranaense n. 15.340/06, que estabelece normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos três Poderes do Estado do Paraná.³³

2.3.1 Do convênio para a criação do centro de referência em pesquisa logística e transporte ferroviário

Parte da doutrina costuma entender desnecessária a realização de processo licitatório para a celebração de convênios com entidades privadas e outra parte da doutrina entende necessária sua realização nas hipóteses em que se verifica possível a existência de competição.

A primeira corrente não merece prevalecer. Tanto nos casos em que se trata de contrato travestido de convênio, quanto nas hipóteses em que o convênio instrumentaliza a atividade de fomento estatal, deve haver procedimento de escolha da entidade privada a celebrar o ajuste. Nesse sentido dispõe o já citado artigo 116 da Lei 8.666/93:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

A propósito do tema, precisa é a opinião de Odete MEDAUAR:

“No tocante aos convênios entre órgãos estatais e entidades particulares, o que, sobretudo, fundamenta a desobrigação de licitação é a especificidade do objeto e da finalidade. No entanto, se a Administração pretender realizar convênio para resultado e finalidade que poderão ser alcançados por muitos, deverá ser

³² Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

³³ Art. 1º. Esta Lei estabelece normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos Poderes do Estado do Paraná, observando as normas gerais sobre a matéria, expedidas pela União.

§1º Subordinam-se às normas desta Lei:

(...)

IV. As sociedades de economia mista, empresas públicas e demais entidades de direito privado, controladas direta ou indiretamente pelo Estado do Paraná, prestadoras de serviço público.

realizada licitação ou se abrir a possibilidade de se conveniar sem limitação, atendidas as condições fixadas genericamente; se assim não for, haverá ensejo para burla, acobertada pela acepção muito ampla que se queira dar aos convênios”³⁴.

Assim, considerando a dificuldade para se promover a categorização de determinado vínculo como contrato ou como convênio, a própria legislação, sob aplauso da melhor doutrina, determina que, em todas as hipóteses em que haja possibilidade de competição, deve ser realizado procedimento regular de escolha da entidade privada conveniada.

Caso o ajuste tenha natureza contratual, o procedimento deve ser aquele pautado pela lei federal e estadual de licitações. Nos outros casos, em que se configurar efetivamente o convênio, os mecanismos de escolha previstos pela lei geral de licitações nem sempre serão úteis. Afinal, não se tratará a hipótese de obtenção de bem ou serviço mediante contraprestação. Assim, caso haja mais de uma entidade apta e interessada em realizar a atividade com incentivo público, o procedimento de escolha deverá ser pautado por critérios outros que aqueles previstos pela Lei de Licitações.³⁵

Insta ressaltar que, em nível federal, o Decreto n. 6.170/07 estabeleceu novo procedimento de escolha de entidades privadas para celebração de convênios: o *chamamento público*. Trata-se de mecanismo simplificado de escolha, por meio do qual cumpre ao ente conveniente a determinação de critérios objetivos de possibilitem a verificação da qualificação técnica e da capacidade operacional da entidade a ser conveniada.³⁶

³⁴ E continua a autora: “*Alguns casos ocorrem na prática, nos quais, a título de convênio, obras são contratadas sem licitação e empregos públicos sem concursos ou seleção*” - MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 268.

³⁵ Sobre o tema, defendendo a inaplicabilidade da Lei 8.666/93 para celebração de termo de parceria com OSCIP: OLIVEIRA, Gustavo Justino e MÂNICA, Fernando B. “*Organizações da Sociedade Civil de Interesse público: termo de parceria e licitação*”. Artigo. In: Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 5, n. 49, mar. 2005, p. 5225-5237. Em sentido contrário, pela aplicabilidade da Lei n. 8.666/93 às parcerias com entidades do Terceiro Setor: SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitação e Terceiro Setor*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 281-308.

³⁶ Eis o que dispõe o referido Decreto federal:

No caso em tela, não sendo aplicável o ato normativo federal referido, uma vez configurada a natureza convenial da avença, a submissão prévia do ajuste a determinado procedimento de escolha depende da análise da causa do negócio a ser firmado pelo órgão jurídico competente e de decisão motivada da autoridade competente.

De qualquer forma, o procedimento para a celebração da avença deve respeitar ao que determina o § 1º do artigo 116 da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 116. (...)

§ 1o A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

- I - identificação do objeto a ser executado;
- II - metas a serem atingidas;
- III - etapas ou fases de execução;
- IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;
- V - cronograma de desembolso;
- VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;
- VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

Por fim, é de se ressaltar a observação já deduzida acima, segundo a qual, para a celebração de convênio com entidade privada, a atividade a ser realizada em parceria deve constar como objetivo institucional da EMPRESA X. Do contrário, em se tratando de parceria para o desenvolvimento de atividade meio, de interesse da Administração Pública, o vínculo deve ser firmado sob a modalidade contratual e seguir o procedimento abaixo delineado.

Art. 4º. A celebração de convênio com entidades privadas sem fins lucrativos poderá ser precedida de chamamento público, a critério do órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.

Parágrafo único. Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios.

Art. 5º. O chamamento público deverá estabelecer critérios objetivos visando à aferição da qualificação técnica e capacidade operacional do conveniente para a gestão do convênio.

2.3.2 Do contrato de prestação de serviços com o INSTITUTO Y técnicos e da possibilidade de dispensa de licitação

Como assinalado acima, entende-se que o vínculo pelo qual a EMPRESA X deve obter do INSTITUTO Y a prestação de serviços consubstanciados na elaboração de estudo técnico para orientar o governo do Estado acerca da melhor solução para o gargalo ferroviário existente entre os municípios A e B possui natureza contratual e depende de procedimento licitatório.

Duas são, entretanto, as hipóteses previstas em lei, nas quais o procedimento licitatório deixa de ser imprescindível. Uma delas é situação denominada pela lei de *inexigibilidade de licitação* e a outra é a situação de nominada de *dispensa de licitação*.

Na inexigibilidade, ocorre inviabilidade de competição, qualquer que seja sua causa.³⁷ Na dispensa de licitação, é viável a competição entre os interessados em firmar ajuste com o Poder Público, mas, por um motivo de relevante interesse público, a lei permite a *contratação direta* da entidade, independente de licitação.

No caso sob apreço, com as informações constantes do protocolado, não é possível concluir se a hipótese dos ajustes a serem firmados é de inexigibilidade. De outro modo, considerando a natureza da entidade a ser contratada, verifica-se, na hipótese, a aplicação do dispositivo constante do inciso XIII, do artigo 24 da Lei Geral de Licitações, que assim dispõe:

Art. 24. É dispensável a licitação:

³⁷ Nos termos do art. 25 da Lei n. 8.666/93: Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou de desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicadas à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;³⁸

Em dois pareceres anexados à consulta, analisou-se a aplicação do referido dispositivo em contratos celebrados pelo INSTITUTO Y. Em ambos, a resposta foi, acertadamente, afirmativa. Afinal, como demonstra a documentação anexada ao protocolo, o INSTITUTO Y preenche os requisitos constantes do dispositivo legal em referência:

- é instituição brasileira, pois se trata de associação criada no Brasil, de acordo com a legislação pátria;³⁹
- é incumbida estatutariamente da pesquisa, ensino do desenvolvimento institucional, como se verifica do artigo 1º de seu estatuto social;⁴⁰
- possui inquestionável reputação ético-profissional, como se verifica do rol de atestados e declarações de entidades públicas e privadas acerca de tal condição;
- não possui fins lucrativos.⁴¹

Por conseguinte, considerando que a atividade objeto do ajuste insere-se no rol de atividades desempenhadas pelo INSTITUTO Y,⁴² verifica-se a hipótese de contratação direta.

³⁸ O dispositivo é reproduzido no inciso XI do artigo 34 da Lei estadual de licitações.

³⁹ Sobre o conceito de *instituição*, já foi consignado que “*em nosso pensamento, instituições são pessoas jurídicas de origem privada e finalidade pública. Elas se formam no âmbito do direito privado, porém se destinam à consecução de atividades de interesse público direcionadas à população em geral e não apenas aos seus associados. Entendemos que a instituição pode ser formalizada tanto sob a forma de fundação quanto de associação civil. O que caracteriza a instituição é sua finalidade precípua, direcionada ao atendimento de interesses sociais gerais e ausência de finalidade lucrativa*” – MÂNICA, Fernando B. *Terceiro Setor e Imunidade Tributária*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 209.

⁴⁰ A propósito da questão, Marçal JUSTEN FILHO sustenta que: “*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*” – JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 252-253.

⁴¹ A entidade é qualificada como OSCIP, título que tem como um dos requisitos a ausência de finalidade lucrativa, definida pela própria Lei n. 9.790/99, nos seguintes termos: Art. 1º. (...) § 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

De outro lado, é importante que se ressalte a necessidade de obediência ao *procedimento legal para dispensa de licitação*, previsto tanto na Lei federal quanto na Lei estadual paranaense de licitações.

Nos termos da Lei n. 8.666/93 tem-se que:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.⁴³

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.⁴⁴

No mesmo sentido, a Lei estadual paranaense n. 15.340/06, determina o cumprimento de outros requisitos para a contratação direta:

Art. 36. O processo de contratação direta deve ser instruído com os seguintes documentos:

- I. projeto básico ou executivo, quando for o caso;
- II. planilha de custos ou estimativa de preços;
- III. parecer técnico ou jurídico, demonstrando o atendimento aos requisitos exigidos;
- IV. compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso assumido;
- V. razão de escolha do contratado;

⁴² É o que Marçal JUSTEN FILHO denomina de pertinência relativa: “(...) é imperioso examinar se a natureza específica das atividades a que se volta a entidade abrange a atividade objeto da contratação” – JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 254. NO mesmo tom, em recente decisão do TCU, encontra-se que: “(...) o propósito do art. 24, XIII, do Estatuto é estimular as instituições que mencionam, favorecendo-lhes a obtenção de contratos com o serviço público como forma de ajudar-lhes no seu autocusteio. Com isso, o Estado estará estimulando, em cumprimento aos mandamentos constitucionais, ainda que por via indireta, as ações voltadas para o ensino, a pesquisa e o desenvolvimento institucional. Nesse sentido, pouco importa o objeto específico da contratação, desde que seja compatível com os objetivos sociais da instituição contratada e possa ser satisfatoriamente prestado por sua própria estrutura” – TCU, Decisão 657/97 - Plenário. DOU 28.10.05.

⁴³ Redação dada pela Lei n. 11.107, de 2005.

⁴⁴ Incluído pela Lei n. 9.648, de 1998.

- VI. consulta prévia da relação das empresas suspensas ou impedidas de licitar ou contratar com a Administração Pública do Estado do Paraná;
- VII. justificativa de preço, inclusive com apresentação de orçamentos ou consulta aos preços de mercado;
- VIII. despacho motivado que decidir pela contratação e a ratificação da autoridade superior.
- IX. prova de regularidade para com as fazendas Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede da empresa, bem como de regularidade para com a Fazenda do Estado do Paraná;
- X. prova de regularidade relativa à Seguridade Social (INSS), mediante a apresentação da Certidão Negativa de Débitos/CND e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), mediante a apresentação do Certificado de Regularidade de Situação/CRS.

Parágrafo único. O ato de ratificação da contratação direta deve ser publicado na imprensa oficial, constando a síntese das informações previstas nos incisos V e VI do caput deste artigo.

Há, pois, que se atender aos requisitos legais acima colacionados, sob pena de nulidade do contrato.

3. Conclusão e resposta às indagações.

Nos termos do exposto, em resposta aos termos da consulta, entende-se que:

- a minuta de “TERMO DE COOPERAÇÃO QUE ENTRE SI CELEBRAM O INSTITUTO Y E O GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ POR INTERMÉDIO DA EMPRESA X” configura protocolo de intenções, a partir do qual podem ser firmados contratos e convênios, de acordo com o procedimento legal específico para cada ajuste;
- o negócio jurídico celebrado para prestação de serviços de natureza técnica pelo INSTITUTO Y à EMPRESA X, de acordo com o “PLANO DE TRABALHO” apresentado, e independente da existência de qualquer ajuste prévio e da denominação que se utilize, possui natureza contratual;
- na hipótese apresentada, a contratação de um estudo técnico para orientar o governo do Estado acerca da melhor solução para o gargalo ferroviário existente entre os municípios A e B pode ocorrer com dispensa de licitação, nos termos do artigo 24, XIII da Lei federal n. 8.666/93, desde que observados os requisitos legais para

tanto, em especial aqueles constantes do artigo 26 da Lei n. 8.666/93 e do artigo 36 da Lei estadual paranaense n. 15.340/06;

- a parceria para a criação de um centro de referência em pesquisa logística e transporte ferroviário, pode ser instrumentalizada por meio de convênio, desde que (i) se configure na hipótese exercício de objetivo institucional da EMPRESA X e (ii) eventual repasse de recursos ocorra como mecanismo de fomento e não sob a forma de contraprestação.