



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL  
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

---

**PARECER n. 00005/2016/DEPCONSU/PGF/AGU**

**NUP: 00407.010843/2015-36**

**INTERESSADO: DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA**

**ASSUNTO: SUBGRUPO TEMPORÁRIO. AVALIAÇÕES EDUCACIONAIS DO INEP.**

EMENTA: PROJETOS DE AVALIAÇÃO EDUCACIONAL DESENVOLVIDOS PELO INEP. CONTRATO DE GESTÃO FIRMADO ENTRE O MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E O CEBRASPE. POSSIBILIDADE DE PREVISÃO DO REPASSE DA GESTÃO OPERACIONAL. RESSALVAS. DISCIPLINA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

I - Os contratos de gestão fundados na Lei nº 9.637, de 1998, representam a assunção da execução de uma dada atividade diretamente pela entidade privada qualificada como organização social. Consoante julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1923, trata-se de opção administrativa pelo afastamento da execução direta da atividade por órgãos e entidades públicos, que passariam a atuar como reguladores da prestação do serviço, fiscalizando a execução do contrato de gestão com foco no resultado e na eficiência.

II - É pressuposto que no exercício de uma dada atividade prevista no contrato de gestão a organização social tenha a sua gestão operacional, de forma a não confundi-la com mera prestadora de serviço para a execução da atividade diretamente pelo Estado, situação que ensejaria a celebração de contrato administrativo.

III - As avaliações educacionais dirigidas à melhoria do ensino no País poderiam ser enquadradas no art. 1º da Lei nº 9.637, de 1988, estando pois previstas no bojo de um contrato de gestão, mantendo a gestão estratégica quanto ao exercício da atividade a cargo do Estado.

IV - Tratando-se de contrato de gestão celebrado antes de proferido o julgamento na ADI 1923, caberia ao órgão competente fundamentar tecnicamente a viabilidade de seu saneamento ou a celebração de um novo contrato com prévia convocação pública.

V - Ausente decisão técnica/política no sentido de repassar a gestão operacional da avaliação educacional para uma organização social, poderá o INEP manter a execução e celebração de novos contratos administrativos para a execução material de uma atividade relacionada com a avaliação educacional de sua competência.

**1. RELATÓRIO**

**1.1 Da celebração do contrato de gestão e da proposta de termo aditivo**

1. Os autos nº 23036.004374/2013-15 foram instaurados a partir de Ofício encaminhado pela Vice-Reitora da Fundação Universidade de Brasília – FUB – ao Ministro de Estado do Ministério da Educação – MEC, datado de 17 de dezembro de 2013 (fls. 04/05), pelo qual narrava o contexto da constituição do Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos – CEBRASPE -, ao tempo em que apresentava uma proposta de Programa de Trabalho a ser executado no bojo do contrato de gestão que seria celebrado entre aquela organização social e o MEC, com interveniência da FUB e do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP.

2. Consta no art. 5º estatuto do CEBRASPE, acostado às fls. 06/19 dos autos, que a sua finalidade seria:

(...) fomentar e promover o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico e o desenvolvimento institucional, por meio dos seguintes objetivos:

I – promover e realizar estudos e pesquisas nas áreas de ensino, de desenvolvimento tecnológico e de políticas públicas;

II - promover e realizar programas e projetos científicos, tecnológicos, de inovação e de formação de pessoas na área de avaliação e seleção;

III – realizar estudos e pesquisas, desenvolver novas tecnologias e produzir informações e conhecimentos técnicos e científicos relacionados à sua finalidade;

IV - desenvolver atividades de suporte técnico e logístico a instituições públicas e privadas na área de avaliação e seleção;

V - prestar serviços relacionados à sua finalidade, especialmente realizar concursos públicos, processos de

seleção, exames, avaliações, certificações, creditações e correlatos; e  
VI - fomentar as atividades de ensino, pesquisa e extensão universitária.

3. E o parágrafo único do dispositivo acima transcrito prevê os instrumentos a serem utilizados pelo CEBRASPE para a execução de sua finalidade e de seus objetivos:

Parágrafo Único. O CEBRASPE utilizará todos os meios adequados para a execução de sua finalidade e de seus objetivos, podendo, inclusive, desenvolver atividades acessórias, tais como, mas não limitadas a:

I - firmar contratos, convênios, acordos, termos de parceria ou outros instrumentos congêneres com órgãos ou instituições públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras;

II - receber contribuições, patrocínios, auxílios, dotações, subvenções, doações e legados de seus associados, de outras pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras;

III - utilizar-se de bens móveis e imóveis que lhe sejam disponibilizados, a qualquer título, por pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, na forma que lhe for legalmente permitido;

IV - constituir, associar-se, titularizar cotas do capital social ou ter participação acionária em outras associações, sociedades ou fundações, mediante prévia e expressa autorização do Conselho de Administração;

V - organizar, realizar, promover ou participar de eventos, debates, congressos, seminários, conferências e cursos em geral;

VI - produzir, publicar, editar, distribuir, divulgar, patrocinar e(ou) organizar, por si ou juntamente com outras instituições públicas ou privadas, nacionais ou internacionais, livros, periódicos, estudos, revistas, vídeos, filmes ou documentários, fotografias ou quaisquer outros materiais, por qualquer mídia ou meio digital, relacionados à sua finalidade;

VII - adotar as providências cabíveis no âmbito administrativo ou judicial, inclusive por meio de propositura de ações judiciais, para a defesa dos interesses do CEBRASPE, dos seus associados e da coletividade em geral;

VIII - promover a capacitação de seus empregados, bem como de colaboradores que venham a ser contratados pelo CEBRASPE.

4. Antes da celebração do contrato de gestão, a matéria foi submetida à análise técnica do INEP (fls. 353/373 e 395/396) e do MEC (fls. 434/436), e também à análise jurídica da Procuradoria Federal junto à FUB – PF/FUB (Parecer PJU nº 1804/2013 - fls. 125/132), Procuradoria Federal junto ao INEP- PF/INEP (Parecer nº 27/2014/PF-INEP/PGF/AGU - fls. 381/396) e à Consultoria Jurídica junto ao MEC – CONJUR/MEC (Parecer nº 183/2014/CONJUR-MEC/CGAA/CGU/AGU - fls. 438/445).

5. O Parecer PJU nº 1804/2013 entendeu pela possibilidade jurídica de celebração do contrato de gestão, com algumas ressalvas no tocante às obrigações assumidas pela FUB, na qualidade de interveniente, mormente no tocante à cessão de servidores, cessão do imóvel, da marca CESPE e de seu acervo técnico.

6. Do Parecer nº 27/2014/PF-INEP/PGF/AGU destacam-se as seguintes recomendações:

- o anexar a nota técnica em que apresentados os motivos e fundamentos para a ausência de certame preliminarmente à contratação da organização social em questão;
- o demonstrar que todos os custos têm preços convergentes com os praticados no mercado, de forma inequívoca;
- o inserir cláusula vedando expressamente a subcontratação, ainda que parcial, do objeto do contrato.

7. O Parecer nº 183/2014/CONJUR-MEC/CGAA/CGU/AGU considerou, no tocante à ausência de prévia realização de certame para a seleção de organização social visando à celebração do contrato de gestão, que, além da inaplicabilidade do procedimento licitatório ao caso, não haveria nos autos notícia acerca da existência de outra organização social qualificada no âmbito federal que desempenhasse as funções que estão previstas no estatuto do CEBRASPE.

8. Outras questões relevantes do Parecer nº 183/2014/CONJUR-MEC/CGAA/CGU/AGU se referem:

1. - ao enquadramento das atividades a serem desenvolvidas pelo CEBRASPE, no bojo do contrato de gestão, como atividade de ensino, já que envolvidas no macro processo da política de ensino do País, que abrangeria as avaliações do ensino e educação nacionais, das quais brotam os dados que permitem orientar, formular e aperfeiçoar o serviço de ensino na ponta, aquele que é prestado nas salas de aula;
2. - à necessidade de restringir o objeto do contrato de gestão apenas à atividade de subsidiar sistemas de avaliação educacional, de forma a caber ao CEBRASPE apenas a realização dos atos necessários para a colheita e fornecimento de subsídios, preservado a atividade finalística do INEP de promover a avaliação do ensino;
3. - à impossibilidade de subcontratação do objeto do contrato de gestão por parte do CEBRASPE, que deverá prestar pessoalmente os serviços para os quais estará sendo contratado, podendo-se admitir parceria ou não com outra instituição para dar “apoio técnico e logístico nas avaliações educacionais” quando se tratasse de uma avaliação “gigantesca”, tal qual se dá com o Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM, e desde que atendidos os seguintes requisitos:

- o devida justificativa e comprovação de impossibilidade de realização da avaliação somente pelo CEBRASPE, em razão de grandiosidade numérica e territorial da mesma, por exemplo;
- o necessidade de contratação das instituições parceiras pelo INEP, não pelo CEBRASPE;
- o limitação da parceria apenas ao apoio logístico e técnico, conforme previsto no contrato de gestão;
- o manutenção das atividades de gestão de programas e projetos apenas com o CEBRASPE.

9. O Contrato de Gestão nº 01/2014, datado de 18 de fevereiro de 2014, foi celebrado entre o MEC e o CEBRASPE, com interveniência da FUB e do INEP, tendo por objeto o estabelecimento de parceria entre as partes relacionadas na gestão de programas, projetos, apoio técnico e logístico para subsidiar sistemas de avaliação educacional.

10. Ainda na cláusula primeira do contrato de gestão, consta que a sua finalidade seria executada conforme especificação constante no Programa de Trabalho (Anexo II), que, juntamente com a sua proposta de cronograma de desembolso, (Anexo IV), seriam pactuados anualmente. Já o Plano de Ação, que compreenderia as atividades do CEBRASPE seria pactuado, anualmente, por meio de Termo Aditivo ao Contrato de Gestão.

11. Pela subcláusula quinta da cláusula primeira do contrato de gestão, o seu objetivo seria “o planejamento e/ou a realização das avaliações educacionais realizadas pelo INEP”, sendo os objetivos estratégicos definidos na cláusula segunda daquele contrato, nos seguintes termos:

- I - estruturar e fortalecer, institucionalmente, o CEBRASPE, para garantir o ambiente organizacional necessário para a realização com eficiência das grandes avaliações e seleções nacionais;
- II - executar avaliações nas áreas de ensino e desenvolvimento institucional, que podem subsidiar estudos, pesquisas e seleções;
- III - executar, nas áreas de avaliação e seleção, projetos científicos e tecnológicos e programas de inovação e de formação de pessoas; e
- IV - desenvolver novas tecnologias e produzir informações e conhecimentos técnicos e científicos relacionados ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e institucional nas áreas de avaliação e seleção.

12. Na cláusula quinta, consta como obrigações do INEP:

- I - contratar o CEBRASPE para dar apoio técnico e logístico nas avaliações educacionais por ele realizadas, em parceria ou não com outra(s) instituição(ões);
- II - promover o desembolso financeiro, de acordo com o cronograma anual; e
- III - cumprir procedimentos e prazos pactuados para a negociação, renovação ou aditamento deste Contrato de Gestão.

13. Da leitura dos autos, confirmada pela análise do Anexo II do contrato de gestão, a obrigação inicialmente assumida pelo CEBRASPE seria apresentar o Plano Logístico e Estudos de Prospecção acerca das diversas avaliações a serem realizadas pelo INEP, com os respectivos custos, para somente posteriormente, por meio de termos aditivos, começar a dar apoio à realização das atividades educacionais do INEP/MEC propriamente ditas (parágrafo 67 do Parecer nº 183/2014/CONJUR-MEC/CGAA/CGU/AGU).

14. Nesse contexto, o CEBRASPE propôs a celebração do primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Gestão (minuta acostada às fls. 881/929), pelo qual seria prevista a inserção gradativa das seguintes atividades (conforme descrito no parágrafo 40 da Nota Técnica CGSNDGP/INEP nº 15, de 22 de setembro de 2015 – fls. 1973/1977):

- o 2015: apoio técnico e logístico ao processo de calibragem de itens, à aplicação dos Exames CelpeBras, Revalida e Encceja Exterior; sistema de avaliação das provas discursivas do ENEM; e projeto para aplicação eletrônica em formato piloto dos Exames CelpeBras, Encceja Exterior, Enade e ENEM;
- o 2016 e 2017: incluem-se a aplicação do Enem (nas UFs: AC, BA, DF, ES, GO, MA, MS, MG, PA, PI, RS, RO, SE e TO) e o processo de impressão e diagramação segura dos materiais e instrumentos do ENEM (totalidade de materiais e instrumentos, de todos os candidatos);
- o 2018: inclui-se o processo de armazenamento dos instrumentos de avaliação do ENEM (referente a todos os materiais de provas);
- o 2019: inclui-se o processo de distribuição dos materiais e instrumentos de avaliação do ENEM.

15. Consoante quadro comparativo entre o contrato de gestão e o termo aditivo proposto, apresentado no parágrafo 22 da Nota Técnica CGSNDGP/INEP nº 15/2015, alguns termos utilizados teriam sido apresentados de forma mais objetiva no próprio corpo do contrato, sem, contudo, apresentar grandes alterações substanciais. Importante ressaltar, nessas alterações promovidas no corpo do contrato de gestão a revogação da seguinte obrigação que constava para o INEP (na cláusula quinta): “I - contratar o CEBRASPE para dar apoio técnico e logístico nas avaliações educacionais por ele realizadas, em parceria ou não com outra(s) instituição(ões)”. Justificou-se que a contratação do CEBRASPE para as atividades descritas se daria por meio do próprio contrato de gestão, sendo “inócua e pleonástica a cláusula que obriga o INEP a contratar a OS com o mesmo objetivo que se presta o documento em análise”.

16. Também foi inserida, na cláusula quinta do contrato de gestão, a obrigação do INEP de consignar as dotações que se fizerem necessárias para custear o Programa de Trabalho pactuado.

17. Quanto a essa proposta de termo aditivo, consta nos autos ter sido inicialmente elaboradas manifestações jurídicas pela PF/FUB, quais sejam, Parecer PJU/FUB nº 999/2014 (fls. 1649/1653) e Parecer PJU/FUB nº 985/2014 (não acostado nos autos).

18. O Parecer PJU/FUB nº 999/2014 reforçou a necessidade de ser a proposta de termo aditivo submetida aos órgãos jurídicos vinculados ao MEC e ao INEP, já que a FUB não possuiria obrigações no referido termo aditivo, somente fazendo algumas considerações pontuais a título de auxílio.

19. Já o Parecer nº 1038/2014/CGAA/CONJUR-MEC/CGU/AGU (fls. 1728/1730) alertou as autoridades administrativas responsáveis do MEC para a publicação do Acórdão TCU nº 2139/2014, que diria respeito às avaliações do INEP, especialmente do ENEM, e no qual constou a seguinte recomendação:

9.3. recomendar ao INEP que, ao realizar o Enem, pondere, em face dos valores envolvidos e do interesse de outras instituições, a possibilidade de realizar certame licitatório para a contratação dos serviços, avaliando, no caso de contratação direta, a conveniência de alternância entre as empresas contratadas;

20. Nesse aspecto, a CONJUR/MEC recomendou fosse avaliada adequadamente “a mudança quanto ao modelo a ser adotado a partir de agora, no caso, a realização do ENEM através de organização social com contrato de gestão celebrado com a Administração Pública, principalmente se considerarmos que isso implica na ausência de realização de processo licitatório”.

21. Outra questão colocada se refere à vinculação do programa de trabalho proposto à realização do ENEM 2014, quando, na verdade, deveria conter metas que orientassem “as atividades da organização social de acordo com o que o Órgão Supervisor espera de sua atuação em termos de melhoria para a política pública”. E, nesse sentido, também deveria haver uma “redefinição do volume de recursos a ser destinado à organização no período de 2014-2019 de acordo com as metas que foram estipuladas para a Organização Social”.

22. No ano de 2015, os autos foram submetidos à PF/INEP com várias indagações até mesmo estruturais no tocante à formatação dos contratos vigentes para a logística de aplicação do ENEM, quais sejam contrato de gestão com o CEBRASPE (conforme proposta de termo aditivo) e contrato administrativo com outra instituição (que deveria ser mantido em razão de o CEBRASPE não atender todos estados da Federação).

23. Diante das indagações da área técnica do INEP, foi elaborada a Nota nº 116/2015/PFINEP/PGF/AGU (fls. 1778/1784), que sugeriu, de início, fosse o órgão supervisor indagado quanto ao cumprimento por parte do CEBRASPE das metas de desempenho pactuadas para cada ano de vigência, de forma a subsidiar uma decisão discricionária quanto à continuidade ou não do contrato de gestão em tela.

24. Também pontuou a impossibilidade de se refutar as considerações de ordem jurídica já apresentadas pela CONJUR/MEC, bem como que a celebração do termo aditivo ao contrato de gestão deveria ser submetida ao mérito administrativo do Órgão Supervisor, estando, pois, inserido em uma seara ministerial.

25. O Despacho nº 372/2015/PFINEP/PGF/AGU (fls. 1785/1786) complementou a Nota nº 116/2015/PFINEP/PGF/AGU, reafirmando a necessidade e ser acostada aos autos a documentação comprobatória do acompanhamento/fiscalização do contrato de gestão antes de qualquer manifestação conclusiva da PF/INEP.

26. A PF/FUB se manifestou favoravelmente à celebração do primeiro termo aditivo ao contrato de gestão, no que diz respeito às obrigações assumidas pela FUB (Parecer nº 20/2015/GPG/PFFUB/PGF/AGU – fls. 1998/2001).

27. A divergência jurídica veio com o Parecer nº 190/2015/PF-INEP/PGF/AGU que trouxe várias considerações substanciais não somente ao termo aditivo proposto como à própria celebração do contrato de gestão e até mesmo a qualificação do CEBRASPE como organização social.

28. Após explanar sobre os contornos legais e doutrinários do contrato de gestão, a referida manifestação entendeu que os interesses que permeariam a relação entre o CEBRASPE e o INEP seriam contrapostos, e não interesses signatários comuns. A finalidade precípua daquele instrumento seria a “prestação de serviços pelo CEBRASPE ao INEP para a realização dos exames ENEM, ENADE, ENCCEJA, CEIPE-BRAS, SAEB, PISA, REVALIDA, Pré-teste BNI aplicação seriada e Préteste BNI aplicação única, compreendendo segurança, transporte, ensalamento, locação de espaços, capacitação, estratégia de contingência, atendimento diferenciado, correção de redações e operação reverso”.

29. Além de violar o princípio da impessoalidade, eis que conferiria em caráter de exclusividade o objeto típico de um contrato administrativo a uma organização social, a prestação do serviço com relação ao ENEM não estaria abrangida na hipótese de dispensa de licitação de que trata o art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, consoante entendimento do Tribunal de Contas da União - TCU, firmado no julgamento do Acórdão nº 3019/2012-Plenário.

30. Mesmo a efetivação da contratação direta com o CEBRASPE para a prestação de serviços especializados para aplicação de avaliações educacionais deveria ser realizada no âmbito de um contrato administrativo (ainda que se pretendesse utilizar como fundamento a hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993).

31. Também considerou que seria um contrassenso manter, quanto ao apoio técnico e logístico referente à aplicação do ENEM, “um contrato administrativo com a Fundação Cesgranrio, um contrato administrativo com o CEBRASPE e o presente contrato de gestão com o CEBRASPE, para o qual se pretende migrar, paulatinamente, as atividades do contrato administrativo hoje existente”.

32. Forte nesses fundamentos, concluiu por recomendar uma revisão minuciosa do contrato de gestão para fins de se certificar de sua viabilidade jurídica, excluindo todas as obrigações/atividades que caracterizassem interesses contrapostos. E, nesse sentido, recomendou também que fosse reanalisada a supressão da atividade relativa ao Sistema de Avaliação das Provas Discursivas do ENEM 2015 que à época constaria do Contrato nº 38/2014, em face da ausência de amparo legal para o seu enquadramento no bojo do Contrato de Gestão nº 01/2014.

33. Acaso mantida a decisão na celebração do Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Gestão nº 01/2014, o Parecer nº 190/2015/PF-INEP/PGF/AGU ressaltou, entre outras recomendações, fosse mantida a vedação à subcontratação.

34. A CONJUR/MEC se manifestou contrária ao entendimento firmado pela PF/INEP no Parecer nº 190/2015/PF-INEP/PGF/AGU. O Parecer nº 1003/2015/CONJUR-MEC/CGAA/CGU/AGU discordou do enquadramento das atividades constantes na proposta de termo aditivo ao Contrato de Gestão nº 01/2014 como típicas de contrato administrativo, já que não visariam suprir necessidades meramente de caráter interno, mas sim se destinariam a um público de milhões de pessoas que nenhuma relação têm com o INEP, dada a grandeza da avaliação educacional a que se refere.

35. Destacou que, por outro lado, os contratos administrativos podem ser celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos para o atingimento de interesses comuns, tal qual previsto no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993.

36. Também compreendeu como não violado o princípio da impessoalidade, já que termos de colaboração ou de fomento podem ser prestados sem prévio chamamento público, além de não constar nos autos registro de outra organização social que tenha sido qualificada com a mesma finalidade do CEBRASPE. Ademais, a exclusividade do CEBRASPE também se justificaria na

necessidade de gestão operacional única sobre determinados procedimentos.

37. Quanto ao enquadramento da prestação de serviços especializados para a aplicação de avaliações educacionais no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993, o Parecer nº 1003/2015/CONJUR-MEC/CGAA/CGU/AGU também apresentou uma interpretação diversa. Considerou como enquadráveis na hipótese de dispensa de licitação de que trata aquele dispositivo: (i) a contratação da organização social por ente federativo diverso para prestação de mesmos serviços previstos no contrato de gestão; ou (ii) a contratação da organização social pelo mesmo ente federativo para satisfazer necessidades internas não previstas no contrato de gestão (o que não seria o caso).

38. Por fim, considerou possível a convivência simultânea do contrato de gestão com o CEBRASPE e do contrato administrativo com a CESGRANRIO, já que teriam por objeto execução de atividades em localidades diversas.

39. Diante dessas divergências jurídicas, o Parecer nº 1003/2015/CONJUR-MEC/CGAA/CGU/AGU sugeriu a remessa dos autos à Procuradoria-Geral Federal – PGF para que, nos termos da Portaria PGF nº 424, de 16 de julho de 2013, firmasse a orientação jurídica aplicável ao caso.

## 1.2 Da constituição do subgrupo temporário

40. No âmbito do Departamento de Consultoria da PGF – DEPCONSU/PGF, os autos foram inicialmente distribuídos para análise do Procurador Federal Leonardo Vasconcellos Rocha, que corroborou as conclusões firmadas no Parecer nº 190/2015/PF-INEP/PGF/AGU, “no sentido da necessidade de exclusão de todas as obrigações ou atividades inseridas no contrato de gestão que caracterizem interesses contrapostos, representando mera prestação de serviços” (Parecer nº 38/2015/DEPCONSU/PGF/AGU).

41. Fundamentou seu entendimento no voto condutor proferido pelo Ministro Luiz Fux, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF, destacando-se o seguinte trecho de sua ementa:

“12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, esporte e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF. (Julgamento em 16/4/2015, com acórdão pendente de publicação)”.

42. Destacou também a argumentação lançada acerca deste específico ponto no aludido voto condutor:

“45. (...) Tampouco aqui, porém, cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, já que o contrato de gestão não consiste, a rigor, em contrato administrativo, mas sim em um convênio. Com efeito, no núcleo da figura dos convênios está a conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: há plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, voltado para um fim compartilhado.

(...)

47. Por não se tratar de contratos administrativos, não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, restrito ao âmbito das contratações (CF, art. 37, XXI). Nem por isso, porém, a celebração de contratos de gestão pode ficar imunizada à incidência dos princípios constitucionais”.

43. Citou, ainda, a distinção outrora feita pela Câmara Permanente de Convênios entre convênios e contratos administrativos (Parecer nº 4/2014/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU).

44. A par desse entendimento, considerou necessário buscar soluções jurídicas alternativas em razão da vigência do atual Contrato de Gestão nº 01/2014, o que poderia se dar com a constituição de um subgrupo temporário, pautada no art. 8º, inciso IV, alínea "c", da Portaria PGF nº 835, de 10 de dezembro de 2013, que contasse com a participação da CONJUR/MEC e que fosse “voltado a traçar os limites da utilização do contrato de gestão a que se refere a Lei nº 9.637/1998 para o alcance dos objetivos tratados na presente abordagem”.

45. Nesses termos foi aprovado o Parecer nº 38/2015/DEPCONSU/PGF/AGU, tendo por passo seguinte a constituição do presente subgrupo temporário, integrado pelas Procuradorias Federais junto ao INEP e à UnB, e pelas Consultorias Jurídicas junto ao Ministérios da Educação e ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, na qualidade de convidados, cujo objeto de trabalho seria, nos termos da Ordem de Serviço DEPCONSU/PGF nº 05, publicada nas fls. 25/17 do Boletim de Serviço AGU nº 01, de 04 de janeiro de 2016, discutir os procedimentos e os entendimentos jurídicos relacionados aos projetos de avaliação educacional desenvolvidos pelo INEP, cabendo-lhe, especificamente:

I - avaliar em que medida os projetos de avaliação educacional desenvolvidos pelo INEP podem ser abrangidos por contrato de gestão firmado pelo Ministério da Educação;

II - verificar a possibilidade e de que modo se daria a participação do Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos - CEBRASPE em relação a tais projetos, em vista do que dispõe o seu estatuto, caso sejam abrangidos em um contrato de gestão firmado com o Ministério da Educação ; e

III – havendo a possibilidade, apontar quais seriam as balizas legais e contratuais a serem observadas, inclusive quanto ao instrumento próprio, de modo a harmonizar a confluência de interesses entre ambos na realização de determinadas atividades relacionadas à área de ensino e aos ditames da Lei nº 8.666, de 1993.

46. Nos termos do art. 3º daquela Ordem de Serviço, a Coordenadora do subgrupo temporário teria até o dia 04 de março de 2016 para apresentar as conclusões à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria, para posterior submissão à aprovação pelo Procurador-Geral Federal, se necessário.

47. Após constituído o subgrupo temporário, foram realizadas reuniões presenciais nos dias 13/01/2016, 18/01/2016, 02/02/2016 e 16/02/2016 (conforme atas em anexo). A reunião do dia 18/01/2016 contou com a participação da Coordenadora-Geral de Contratos e Suporte à Aplicação do INEP - Raíssa Barros Orega - que trouxe esclarecimentos relevantes acerca das discussões técnicas promovidas à época da celebração do Contrato de Gestão nº 01/2014.

48. Diante da análise dos autos e dos debates presenciais promovidos no âmbito do subgrupo temporário, foi possível sintetizar os pontos de divergência jurídica nos seguintes:

- compreensão sobre os objetivos do contrato de gestão – se seria somente subsidiar sistemas de avaliação educacional ou repassar a gestão da avaliação educacional como um todo para o CEBRASPE;
- presença de interesses contrapostos no contrato de gestão, e sua eventual possibilidade;
- situações em que aplicáveis o contrato administrativo de que trata o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993;
- convivência do contrato de gestão com contrato(s) administrativo(s) firmado(s) com outra(s) entidade(s);
- possibilidade de subcontratação pela organização social, quanto às atividades inseridas no contrato de gestão.

49. Importante registrar, quanto à constituição do subgrupo temporário, que a participação da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação – CONJUR/MCTI se justifica na experiência que essa unidade conta em razão de ser o referido Ministério não somente pioneiro na celebração de contratos de gestão com diferentes organizações sociais, como também pioneiro na regulamentação da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, pela Portaria MCTI nº 967, de 21 e dezembro de 2011.

50. Outrossim, especificamente relevante ressaltar a participação do membro Caio Márcio Melo Barbosa, representando a CONJUR/MCTI, que além de trazer toda a bagagem de sua atuação prática nesse ramo há mais de 6 (seis) anos, vem colaborando na construção de uma minuta de Decreto que irá regulamentar a Lei nº 9.637, de 1998, além de se dedicar academicamente na análise das Organizações Sociais. E quanto ao seu trabalho acadêmico, embora ainda não publicado, foi compartilhado com o grupo e utilizado como subsídio para a fundamentação dessa manifestação.

## **2. FUNDAMENTAÇÃO**

### **2.1 Contextualização sobre as Organizações Sociais**

#### **Natureza da atividade exercida no bojo do contrato de gestão**

51. Para avançarmos na análise das divergências jurídicas, relevante primeiramente contextualizar a finalidade da celebração de um contrato de gestão com uma organização social, não somente em face da Lei nº 9.637, de 1998, e do ordenamento jurídico vigente como um todo, mas também em face da experiência adquirida quanto ao tema por outros órgãos da Administração Pública Federal e por outros entes federados.

52. José dos Santos Carvalho Filho enquadra o regime dos contratos de gestão com organizações sociais como sendo mais uma etapa do processo de desestatização, “pelo qual o Estado se afasta do desempenho direto da atividade, ou, se se preferir, da prestação direta de alguns serviços públicos, mesmo não econômicos, delegando-a a pessoas de direito privado não integrantes da Administração Pública” (Manual de Direito Administrativo, 13ª edição, Rio de Janeiro: 2005, Lumen Juris Editora, p. 268).

53. Nessa trilha também caminha a administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro, que considera a Lei nº 9.637, de 1998, como implementadora de um dos muitos instrumentos de “privatização” de que o Governo vem se utilizando para diminuir o tamanho do aparelhamento da Administração Pública. Nos dizeres da autora, “a atividade prestada muda a sua natureza; o regime jurídico, que era público, passa a ser de direito privado, parcialmente derogado por normas publicísticas; a entidade pública é substituída por uma entidade privada” (Direito Administrativo, 18ª edição, São Paulo: 2005, Editora Atlas S.A., p. 432).

54. Embora haja uma divergência entre os autores no enquadramento da atividade prestada pelas organizações sociais como serviço público, e, por conseguinte, na presença ou não de uma típica “delegação” pelo Estado, foca-se na convergência quanto à assunção da execução de uma dada atividade diretamente pela organização social.

55. Ou melhor, convergem os doutrinadores para o entendimento de que se trata de exercício direto de uma atividade pela pessoa jurídica de direito privado qualificada como organização social, sob o fomento do Estado.

56. Uma análise mais recente sobre o tema foi feita pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1932/DF, datado de 16 de abril de 2015, que avaliou diferentes aspectos do marco legal das organizações sociais (DJ de 17/12/2015).

57. No voto condutor desse julgamento, o Ministro Luiz Fux apresentou uma diferenciação conceitual acerca da natureza das atividades exercidas pelas organizações sociais, no bojo do contrato de gestão: se seriam ou não serviços públicos. Compreendeu tratar-se de um sistema “de fomento, de incentivo a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão”. Representa uma intervenção indireta do Estado no domínio econômico e social, em que é estimulada a execução da atividade de interesse público pelo particular, que atuaria por direito próprio, tanto que não incidente o instituto da delegação previsto no art. 175 da Constituição Federal de 1988, haja vista a incidência de dispositivos constitucionais específicos, quais sejam, arts. 199, 209, 215, 217, 218 e 225.

58. O fomento regulamentado pela Lei nº 9.637, de 1998, compreende a cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão. Nos dizeres do Ministro Luiz Fux, “este mesmo contrato de gestão, por outro lado, será o instrumento consensual que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, em

uma versão branda da conhecida regulação, temperada pelo princípio da consensualidade e pela participação dos administrados”. Além disso, defende a incidência tradicional da regulação, pela imposição de deveres definidos em leis ou atos infralegais.

59. Relevante também foi a consideração do Ministro quanto ao efeito da decisão gerencial de utilização do regime do fomento pelo contrato de gestão, após a edição da Lei nº 9.637, de 1998. Conforme consta no voto condutor daquele julgado, cada decisão gerencial nesse sentido representaria, simultaneamente “o afastamento da via da criação de entidades públicas para a intervenção direta e a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados”, inserindo metas e resultados a serem alcançados, “sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação”.

60. Tal decisão administrativa partiria de uma lógica na qual a atuação privada poderia ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado.

61. Por outro lado, o Ministro Luiz Fux ressaltou que nesse modelo de atuação não estaria presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo.

62. Dessas passagens doutrinárias e jurisprudenciais, sobreleva o entendimento de que as organizações sociais atuam em nome próprio, sob o fomento do Estado, que terá ao seu dispor diferentes instrumentos para efetivar o controle do seu resultado, tal qual a participação no seu Conselho de Administração.

63. A questão nodal que permeará a interpretação das divergências jurídicas postas nos autos é que não há, no caso, prestação de uma atividade diretamente pelo Estado. E, para compreender melhor essa constatação, importante nos reportarmos ao trabalho mais específico e aprofundado do colega Caio Márcio Melo Barbosa (frise-se, ainda pendente de publicação), quando bem distingue a execução de uma atividade diretamente pelo Estado da execução de uma atividade pela organização social, sob o regime de contrato de gestão.

64. Na verdade, a execução direta de uma atividade pelo Estado não significa que todos os serviços seriam executados materialmente pelo próprio Estado, que pode se valer de contratos administrativos a serem firmados com agentes privados para tanto, nos termos do conceito presente no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993: “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”.

65. É assente na doutrina e ficou pacífico na jurisprudência da Egrégia Corte, a partir do julgamento proferido na ADI 1923, que o contrato de gestão não se confunde com o contrato administrativo. Para além de pautar essa divergência na presença ou não de interesses contrapostos, Caio Márcio Melo Barbosa esclarece que o ponto distintivo nodal é que no bojo do contrato administrativo o Estado não se afasta da execução direta da atividade. O que há, tradicionalmente, é a terceirização do exercício de funções operacionais “cujas atribuições sejam demasiadamente específicas ou de mero apoio administrativo, que não estejam associadas às atividades finalísticas do ente público nem a funções que impliquem limitação de direitos ou geração de benefícios diretos à comunidade”.

66. Ressalta, no caso, que a terceirização não pode alcançar: “a) a atividade-fim da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional; ou b) qualquer atividade que seja inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos e salários do ente estatal, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente”.

67. Comparativamente, as organizações atuam em nome próprio na gestão global dos serviços contidos no contrato de gestão, não se limitando ao exercício de atividades instrumentais ou acessórias, eis que não se trata de terceirização. Dessarte, não há aqui vedação ao exercício de atividades finalísticas, até porque a atuação da organização social será sim para atender à satisfação de um interesse público imediato, e não às necessidades internas do próprio órgão ou ente da Administração Pública.

68. Ou seja, não serão contratadas para auxiliar o Estado na prestação direta de uma dada atividade, mas sim executarão a referida atividade em nome próprio, ainda que submetida ao controle de resultados pelo Estado. E para a execução dessa atividade, poderão contratar com terceiros, observando-se procedimentos previstos em regulamento próprio, tal qual disposto no art. 4º, VIII, da Lei nº 9.637, de 1998.

69. O colega Caio Márcio Melo Barbosa cita a classificação apresentada pela Procuradora do Estado de São Paulo Dora Maria de Oliveira Ramos (Terceirização na Administração Pública. São Paulo: LTr, 2001. Apud LINS, Bernardo Wildi. A responsabilidade civil do Estado e da Organização Social nas diferentes espécies de parcerias firmadas via contrato de gestão. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 8, n. 16, jul./dez. 2014, p. 31-32) quanto aos níveis de gestão do serviço, quais sejam: gestão estratégica, gestão operacional e a execução material do serviço.

70. Enquanto uma empresa terceirizada tem somente a execução material do serviço, a organização social assume a gestão operacional, podendo delegar a terceiro a sua execução material. No bojo da gestão operacional, várias tarefas estariam envolvidas, de diferentes naturezas, tais quais, “administrativa, financeira, comercial, recursos humanos, estoque, cadeia de fornecimento, operações de compras e vendas, logística, processo de produção, contabilidade, soluções de informática, adequações de espaço físico e de maquinário, etc”.

71. Ainda nos dizeres de Dora Maria de Oliveira Ramos, a gestão estratégica seria sempre atribuída ao Estado, insuscetível de delegação, abrangendo a “concepção superior da prestação da atividade e à definição dos seus objetivos, podendo ser incluídas, também neste nível, as competências de regulação do serviço e fiscalização da entidade privada operadora”.

72. Uma última questão a ser colocada nesse tópico é que a atividade inserida no contrato de gestão, que estaria sob a gestão operacional da organização social, tanto pode se referir a uma atividade quanto a um projeto, aplicando-se, por analogia, os conceitos trazidos no art. 2º, III-A e III-B, da Lei nº 13.019, de 2014, segundo os quais, entende-se por:

- o atividade, o “conjunto de operações que se realizam de modo contínuo ou permanente, das quais resulta um produto ou serviço necessário à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil”; e
- o projeto, o “conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto destinado à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil”.

## Contratos de gestão atípicos: impossibilidade de prestação do serviço para a execução da atividade diretamente pelo Estado

73. Na linha do que foi dito acima, o colega Caio Márcio Melo Barbosa alerta para a impossibilidade de ser utilizado o modelo de organização social no bojo de um arranjo institucional estatizado, em que seria desvirtuada a finalidade do contrato de gestão.

74. Nesse sentido, destaca que a organização social não pode fazer papel de mera empresa terceirizada, prestando uma atividade sob a gestão do Estado, a quem caberia a satisfação direta de um serviço público em prol de seus usuários.

75. A relação entre os usuários do serviço e a organização social deve ser direta, sem prejuízo do exercício pelo Estado de atividades de regulação e fiscalização, inseridas na gestão estratégica, conceituada no tópico anterior, e que serão novamente analisadas no tópico seguinte.

76. Alertou ainda para a impossibilidade de utilizar as organizações sociais “para remover obstáculos legais como o limite de despesas com pessoal, a morosidade causada pelas regras do concurso público ou a inadequação delas para a contratação de tipos específicos de profissionais”.

77. O contrato de gestão não poderia, pois, ter por objeto o fornecimento de bens ou a prestação de serviços, inclusive obras de engenharia, que tenham como destinatária imediata e principal a Administração Pública.

78. Ainda que se refira a uma atividade finalística, a organização social deve ter a gestão operacional da execução da atividade contemplada no contrato de gestão e não somente auxiliar a Administração Pública para que ela, diretamente, execute a atividade.

79. Quanto a esse ponto, o colega Caio Márcio Melo Barbosa citou a redação original do art. 40, caput, II, da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, considerada o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, quando vedava expressamente a celebração de parcerias com Organizações da Sociedade Civil que tivessem por objeto, direta ou indiretamente, a “prestação de serviços ou de atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado”. Pelo mesmo motivo, destacou também a vedação que vinha prevista no art. 40, parágrafo único, I, daquela lei, quanto à contratação “de serviços de consultoria, com ou sem produto determinado”, por considerar que o produto da consultoria normalmente seria utilizado pelo Estado “para orientar a realização, por ele próprio, de serviços públicos em favor da coletividade”.

80. A par da revogação desses dispositivos pela Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015, não se poderia deturpar os contratos de colaboração em geral como se contratos administrativos fossem, na mesma lógica aplicável para os contratos de gestão. Nessa trilha, o colega cita recente entendimento firmado pelo TCU no Acórdão nº 246/2015-Plenário (Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 11.02.2015), no âmbito dos termos de parceria com Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, que seria convergente com o cerne daqueles dispositivos originários da Lei nº 13.019, de 2014, qual seja, a OSCIP deve prestar serviços à sociedade, ou seja, atividades finalísticas do Estado à população.

81. Essa mesma ideia também estaria contida no art. 75 do Anteprojeto da Lei de Organização Administrativa, apresentado pela comissão de juristas constituída pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Portaria nº 426, de 2007), segundo o qual, “os contratos de colaboração – o que incluem os contratos de gestão – não podem destinar-se ao simples fornecimento, pela entidade não estatal, de mão de obra, serviço ou bens necessários à execução de atividade pela própria entidade estatal”.

82. Em síntese, ainda conforme bem pontuado pelo colega Caio Márcio Melo Barbosa, no bojo dos contratos de gestão, não caberia às organizações sociais fornecer bens ou serviços para que o ente público supervisor: “a) preste diretamente – sob sua gestão direta e em nome próprio – serviços públicos à comunidade, b) realize serviços administrativos internos ou c) satisfaça suas próprias carências internas”.

### Atividades suscetíveis e insuscetíveis de serem exercidas pelas organizações sociais

83. Resgatando a classificação de gestão apresentada pela Procuradora do Estado de São Paulo Dora Maria de Oliveira Ramos, citada em tópico anterior, a gestão estratégica, que englobaria não somente o planejamento quanto à prestação da atividade, mas também a regulação do serviço e a fiscalização da organização social, não poderia ser objeto de delegação.

84. Decerto, a lógica do contrato de gestão é, nos dizeres do colega Caio Márcio Melo Barbosa, bem separar as funções estratégicas exercidas pelo Estado das atividades de prestação, exigindo da Administração uma maior capacidade institucional para negociar as condições contratuais, sobretudo quanto ao controle de resultados, tornando o Estado mais cerebral e menos braços e pernas. Esse foi o objetivo do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, bem apreendido pelo voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento da ADI 1923, e objeto de aplausos pelo constitucionalista Gustavo Binbenjimin (A era do Direito Administrativo como religião já era. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-25/voto-luiz-fux-organizacoes-sociais-direito-administrativo>>. Acesso em: 02 de maio de 2015.):

[...] o voto afirma, com lucidez e argúcia, que não há um modelo de Estado único e inteiramente constitucionalizado no Brasil. Com efeito, embora constitucionalmente vinculado por lineamentos básicos e objetivos fundamentais, o tamanho e a formatação do Estado brasileiro dependerão das opções políticas determinadas por governos democraticamente eleitos. Em outras palavras, nossa moldura constitucional é suficientemente dúctil para abarcar diferentes desenhos institucionais e distintos projetos de intervenção estatal nos domínios econômico e social.

[...] Fux descarta o uso do discurso constitucional como instrumento de oposição político-ideológica a modelos cujos contornos não foram exauridos pelo legislador constituinte, mas que sujeitos, por isso mesmo, à liberdade de conformação do legislador. Além do risco da cristalização de concepções ideológicas ultrapassadas, a hiperconstitucionalização do modelo de Estado exhibe um potencial antidemocrático, na medida em que pode manietar as margens de deliberação legítimas de novas maiorias legislativas. [...]



**As organizações sociais, portanto, não significam ou representam qualquer renúncia de tarefas públicas por parte do Estado. Como bem exposto no voto, não há uma reserva constitucional para o desempenho de serviços sociais por órgãos ou entidades estatais, senão apenas a exigência de que o Estado atue na promoção de determinados fins. Assim, as “OS” se afiguram como um modelo legal de fomento público, acompanhado de intensa regulação estatal, por meio do qual o Estado pretende atingir objetivos públicos de forma mais eficiente do que pela via de entidades próprias.** Trata-se da indução da atividade do particular na direção do cumprimento de metas e obtenção de resultados de interesse público. [...]

Resta aduzir, a bem da verdade, que tudo que se vem de dizer não confere garantia de sucesso ao modelo das organizações sociais. Há inúmeras outras razões, de ordem técnica, econômica e gerencial, que podem concorrer para o êxito ou fracasso do modelo. Essa é uma realidade que nada tem que ver com a discussão sobre a sua constitucionalidade.

Nada obstante isso, **o voto do professor e ministro Luiz Fux cumpriu o importante papel de desmistificar a ideia de um regime jurídico-administrativo único, inflexível e atemporal, entrançado nas dobras da Constituição. Bem ao revés, ressaltou o voto uma visão pluralista e democrática do Direito Administrativo, comprometida tanto com seus princípios como com a realização eficiente de seus fins. A era do Direito Administrativo como religião já era.** (grifos nossos)

85. Além das atividades inseridas no bojo da gestão estratégica, também não poderiam estar inseridas no bojo do contrato de gestão as atividades consideradas exclusivas do Estado. Conforme bem citado pelo colega Caio Márcio Melo Barbosa, o art. 40 da Lei nº 13.019, de 2014, estabelece expressamente que não pode ser objeto de delegação as “funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado”, podendo ser aplicado por analogia no tocante aos contratos de gestão.

86. No caso, é certo que as atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, descritas no art. 1º da Lei nº 9.637, de 1998, não são consideradas exclusivas do Estado, conforme bem ressaltado pelo Ministro Luiz Fux, no voto condutor da ADI 1923, quando defendia a inaplicabilidade do art. 175 da Constituição Federal de 1988 aos contratos de gestão:

87. Essas considerações tornam, em primeiro lugar, inaplicável ao caso o art. 175 da Constituição, que prevê a delegação de serviços públicos por permissão ou concessão, sempre condicionada à licitação. Ora, essa regra geral, dirigida aos serviços públicos exclusivos ou privativos – como energia elétrica ou telecomunicações (CF, art. 21, XI e XII, ‘b’) –, não pode suprimir o âmbito normativo das diversas regras específicas, previstas também na Constituição, com relação às atividades definidas como serviços públicos não privativos. Os dois regimes jurídicos não podem ser confundidos. E é por força de tais regras específicas – arts. 199, 209, 215, 217, 218 e 225, todos da CF –, que o particular atua por direito próprio nessas searas, sendo totalmente descabida a exigência de licitação para que, repita-se, o particular possa fazer justamente aquilo que sempre lhe era lícito executar, por serem “livres à iniciativa privada” e/ou “deveres da Sociedade”, respeitadas as balizas que a própria Constituição já impõe quanto ao conteúdo material do regime jurídico dessas atividades.

88. Em suma, portanto, do próprio regime jurídico constitucional de tais atividades se extrai que as Organizações Sociais, quando se dirigem “ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde” (art. 1º, caput, da Lei), não atuam por força do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio. A rigor, a Lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do art. 175 da CF. O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema de fomento, de incentivo a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão. E é nesse ponto da concretização da atividade de fomento que, supostamente, configuram-se todas as demais inconstitucionalidades alegadas na inicial.

89. Isso não afasta a competência do Estado para promover a gestão estratégica sobre essas atividades, exercendo a sua competência regulatória e fiscalizatória.

90. Outro ponto relevante, e que está atrelado às seis atividades enumeradas no art. 1º da Lei nº 9.637, de 1998, é que, conforme visto em tópico anterior, é irrelevante para a celebração do contrato de gestão a análise quanto à inserção ou não de determinada atividade na competência finalística de um órgão ou entidade da Administração Pública. O dogma da vedação à terceirização de atividade finalística se aplica para os contratos administrativos, ou seja, para os casos em que o Estado busca auxílio, apoio, de uma entidade privada, para que possa prestar diretamente uma atividade ou um serviço público, em sentido lato.

91. Não é esse o caso do contrato de gestão. Conforme bem ressaltado pelo colega Caio Márcio Melo Barbosa, “é da natureza de todo e qualquer fomento estatal que o serviço desempenhado pelo particular fomentado esteja dentre as atividades consideradas finalísticas do ente público”, haja vista que “o ente estatal somente pode fomentar atividades em setores para os quais tenha competência material, como é o caso dos serviços educacionais”. E o colega ilustra essa passagem com o seguinte exemplo:

“Não faz sentido algum presumir que um Município possa (e muito menos deva) fomentar instituições privadas dedicadas a atividades-meio como serviços de manutenção predial, limpeza, vigilância ou transporte (típicas atividades de apoio). Seria um desvio total de finalidade, de bom senso e de prioridade”.

92. Ainda no tocante à educação, o colega argumenta que o próprio art. 213 da Constituição Federal de 1988 legitimaria tanto a atuação direta do Estado como a atuação de particulares. Nesse último caso, haveria ainda a previsão legal da possibilidade de fomento no bojo de um contrato de gestão (Lei nº 9.637, de 1998), o que se alinha com o voto condutor do Ministro Luiz Fux, no julgamento da ADI 1923, cujo trecho foi acima transcrito.

93. A ressalva bem colocada pelo colega Caio Márcio Melo Barbosa é quanto à eventual competência atribuída, por lei ou pela própria Constituição, ao Estado para que tenha a gestão direta de uma determinada tarefa, quando aí não caberia a sua

inserção em um contrato de gestão. Contudo, o colega faz o seguinte alerta: “se a lei simplesmente dispuser que compete a determinado ente público coordenar e gerir a realização de um serviço específico, não se pode descartar a possibilidade desse ente realizá-lo mediante gestão indireta, exceto quando estiver envolvida, inquestionavelmente, alguma atividade exclusiva de Estado (serviço diplomático, segurança pública, etc.)”.

### **Convocação pública para a celebração de contrato de gestão**

94. Uma das relevantes questões trazidas em discussão no julgamento da ADI 1923 se referiu à submissão do contrato de gestão ao art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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. (Regulamento)

95. O Ministro Luiz Fux, no voto condutor daquele julgado, fez algumas considerações sobre a aplicabilidade ou não do julgado acima no tocante à qualificação da entidade sem fim lucrativo como organização social e à celebração do contrato de gestão.

96. Quanto à qualificação da entidade sem fim lucrativo como organização social, alegou que se trata apenas de atribuir um título jurídico de legitimação para que a entidade possa se habilitar a fruir, se celebrado o contrato de gestão posteriormente, de determinados benefícios.

97. Nos termos do art. 2º, II, da Lei nº 9.637, de 1998, conjugado com os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, não se poderia, no bojo da discricionariedade conferida ao Poder Executivo, permitir a “prática de arbitrariedades, criando redutos de favorecimento a ser viabilizado por contratos de gestão dirigidos a determinadas organizações sociais”.

98. E continua mais adiante: “a qualificação, que, como dito, caberia em tese a qualquer interessado, só pode ser indeferida por critérios comprovadamente objetivos e impessoais, fixados em harmonia com o que prega o art. 20 da Lei, cuja configuração in concreto seja demonstrada por razões fundamentadas nos autos de processo administrativo”.

99. Já a celebração do contrato de gestão, embora não englobado no conceito de contrato administrativo, ensejando, também nesse caso, a inaplicabilidade do art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 (tal qual se dá com os convênios), deveria se submeter a um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos. Nesse caso, ainda que não aplicável o rigor do procedimento licitatório não se poderia desconsiderar que o contrato de gestão envolve disponibilização de bens escassos (sejam eles bens móveis e imóveis propriamente ditos, recursos financeiros ou até mesmo servidores públicos). E diante de um cenário de escassez, haveria, por consequência, “a exclusão de particulares com a mesma pretensão, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado no contrato de gestão”.

100. O colega Caio Márcio Melo Barbosa completa que o procedimento seletivo para a celebração do contrato de gestão somente pode ser afastado se a organização social a ser contemplada estiver nominalmente identificada por lei formal como beneficiária do referido fomento (o que sequer poderia ser previsto em decreto do Poder Executivo) ou se tal procedimento for afastado pela própria legislação aplicável aos contratos de gestão.

101. Quanto à aplicabilidade no tempo do entendimento firmado na ADI 1923, o colega defende a manutenção legítima dos contratos de gestão celebrados antes do julgamento final da referida ação judicial, em face da omissão da Lei nº 9.637, de 1998, quanto à exigência de prévio procedimento seletivo, até então sujeita à presunção de constitucionalidade. Contudo, a partir do julgamento definitivo da ADI 1923, a União deveria realizar o processo de convocação pública, sempre que tivesse interesse na celebração de novos contratos de gestão, devendo, para o bom exercício de sua gestão estratégica, contar com “quadros técnicos altamente capacitados a realizar tanto os estudos prévios relativos ao plano de fomento, quanto a seleção das organizações sociais e o acompanhamento de todas as etapas do empreendimento”.

102. Nesse caso, relevante seria considerar, para fins de convocação pública, não somente as entidades privadas sem fins lucrativos já qualificadas como organização social, mas também aquelas ainda não qualificadas que pudessem ter interesse no exercício da atividade a ser contemplada no contrato de gestão, sem prejuízo de vincular a celebração do contrato à sua prévia qualificação. Ou ainda, poder-se-ia permitir a participação de todas as organizações sociais qualificadas no ramo de atividade objeto do contrato de gestão (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde), tal qual ocorre com as convocações públicas promovidas pela Secretaria de Cultura do Estado de São Paulo, que serão objeto de análise no tópico seguinte.

### **Do Acórdão TCU nº 3304/2014-Plenário e dos outros modelos de organizações sociais típicas**

103. O Acórdão nº 3304/2014, proferido pelo Plenário do TCU, decorreu do primeiro trabalho de fiscalização com a finalidade específica de avaliar os indicadores, os resultados e a governança relacionados aos contratos de gestão supervisionados pelo MCTI, que seria o pioneiro na utilização do modelo disposto na Lei nº 9.637, de 1998.

104. Na oportunidade, a Corte de Contas detectou deficiências estruturais que se relacionariam, em grande parte, com a ausência de regulamentação da Lei nº 9.637, de 1998, embora houvesse também destacado como boa prática a edição da Portaria MCTI nº 967, de 21 de dezembro de 2011.

105. E sobre essa ausência de regulamentação da Lei nº 9.637, de 1998, a Corte de Contas destacou ser “preocupante o

prognóstico em relação ao uso recorrente do modelo de contratualização com OS, antes restrito ao MCTI, à luz das falhas apuradas nesta fiscalização, ainda mais considerando o recente credenciamento e a consequente celebração de contrato de gestão pelo Ministério da Educação com o Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (Cebbraspe) e com o Instituto de Ensino e Pesquisa Alberto Santos Dumont” (grifamos).

106. As recomendações feitas pela Corte de Contas foram divididas nos seguintes aspectos: (i) pactos de resultados, (ii) estrutura de governança, (iii) indicadores de desempenho, e (iv) análise de resultados.

107. Das recomendações e determinações promovidas naquele julgamento, depreende-se uma preocupação da Corte de Contas com a delimitação objetiva e específica dos produtos ou serviços a serem inseridos nos planos de ação dos contratos de gestão celebrados com as organizações sociais, de forma a permitir uma maior definição dos indicadores de desempenho e a controlar seus resultados.

108. Essa preocupação da Corte de Contas se alinha com o entendimento exposto nos tópicos anteriores, em que demonstrado que a finalidade do contrato de gestão é fomentar a execução direta de uma determinada atividade de interesse público pela organização social, sob a sua gestão operacional.

109. Se é certo que o contrato de gestão não deve minar a capacidade da organização social de promover a gestão operacional da atividade objeto do contrato de gestão, também é certo que o órgão supervisor deve ter condições para bem definir as metas a serem alcançadas, os meios colocados à disposição da entidade executora (recursos financeiros, bens públicos, servidores), e os instrumentos para o exercício do controle dos resultados. E toda essa definição pressupõe a definição do objeto, ou seja, da atividade que será desempenhada.

110. Exemplos típicos de contratos de gestão com definição clara do seu objeto vêm sendo celebrados com o Estado de São Paulo. No sítio da Secretaria de Cultura desse Estado (disponível em: <http://www.cultura.sp.gov.br/portal/site/SEC/menueitem.426e45d805808ce06dd32b43a8638ca0/?vgnextoid=43268ac36e651410VgnVCM1000008936c80aRCRD&vgnnextchannel=43268ac36e651410VgnVCM1000008936c80aRCRD>, acessado em: 28/01/2016), encontramos convocações públicas para a celebração de contratos de gestão com os seguintes objetos:

- o gerenciamento do Programa Fábricas de Cultura, que compreende as Unidades de Fábricas (Setor A e/ou Setor B) e o "Núcleo Luz";
- o gerenciamento da Biblioteca de São Paulo, Biblioteca Parque Villa-Lobos e Programa de Leitura do Estado de São Paulo;
- o gerenciamento da Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo (OSESP), do Complexo Cultural Julio Prestes (Sala São Paulo) e para a produção e realização do Festival de Inverno de Campos do Jordão, no período de 01/11/2015 a 31/12/2019; e
- o gerenciamento da São Paulo Companhia de Dança.

111. No mesmo sentido são as convocações públicas referentes ao exercício de 2015, no âmbito da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo ([http://www.portaldatransparencia.saude.sp.gov.br/convocacao\\_publica/](http://www.portaldatransparencia.saude.sp.gov.br/convocacao_publica/), acessado em: 28/01/2016).

112. Mais do que uma objetividade na definição do plano de ação, há nos exemplos acima citados uma especificidade quanto ao próprio objeto ou atividade a ser desempenhada no contrato de gestão, sempre atrelada ao termo “gerenciamento”, que pressupõe uma utilização típica desse instrumento em que a gestão operacional não fica a cargo da Administração Pública, e sim da organização social.

113. E essa clareza de propósito vai ao encontro do entendimento firmado na ADI 1923, uma vez que permite que a convocação pública seja promovida com impessoalidade e pautada em critérios objetivos. Decerto, a ausência de delimitação do objeto do contrato de gestão a ser firmado abriria um campo de incerteza que poderia deturpar o sentido da convocação pública. Também poderia fazer inserir em um mesmo contrato de gestão inúmeras atividades que poderiam ser geridas por organizações sociais diversas, o que também acabaria por afastar não somente o princípio da impessoalidade, mas também da eficiência na gestão estratégica da atividade de interesse público.

## **2.2 Contrato de gestão para realização de avaliação educacional**

### **Competência do INEP**

114. Para adentrarmos na análise dos procedimentos e entendimentos jurídicos relacionados aos projetos de avaliação educacional desenvolvidos pelo INEP, sobretudo na análise jurídica dos pontos controvertidos relacionados ao contrato de gestão firmado entre o CEBRASPE e o MEC, importante primeiramente avaliar qual o quadro jurídico e fático atual dessas avaliações educacionais em termos de competência.

115. O art. 1º da Lei nº 9.448, de 14 de março de 1997, atribui como finalidades do INEP, as seguintes:

- I - organizar e manter o sistema de informações e estatísticas educacionais;
- II - planejar, orientar e coordenar o desenvolvimento de sistemas e projetos de avaliação educacional, visando o estabelecimento de indicadores de desempenho das atividades de ensino no País;
- III - apoiar os Estados, o Distrito Federal e os Municípios no desenvolvimento de sistemas e projetos de avaliação educacional;
- IV - desenvolver e implementar, na área educacional, sistemas de informação e documentação que abranjam estatísticas, avaliações educacionais, práticas pedagógicas e de gestão das políticas educacionais;

- V - subsidiar a formulação de políticas na área de educação, mediante a elaboração de diagnósticos e recomendações decorrentes da avaliação da educação básica e superior;
- VI - coordenar o processo de avaliação dos cursos de graduação, em conformidade com a legislação vigente;
- VII - definir e propor parâmetros, critérios e mecanismos para a realização de exames de acesso ao ensino superior;
- VIII - promover a disseminação de informações sobre avaliação da educação básica e superior;
- IX - articular-se, em sua área de atuação, com instituições nacionais, estrangeiras e internacionais, mediante ações de cooperação institucional, técnica e financeira bilateral e multilateral.

116. Entre suas finalidades, destaca-se aquela prevista no inciso II, quando atribui a esta autarquia a competência de “planejar, orientar e coordenar o desenvolvimento de sistemas e projetos de avaliação educacional, visando o estabelecimento de indicadores de desempenho das atividades de ensino no País”.

117. O art. 1º da Lei nº 9.448, de 1997, foi regulamentado, em termos genéricos, pelo Decreto nº 6.317, de 20 de dezembro de 2007, que aprovou a estrutura regimental daquela autarquia, estabelecendo, no art. 1º do seu Anexo I:

Art. 1º O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, transformado em Autarquia Federal pela Lei no 9.448, de 14 de março de 1997, vinculado ao Ministério da Educação, com sede e foro na cidade de Brasília - DF, tem por finalidade:

I - planejar, coordenar e subsidiar o desenvolvimento de estudos e pesquisas educacionais, em articulação com o Ministério da Educação;

II - planejar, organizar, manter, orientar e coordenar o desenvolvimento de sistemas de estatísticas educacionais e de projetos de avaliação educacional, visando ao estabelecimento de indicadores educacionais e de desempenho das atividades educacionais no País;

III - planejar e operacionalizar as ações e procedimentos referentes à avaliação da Educação Básica;

IV - planejar e operacionalizar as ações e procedimentos referentes à avaliação da Educação Superior;

V - desenvolver e implementar, na área educacional, sistemas de informação e documentação que abranjam estatísticas, avaliações educacionais e gestão das políticas educacionais;

VI - subsidiar a formulação de políticas na área de educação, mediante a elaboração de diagnósticos, pesquisas e recomendações decorrentes dos indicadores e das avaliações da educação básica e superior;

VII - definir e propor parâmetros, critérios e mecanismos para a realização de exames de acesso à educação superior;

VIII - promover a disseminação das estatísticas, dos indicadores e dos resultados das avaliações, dos estudos, da documentação e dos demais produtos de seus sistemas de informação;

IX - apoiar os Estados, o Distrito Federal e os Municípios no desenvolvimento de projetos e sistemas de estatísticas e de avaliação educacional;

X - articular-se, em sua área de atuação, com instituições nacionais, estrangeiras e internacionais, mediante ações de cooperação institucional, técnica e financeira, bilateral e multilateral; e

XI - apoiar o desenvolvimento e a capacitação de recursos humanos necessários ao fortalecimento de competências em avaliação e em informação educacional no País.

118. Os incisos III e IV do artigo supra transcrito foram mais específicos ao atribuir ao INEP não somente o planejamento como também a operacionalização das ações e procedimentos referentes à avaliação da Educação Básica e da Educação Superior.

119. A competência do INEP também vem prevista em legislação e regulamentação específicas sobre cada uma das avaliações educacionais, conforme será a seguir exposto (Informações extraídas dos sítios do INEP: <portal.inep.gov.br> e do MEC: <portal.mec.gov.br>. Acessados em: 20/01/2016).

### ***Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – ENADE***

120. O ENADE é um componente curricular obrigatório aos cursos de graduação, consistindo em exame aplicado periodicamente aos estudantes de todos os cursos de graduação, durante o primeiro e o último ano do curso. Trata-se, em relação aos alunos que forem selecionados, de requisito obrigatório para emissão do histórico escolar.

121. Tem por objetivo o acompanhamento do processo de aprendizagem e do desempenho acadêmico dos estudantes em relação ao conteúdo programático previsto nas diretrizes curriculares de graduação.

122. O art. 8º da Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004, estabelece que “a realização da avaliação das instituições, dos cursos e do desempenho dos estudantes será responsabilidade do INEP”.

123. Conforme informado pela área técnica do INEP, foram firmados contratos para as seguintes atividades:

1. gráfica, precedido de licitação na modalidade pregão;
2. correios, dispensada a licitação com fundamento no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993;
3. aplicação, precedido de licitação na modalidade pregão, sendo a CONSULPLAN - Consultoria e Planejamento em Administração Pública Ltda. – a empresa contratada.

124. Ainda conforme informações da área técnica do INEP, foi suspensa a inserção da sua aplicação eletrônica na proposta de 1º Termo Aditivo ao Contrato de Gestão nº 01/2014.

125. O ENEM foi instituído em 1998, sendo considerado a partir de 2009, o maior processo seletivo a nível nacional do Brasil, na medida em que seus resultados passaram a ser utilizados como meios de ingresso nas universidades federais, assim como para a concessão de bolsas em universidades particulares.

126. Tem por objetivo avaliar o desempenho dos estudantes por ocasião da conclusão do ensino básico, aferir a qualidade das escolas e contribuir para melhorias na qualidade da educação básica, bem como, no seu modelo atual, servir como forma de seleção unificada nos processos seletivos das universidades públicas federais.

127. O planejamento e a operacionalização (ou implementação) do ENEM são atividades inseridas no âmbito da competência do ENEM, nos termos do art. 4º da Portaria MEC nº 438, de 28 de maio de 1998 e do art. 3º da Portaria MEC nº 807, de 18 de junho de 2010.

128. Conforme informado pela área técnica do INEP, foram firmados contratos para as seguintes atividades:

1. gráfica, precedido de licitação na modalidade pregão, encerrado em 2015;
2. correios, dispensada a licitação com fundamento no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993;
3. aplicação, dispensada a licitação com fundamento no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993 (contratados o CEBRASPE e a CESGRANRIO, para entes federativos diversos); e
4. correção das provas discursivas de todos os participantes, dispensada a licitação com fundamento no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993 (contratado o CEBRASPE, independente da unidade da federação).

129. Ainda conforme informações da área técnica do INEP, foi suspensa a inserção da sua aplicação eletrônica na proposta de 1º Termo Aditivo ao Contrato de Gestão nº 01/2014, e retirada a atividade de correção da redação que também vinha prevista naquela proposta.

#### **Sistema de Avaliação da Educação Básica – SAEB**

130. O SAEB é composto por três avaliações, que objetivam avaliar a educação básica brasileira, de modo a ensejar sua melhoria, e a universalização do acesso à escola.

131. São elas:

- **Avaliação Nacional da Educação Básica – ANEB:** *abrange, de maneira amostral, alunos das redes públicas e privadas do país, em áreas urbanas e rurais, matriculados na 4ª série/5º ano e 8ª série/9º ano do Ensino Fundamental e no 3º ano do Ensino Médio;*
- **Avaliação Nacional do Rendimento Escolar – ou “Prova Brasil” - ANRESC:** *trata-se de uma avaliação censitária envolvendo os alunos da 4ª série/5º ano e 8ª série/9º ano do Ensino Fundamental das escolas públicas das redes municipais, estaduais e federal;*
- **Avaliação Nacional da Alfabetização - ANA:** *avaliação censitária envolvendo os alunos do 3º ano do Ensino Fundamental das escolas públicas, com o objetivo principal de avaliar os níveis de alfabetização e letramento em Língua Portuguesa, alfabetização, Matemática e condições de oferta do Ciclo de Alfabetização das redes públicas.*

132. O planejamento e a operacionalização dessas avaliações estão previstas como sendo competência do INEP, nos termos do art. 3º da Portaria MEC nº 931, de 21 de março de 2005, e do art. 7º da Portaria MEC nº 482, de 07 de junho de 2013.

133. Conforme informado pela área técnica do INEP, foram firmados contratos para as seguintes atividades:

1. gráfica, precedido de licitação na modalidade pregão;
2. correios, dispensada a licitação com fundamento no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993;
3. aplicação, declarada a inexigibilidade da licitação (contrato firmado com o consórcio Cebraspe, Cesgranrio e Caed, que não engloba a ANA).

#### **Certificado de Proficiência em Língua Portuguesa para Estrangeiros - CELPE-BRAS**

134. O CELPE-BRAS é um exame aplicado no Brasil e em diversos países do mundo, mediante apoio do Ministério das Relações Exteriores, aos estrangeiros e brasileiros que não possuam o português como língua materna, e que apresentem desempenho satisfatório em teste padronizado de português. Avalia a compreensão oral e escrita, assim como a produção oral e escrita, da Língua Portuguesa.

135. Tem por objetivo atribuir o atestado de competência na língua portuguesa, sendo exigido nas universidades para ingresso em cursos de graduação e programas de pós-graduação.

136. O art. 2º, ‘caput’, da Portaria MEC nº 856, de 04 de setembro de 2009, atribui ao INEP, a responsabilidade para a sua elaboração, aplicação, correção e divulgação dos resultados aos candidatos.

137. Conforme informado pela área técnica do INEP, foi suspensa a inserção da sua aplicação eletrônica na proposta de 1º Termo Aditivo ao Contrato de Gestão nº 01/2014, estando em discussão a contratação direta com o CEBRASPE, com fundamento no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993.

#### **Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos - REVALIDA**

138. O REVALIDA é um exame de revalidação de diplomas médicos obtidos no exterior, realizado em duas etapas: avaliação escrita, composta por uma prova objetiva e uma prova discursiva, e avaliação de habilidades clínicas.

139. Tem por objetivo avaliar se os diplomas médicos estrangeiros encontram-se compatíveis com as exigências de

formação imposta por Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Medicina.

140. O art. 3º da Portaria Interministerial MEC e MS nº 278, de 17 de março de 2011 estabelece que a sua implementação será pelo INEP, com a colaboração das universidades públicas participantes.

141. Conforme informado pela área técnica do INEP, foi celebrado contrato administrativo fundamentado na hipótese de inexigibilidade prevista no art. 25, II, da Lei nº 8.666, de 1993.

### ***Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos – ENCCEJA***

142. O ENCCEJA é um exame para aferição de competências, habilidades e saberes adquiridos no processo escolar ou nos processos formativos que se desenvolvem ao longo da vida. A participação no ENCCEJA é voluntária e gratuita, sendo destinado a jovens e adultos residentes no Brasil ou no exterior, que não tiveram a oportunidade de concluir seus estudos em idade própria.

143. Tem por objetivo a certificação de conclusão do Ensino Fundamental. No exterior, também pode certificar a conclusão do Ensino Médio, desde que o interessado assim o requeira e que conte com, ao menos, 18 (dezoito) anos completos na data da realização da prova.

144. O art. 1º da Portaria MEC nº 2.270, de 14 de agosto de 2002, atribui ao INEP a competência para estruturar esse exame, de acordo com as disposições estabelecidas naquela Portaria”. Nos termos do art. 4º, § 1º, dessa Portaria, cabe ao INEP “estabelecer os padrões e critérios que garantam a equidade da aplicação e correção do Encceja, bem como decidir sobre os pedidos formais das Secretarias da Educação quanto ao estabelecimento de Termo de Convênio com Instituições de Ensino ou Pesquisa para aplicação do Encceja”.

145. Conforme informado pela área técnica do INEP, foi suspensa a inserção do ENCCEJA exterior e do ENCCEJA aplicação eletrônica na proposta de 1º Termo Aditivo ao Contrato de Gestão nº 01/2014.

### ***PRÉ-TESTES***

146. O pré-testes são avaliações feitas com estudantes de escolas públicas e particulares, visando avaliar cada nova questão criada para as avaliações do ensino promovidas pelo INEP, quanto aos seguintes aspectos: grau de dificuldade, nível de discriminação (o quanto o item consegue diferenciar as pessoas que sabem ou não) e probabilidade de acerto ao acaso, além da proporção de pessoas que escolhem cada alternativa de resposta oferecida na prova.

147. O objetivo é garantir a formação do Banco Nacional de Itens – BNI, sem que implique na utilização necessária dessa nova questão para as futuras avaliações.

148. Não há previsão normativa que disponha, de forma específica, sobre a sua operacionalização, podendo a competência para tanto ser aferida dos próprios incisos III e IV do art. 1º do Anexo I do Decreto nº 6.137, de 2007.

149. Conforme informado pela área técnica do INEP, já houve contratação administrativa com o consórcio CESPE/CESGRANRIO, com fundamento no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, estando atualmente em discussão a contratação direta do CEBRASPE, com fundamento no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993, para a execução de atividades relacionadas com a etapa de aplicação de provas.

### **Possibilidade de gestão operacional das avaliações educacionais por organização social**

150. Tomando por base o quadro de avaliações educacionais que se inserem no âmbito de competência do INEP, acima delineado, é necessário que, anteriormente à inclusão de determinada avaliação no contrato de gestão, e a consequente transferência de sua gestão operacional à organização social, seja analisado, em cada caso, pela área técnica competente, e através de decisão devidamente fundamentada, se a avaliação em questão pode, em tese, ser considerada como dirigida ao ensino, e, por conseguinte, enquadrada no art. 1º da Lei nº 9.637, de 1998, que trata da qualificação das entidades privadas sem fins lucrativos como organizações sociais.

151. Em se tratando de avaliações educacionais utilizadas para alimentar sistemas de estatísticas educacionais, para subsidiar a elaboração de política pública de ensino, ou para, de alguma outra forma, permitir um maior planejamento e desempenho das atividades de ensino do País, nos parece adequado enquadrá-las no art. 1º da Lei nº 9.637, de 1998.

152. Assim, de uma forma mais macro, na linha do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1923, haveria espaço para uma decisão política que atribuísse a gestão operacional da execução de cada uma dessas avaliações educacionais a uma organização social, mediante a celebração de contrato de gestão.

153. Em conformidade com o fundamento exposto no tópico anterior, cabe, de plano, um questionamento genérico sobre a possibilidade ou não de enquadrar a gestão do processo de avaliação educacional como sendo ou não atividade exclusiva de Estado.

154. No entendimento firmado pelo colega Caio Márcio Melo Barbosa, o qual compartilhamos, seria possível interpretar uma atribuição de planejamento, orientação e coordenação, como não abrangente da sua execução direta. Por essa interpretação, eventual competência nesse sentido a um órgão ou entidade da Administração Pública não afastaria a possibilidade de gestão operacional da atividade de execução a uma organização social.

155. E nesse sentido parece se enquadrar o art. 1º, IV, da Lei nº 9.448, de 1997, quando atribui ao INEP a finalidade de “coordenar o desenvolvimento de sistemas e projetos de avaliação educacional”.

156. Por outro lado, os incisos III e IV do art. 1º, do Anexo I, do Decreto nº 6.317, de 2007, definiram que as avaliações educacionais voltadas para a Educação Básica e para a Educação Superior seriam operacionalizadas pelo INEP. E no mesmo sentido outros atos normativos delegaram a execução direta de determinadas avaliações ao INEP.

157. Decerto, com ressalva do ENCCEJA e do PRÉ-TESTES, para todas as demais avaliações educacionais há atos normativos vigentes que atribuem ao INEP a sua operacionalização ou a sua realização direta, quais sejam:

o ENADE - incisos III e IV do art. 1º, do Anexo I, do Decreto nº 6.317, de 2007 e art. 8º da Lei nº 10.861, de 2004;

- o ENEM - incisos III e IV do art. 1º, do Anexo I, do Decreto nº 6.317, de 2007, art. 4º da Portaria MEC nº 438/1998 e art. 3º da Portaria MEC nº 807, de 2010;
- o SAEB - incisos III e IV do art. 1º, do Anexo I, do Decreto nº 6.317, de 2007, art. 3º da Portaria MEC nº 931, de 2005 e art. 7º da Portaria MEC nº 482, de 2013;
- o CELPE-BRÁS - art. 2º, 'caput', da Portaria MEC nº 856, de 2009;
- o REVALIDA - art. 3º da Portaria Interministerial MEC e MS nº 278, de 2011.

158. De todo modo, isso não afasta a possibilidade de ser tomada uma decisão política no sentido de atribuir a gestão operacional de cada uma dessas avaliações educacionais à organização social que venha a ser contemplada em um contrato de gestão, mantendo para o INEP ou para outro órgão/entidade da Administração Pública Federal a competência para a sua gestão estratégica, englobando a regulação e fiscalização dessa execução.

159. Até porque, em se tratando de norma infralegal, registra-se que o Decreto nº 8.078, de 19 de agosto de 2013, ao qualificar o CEBRASPE como organização social, já sinalizou o propósito de permitir que a gestão operacional da avaliação educacional de competência do INEP fosse inserida no bojo de um contrato de gestão.

160. Firmada a decisão política no sentido de transferir a uma organização social a gestão operacional de uma dada avaliação educacional, fica mais fácil superar as discussões jurídicas acerca da existência ou não de atividades que representem interesses contrapostos ou mesmo acerca da possibilidade de subcontratação de atividades inseridas no contrato de gestão.

161. Foi visto em tópico anterior, quando se fez referência à classificação de gestão apresentada pela Procuradora do Estado de São Paulo Dora Maria de Oliveira Ramos, que a gestão operacional representa o exercício de atividades de diferentes naturezas, tais quais, "administrativa, financeira, comercial, recursos humanos, estoque, cadeia de fornecimento, operações de compras e vendas, logística, processo de produção, contabilidade, soluções de informática, adequações de espaço físico e de maquinário, etc".

162. No bojo de um contrato de gestão, cabe à organização social assumir diretamente e de forma indelegável essa gestão operacional, sem prejuízo da possibilidade de delegar a terceiros o exercício da execução material de uma ou mais atividades. Tanto é possível a contratação de terceiros pela organização social, que o inciso VIII do art. 4º da Lei nº 9.637, de 1998, a admite expressamente, quando atribui ao Conselho de Administração a atribuição privativa para aprovar o regulamento próprio com procedimentos para contratação de obras, serviços, compras e alienações.

163. O que é vedado à organização social é promover a cessão de sua posição contratual, delegando a gestão operacional das atividades contempladas no contrato de gestão para terceiros. E quanto à caracterização de ensino, reporta-se ao conceito trazido pelo TCU no julgamento do Acórdão Plenário nº 3019/2012: "*ensino é toda a atividade relacionada à transferência de conhecimento e informação, podendo ser de caráter geral ou especial, realizado em local específico*".

164. Ainda quanto à conceituação de ensino trazida pelo TCU, no Acórdão Plenário nº 3019/2012, quando analisava o enquadramento ou não de contratos administrativos na hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993 (objeto de maior análise em tópico seguinte), é certo que foi firmado entendimento à época de que, em relação ao INEP, não estariam presentes quaisquer atividades vinculadas ao ensino (ensinar, transmitir conhecimento). Entretanto, trata-se de interpretação restritiva de ensino, que engessa em muito as formas de execução da avaliação educacional, utilizadas para subsidiar a política pública de ensino no País.

165. Deve-se partir de uma compreensão mais abrangente do termo "ensino", de forma a justificar a contemplação da avaliação educacional no bojo de um contrato de gestão, mas desde que não somente fique a organização social responsável pela gestão operacional, conforme já afirmado e reafirmado, como também demonstre o exercício de uma competência técnica voltada para o aprimoramento da transferência de conhecimento e informação. Não bastaria, pois, que a organização social tenha somente a gestão operacional da logística de aplicação ou correção de prova. Necessário se faz que demonstre alguma contribuição direta para o ensino do País, tal qual quando assume a atividade intelectual de elaborar a própria avaliação.

166. Outro ponto relevante ainda no âmbito desse tópico, é que, em prol do princípio da eficiência, da impessoalidade e da isonomia, entre outros postulados constitucionais, a Administração Pública deve buscar prestigiar a objetividade na especificação da avaliação educacional que estará inserida em um ou outro contrato de gestão.

167. Novamente em reforço ao que já foi exposto em tópico anterior, a especificidade do objeto ou atividade a ser desempenhada no contrato de gestão, além de atender uma preocupação do TCU quanto a um efetivo controle de resultado (Acórdão Plenário 3304/2014), vai ao encontro do entendimento firmado na ADI 1923, uma vez que permite que eventual convocação pública para seleção da organização social seja promovida com maior impessoalidade e pautada em critérios objetivos, e pode permitir uma maior eficiência na gestão estratégica da atividade de interesse público.

168. Nesse sentido, poder-se-ia aplicar, por analogia, o disposto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, que veda, na celebração de convênios e contratos com fundação de apoio, "a contratação de objetos genéricos, desvinculados de projetos específicos". Ressalva-se apenas a necessidade de interpretar a parte final desse dispositivo de forma a englobar não somente projetos específicos mas também atividades específicas, nos termos dos conceitos trazidos no art. 2º, III-A e III-B, da Lei nº 13.019, de 2014, utilizáveis no âmbito do contrato de gestão, conforme exposto em tópico anterior.

### **Inserção da avaliação educacional no bojo do Contrato de Gestão nº 01/2014**

169. A área técnica competente do INEP, em resposta ao Parecer nº 190/2015/PF-INEP/PGF/AGU (que inaugurou as divergências jurídicas ora analisadas), informa quais as ações que seriam objeto da proposta de 1º Termo Aditivo ao Contrato de Gestão nº 01/2014 (fls. 2024 e seguintes dos autos).

170. Em síntese, consistiria na execução das seguintes atividades para diferentes avaliações educacionais: apoio técnico e logístico ao processo de calibragem de itens, aplicação de exames, sistema de avaliação das provas discursivas, projeto para aplicação eletrônica, processo de impressão e diagramação segura dos materiais e instrumento, processo de armazenamento dos instrumentos de avaliação, processo de distribuição dos materiais e instrumentos de avaliação.

171. Entretanto, foi mencionado naquela manifestação técnica que o objetivo seria, ao final de um processo gradual, atribuir

ao CEBRASPE a gestão como um todo do exame/avaliação, desde a sua concepção até a apresentação dos resultados ao INEP, ficando este apenas com a análise e estudos dos resultados, de forma a propor mudanças e resultados à sociedade na área de educação.

172. A meta final parece se alinhar com um modelo de contrato de gestão típico, legítimo, em que a gestão operacional de uma determinada atividade ou projeto fica a cargo da organização social.

173. Contudo, recomendável, por tudo o que foi exposto no tópico anterior, que o Contrato de Gestão nº 01/2014 seja saneado, para que conste, de forma clara, no seu objeto o repasse da gestão operacional de uma dada avaliação educacional ao CEBRASPE, não bastando lhe atribuir somente a execução de uma atividade que subsidie toda a gestão da avaliação educacional pelo INEP.

174. No ponto, algumas questões se colocam.

175. Primeiramente, somente avaliações educacionais que sejam dirigidas à melhoria do ensino do País poderiam ser inseridas no objeto do contrato de gestão.

176. Por outro lado, dada a grandeza e complexidade demonstrada nos autos para a gestão operacional de determinadas avaliações educacionais, como o ENEM, seria possível admitir que a absorção dessa gestão operacional pelo CEBRASPE fosse feita: a) gradualmente, mas com uma perspectiva concreta e prevista claramente no contrato de gestão quanto à sua concretização em um período também determinado; b) com exclusão de uma ou outra atividade que o INEP considere de alguma forma abrangida na gestão estratégica da avaliação educacional.

177. E mais, como o Contrato de Gestão nº 01/2014 foi firmado antes da decisão proferida no julgamento da ADI 1923, pelo Supremo Tribunal Federal, seria admissível juridicamente que o órgão competente afastasse, fundamentalmente, a celebração de um novo contrato com prévia convocação pública de outras entidades qualificadas como organizações sociais, ou interessadas nessa qualificação para a execução do objeto do contrato de gestão.

178. Paralelamente a eventual saneamento do Contrato de Gestão nº 01/2014 para adequá-lo ao entendimento firmado nesta manifestação, cabe à CONJUR/MEC orientar os órgãos que assessora quanto à eventual alteração de atos normativos vigentes que regulamentam a operacionalização de avaliações educacionais, para adequá-los à eventual decisão administrativa que venha a ser tomada.

### **2.3 Contrato administrativo – possibilidades**

#### **Contornos gerais**

179. Bem definidos os pressupostos para a realização da avaliação educacional por uma organização social, importante agora analisar qual alternativa jurídica restaria para a Administração Pública Federal no caso de ausência de decisão técnica/política que concretize o repasse da gestão operacional daquela atividade.

180. Nesse tópico, serão analisados as seguintes questões:

1. se seria possível a convivência entre um contrato de gestão firmado com o MEC e um contrato administrativo firmado pelo INEP que tenha por objeto a mesma avaliação educacional;
2. eventual necessidade de parcelamento do objeto do contrato administrativo;
3. possibilidade de subcontratação no bojo de um contrato administrativo.

181. Quanto à primeira questão, foi visto em tópico anterior, que, no bojo de sua gestão operacional, poderia uma organização social contratar terceiros para a execução material de atividades relacionadas com o contrato de gestão, desde que mantido o núcleo do objeto contratado, relacionado diretamente, no caso, com a expertise da organização social para contribuir com o ensino do País.

182. Nesse caso, passada a gestão operacional para uma organização social, não se poderia conceber a manutenção de vínculos contratuais diretos entre outros entes privados e o órgão supervisor, já que, frise-se, faz parte da gestão operacional controlar eventuais contratos que venham a ser firmados para a execução material do objeto do contrato de gestão.

183. Em uma análise mais direta da situação concreta posta, seria, de fato, um contrassenso a coexistência de contrato de gestão que tenha por objeto submeter a gestão operacional de uma avaliação educacional ao CEBRASPE, de um lado, e a manutenção de contratos administrativos entre o INEP e outras entidades privadas para prestar apoio logístico e técnico em determinadas unidades federativas.

184. Essa coexistência de instrumentos somente poderia conviver por um período de tempo que venha a ser fixado no Contrato de Gestão nº 01/2014, necessário para a concretização do repasse da gestão operacional de uma dada avaliação educacional ao CEBRASPE ou ainda na situação em que a atividade objeto do contrato administrativo tenha sido considerada pelo INEP como inserida em sua gestão estratégica.

185. Feita essa ressalva, e concretizado o repasse da gestão operacional de uma avaliação educacional, caberia ao CEBRASPE avaliar eventual necessidade de repassar para outras entidades privadas a execução material do apoio logístico e técnico em determinadas unidades federativas.

186. Por outro lado, na ausência de decisão técnica/política que concretize o repasse da gestão operacional daquela atividade a uma organização social, poderia o INEP celebrar contratos administrativos para a execução material de uma ou mais atividades relativas à avaliação educacional.

187. Avançando na segunda questão acima delineada, registra-se o prestígio dado pela 6ª Secretaria de Controle Externo (Acórdão TCU/Plenário nº 3019/2012) ao parcelamento do objeto de contratos administrativos celebrados pelo INEP para a execução material de atividades relativas a diferentes avaliações educacionais:



“24. Primeiro, cabe salientar que assiste razão o INEP quando registra o posicionamento desta Corte a respeito da licitação por item no caso de objeto divisível. De acordo com a jurisprudência do Tribunal, compras, obras ou serviços efetuados pela Administração serão divididos em tantos itens, parcelas ou etapas que se comprovem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado, sem perda da economia de escala. O parcelamento do objeto subordina-se especialmente aos princípios da economicidade e da ampliação da competitividade. Nesse sentido, foram prolatados os Acórdãos 839/2009-Plenário e 3041/2008-Plenário, entre outros”.

188. No tópico seguinte, reanalisaremos o Acórdão TCU/Plenário nº 3019/2012 quanto à celebração de contratação direta pelo INEP para a execução material de atividades relativas à avaliação educacional. Importante, nesse momento, somente registrar que uma análise de parcelamento ou não do objeto da contratação sempre está no âmbito da discricionariedade administrativa, já que tem por pressuposto a análise casuística da viabilidade técnica e econômica desse parcelamento.

189. Ainda no âmbito dos contornos gerais sobre o tema, passa-se à análise de uma terceira questão relevante, que é a possibilidade de uma entidade ou empresa privada contratada subcontratar total ou parcialmente o objeto da licitação.

190. Em regra, a Lei nº 8.666, de 1993, admite a possibilidade de ser previsto no contrato a possibilidade de subcontratação de partes da obra, serviço ou fornecimento:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

191. Conforme jurisprudência assente do TCU, é irregular a subcontratação parcial que delegue a terceiros a execução do núcleo do objeto contratado. Nesse sentido, foi o entendimento firmado no Acórdão nº 3.144/2011 – Plenário:

“REPRESENTAÇÃO. FALHAS EM EDITAL PADRÃO DO DNIT. PROCEDÊNCIA DAS JUSTIFICATIVAS DE ALGUNS DIRIGENTES. PROCEDÊNCIA PARCIAL OU IMPROCEDÊNCIA DAS JUSTIFICATIVAS DE OUTROS DIRIGENTES. MULTA. CONSIDERAÇÕES SOBRE POSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DE FRAÇÕES RELEVANTES DO OBJETO LICITADO. DETERMINAÇÕES E ALERTAS.

1 - É inadmissível a subcontratação das parcelas tecnicamente mais complexas ou de valor mais significativo do objeto, que motivaram a necessidade de comprovação de capacidade financeira ou técnica pela licitante contratada.”

192. E quanto à subcontratação parcial que não tenha sido objeto de prévia e expressa autorização no contrato administrativo, o TCU já proferiu entendimento a admitindo, casuisticamente, em situações excepcionais, tal qual se deu quando no Acórdão nº 3.378/2012-Plenário:

“Ante o exposto, é de se concluir que a orientação emanada do Acórdão nº 5.532/2010 – 1ª Câmara, invocado pela Secex-MG em sua instrução, no sentido de que a subcontratação parcial de serviços contratados “não necessita ter expressa previsão no edital ou no contrato, bastando apenas que não haja expressa vedação nesses instrumentos” deve ser vista não como regra, mas sim como hipótese absolutamente excepcional, extraordinária, resultante de fato superveniente, de forma a atender, aí sim, na expressão usada pela unidade técnica, “a uma conveniência da administração”. 15. Nessa situação excepcional, a necessidade da subcontratação surgirá no curso da execução contratual, à evidência, pois, de um fato superveniente à celebração da avença, de sorte a garantir a viabilidade da execução do contrato administrativo mesmo ante a eventuais circunstâncias que impeçam a execução integral do avençado nos moldes originais em que fora pactuado. 16. É, portanto, providência de exceção, haja vista que o interesse da Administração é pelo cumprimento do contrato na forma originalmente avençada.”

193. Ainda no tocante à subcontratação parcial do objeto do contrato administrativo, o entendimento uníssono do TCU é quanto à sua impossibilidade em caso de contratação direta fundada na pessoa do contratado, tal qual se dá na hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993. Nesse sentido, cita-se entendimentos firmados pela Corte de Contas nos Acórdãos nºs 950/2010-Plenário, 275/2010-1ª Câmara, 662/2008-Plenário, 2324/2008-Plenário, 1183/2010-Plenário.

194. Sobre esse ponto, pode-se aplicar por analogia a orientação normativa da AGU nº 14, que trata de contratos firmados com fundações de apoio, nos termos do art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993:

“OS CONTRATOS FIRMADOS COM AS FUNDAÇÕES DE APOIO COM BASE NA DISPENSA DE LICITAÇÃO PREVISTA NO INC. XIII DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666, DE 1993, DEVEM ESTAR DIRETAMENTE VINCULADOS A PROJETOS COM DEFINIÇÃO CLARA DO OBJETO E COM PRAZO DETERMINADO, SENDO VEDADAS A SUBCONTRATAÇÃO; A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS OU DE MANUTENÇÃO; E A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DESTINADOS A ATENDER AS NECESSIDADES PERMANENTES DA INSTITUIÇÃO.”

Especificamente quanto aos contratos administrativos firmados pelo INEP, para a execução material de atividades pertinentes a avaliações educacionais, registre-se que a subcontratação parcial do objeto por alguns entes privados foi objeto de impugnação pela empresa CONSULPLAN, perante o TCU (autos nº 004.055/2011-0). Eis o relato promovido pela área técnica do TCU, constante no Acórdão nº 2139/2014-Plenário, quanto a essa impugnação:

“(…)

9. A empresa Consulplan Consultoria Ltda., representante e qualificada como interessada nestes autos, apresentou contrarrazões ao Pedido de Reexame interposto pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP. Destaco os seguintes argumentos apresentados por essa empresa:

(…)

n) haveria uma reiterada jurisprudência dessa Corte no sentido de proibir que contratações, com esse fundamento legal, sejam objeto de subcontratação. Com efeito, nesse tipo de contratação direta, o contratante está submetido à observância de dois pontos importantes acerca da subcontratação da Lei de Diretrizes Orçamentárias. No precedente abaixo, comprova-se o posicionamento dessa Corte:

“na hipótese de contratação direta, pelo Município [ ... ] é vedada a subcontratação dos serviços junto a terceiros, salvo se previamente adotados os procedimentos licitatórios pertinentes.”

o) há itens do contrato que as universidades não terão como atender, como, por exemplo, os relativos à logística. No processo de licitação, pode o edital admitir a subcontratação, consoante disposto nos arts. 72 e 78, VI, da Lei nº 8.666/1993. Contudo, no caso sob comento, a capacidade logística é um dos fundamentos da dispensa, não podendo ser um atributo de terceiros. Talvez seja esse um dos motivos da discutível qualidade do ensino nacional: instituições transformam-se em prestadoras de serviços e esquecem da educação para focar o “comércio”. Diante disso, o Tribunal poderá monitorar a execução desses contratos, conforme previsto no art. 243 do seu Regimento Interno, a fim de garantir que, se vier a ocorrer a dispensa, as Universidades contratadas diretamente pelo INEP não subcontratem pessoal ou empresas para executar os serviços;”

195. No Acórdão nº 2139/2014-Plenário, a Corte de Contas entendeu que se tratava de discussão nova, que não poderia ser apreciada em sede de recurso, nada impedindo fosse apresentada nova representação acompanhada de indícios de que tais irregularidades tivessem efetivamente ocorrido.

### **Possibilidade de contratação direta**

#### ***Dispensa pelo art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993***

196. O art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, em redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994, estabelece ser dispensável a licitação “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.”

197. No Acórdão nº 3019/2012-Plenário, o TCU analisou o enquadramento dos contratos administrativos firmados pelo INEP, para a execução material de atividades pertinentes a avaliações educacionais, à hipótese prevista no dispositivo acima mencionado.

198. Consta no voto condutor daquele julgado, uma análise preliminar dos conceitos de “ensino”, “pesquisa” e “desenvolvimento institucional”, “in verbis”:

22. Igualmente, no concernente ao conceito “pesquisa”, filio-me ao escólio de Marçal Justen, no sentido de que esse vocábulo, à semelhança do termo “ensino”, possui núcleo semântico inquestionável, denotando a realização de atividades investigativas, empreendidas de forma ordenada e sistemática com vistas ao aprimoramento de determinado campo do conhecimento científico ou tecnológico.

23. Fomenta grandes discussões na doutrina especializada e nos Tribunais, no entanto, a conceituação do termo “desenvolvimento institucional”, o qual, a depender da leitura promovida pelo intérprete, abrange mais ou menos atividades, consoante se verifica na própria evolução jurisprudencial deste Tribunal, a qual foi sintetizada em linhas passadas.

24. Ressalto que a representante, nesse particular, o entende como “qualquer atividade que seja realizada com a finalidade de crescer, desenvolver qualquer coisa que possa ser compreendida no termo ‘instituição’”.

25. Não obstante as discussões travadas, observo que o legislador, ainda em 1994, empreendeu esforços para delimitar o alcance do referido conceito ao editar a Lei 8.958/1994, alterada pela Lei 12.349/2010, definindo-o, em relação às Instituições Federais de Ensino Superior (IFES), da seguinte maneira:

Art. 1º As Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs, sobre as quais dispõe a Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de dar apoio a projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, inclusive na gestão administrativa e financeira estritamente necessária à execução desses projetos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 1º Para os fins do que dispõe esta Lei, entendem-se por desenvolvimento institucional os programas, projetos, atividades e operações especiais, inclusive de natureza infraestrutural, material e laboratorial, que levem à

melhoria mensurável das condições das IFES e demais ICTs, para cumprimento eficiente e eficaz de sua missão, conforme descrita no plano de desenvolvimento institucional, vedada, em qualquer caso, a contratação de objetos genéricos, desvinculados de projetos específicos. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 2º A atuação da fundação de apoio em projetos de desenvolvimento institucional para melhoria de infraestrutura limitar-se-á às obras laboratoriais e à aquisição de materiais, equipamentos e outros insumos diretamente relacionados às atividades de inovação e pesquisa científica e tecnológica. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 3º É vedado o enquadramento no conceito de desenvolvimento institucional, quando financiadas com recursos repassados pelas IFES e demais ICTs às fundações de apoio, de: (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

I - atividades como manutenção predial ou infraestrutural, conservação, limpeza, vigilância, reparos, copeiragem, recepção, secretariado, serviços administrativos na área de informática, gráficos, reprográficos e de telefonia e demais atividades administrativas de rotina, bem como as respectivas expansões vegetativas, inclusive por meio do aumento no número total de pessoal; e (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - outras tarefas que não estejam objetivamente definidas no Plano de Desenvolvimento Institucional da instituição apoiada. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 4º É vedada a subcontratação total do objeto dos ajustes realizados pelas IFES e demais ICTs com as fundações de apoio, com base no disposto nesta Lei, bem como a subcontratação parcial que delegue a terceiros a execução do núcleo do objeto contratado. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 5º Os materiais e equipamentos adquiridos com recursos transferidos com fundamento no § 2º integrarão o patrimônio da contratante. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010) (grifos acrescidos)

199. Concluiu, em face desses conceitos, que as atividades contratadas pelo INEP não estariam abrangidas pelo conceito de “ensino” e de “pesquisa”:

“Veja-se que, em relação ao INEP, não estão presentes quaisquer atividades vinculadas ao ensino (ensinar, transmitir conhecimentos), tampouco existem atividades investigativas, empreendidas de forma ordenada e sistemática com vistas ao aprimoramento de determinado campo do conhecimento científico ou tecnológico”.

200. E quanto ao enquadramento ao conceito de “desenvolvimento institucional”, afastou as atividades relativas ao ENADE, PROVA BRASIL e ENCCEJA, “pois tais avaliações não se destinam ao aprimoramento do INEP e não fomentam, dessa maneira, a melhoria das condições daquela autarquia federal”, somente o admitindo para as contratações destinadas à seleção de estudantes para o ingresso no ensino superior (ENEM).

201. E para essa última avaliação educacional, alertou para a observância dos requisitos previstos no enunciado de súmula nº 250/TCU (nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, e comprovação da compatibilidade com os preços de mercado), recomendando ainda que:

“9.3.1. pondere, em face dos valores envolvidos e do interesse de outras instituições, sobre a possibilidade de realizar certame licitatório para a contratação dos serviços objeto desta representação;

9.3.2. realize, na hipótese de ser realizada contratação direta, rodízio das empresas contratadas;”

202. Na análise de pedidos de reexame interpostos em face do julgamento acima mencionado, o TCU reanalisou o enquadramento dos contratos do INEP no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, mantendo o entendimento firmado no Acórdão nº 3019/2012-Plenário, pelas seguintes razões (descritas no voto condutor do Acórdão TCU nº 2139/2014-Plenário):

“45. Em seu recurso, o INEP alegou que a realização desses exames é uma de suas atividades finalísticas. Aduziu que o desenvolvimento dessa atividade lhe conferiria maior grau de conhecimento de sua própria atividade, ou seja, seria uma ação vinculada ao conceito de desenvolvimento institucional. Considero que esta tese não merece prosperar, sob pena de atribuir ao conceito de desenvolvimento institucional um sentido tão extenso que poderia comprometer a própria subsistência do dever de licitar como regra para a Administração Pública.

46. Afinal, o desenvolvimento de todas as atividades finalísticas de um ente público contribui para o aprimoramento dos conhecimentos técnicos, operacionais e administrativos detidos por esse ente. Logo, se esse aprimoramento ensejasse a qualificação dessas atividades como “desenvolvimento institucional”, sobriam poucas hipóteses enquadráveis no dever de licitar. Daí decorre a necessidade de estabelecer a exata dimensão do termo “desenvolvimento institucional”, avaliando as peculiaridades de cada situação concreta, a fim de compatibilizar o referido conceito com as normas de licitação.

47. No caso vertente, ressalto que não existe um liame lógico entre a realização dos três exames ora sob comento e o desenvolvimento institucional do INEP.

48. O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira alegou ainda que o Enade, a Prova Brasil e o Enceja podem ser considerados como atividades de pesquisa. Julgo que tal alegação não deve ser acolhida, uma vez que, consoante registrado nas contrarrazões apresentadas pela representante, o dispositivo legal em tela só poderia ser utilizado como fundamento por quem pretendesse contratar aquele Instituto, pois é a entidade contratada que deve ter por objetivo a pesquisa, não o contratante que, no caso dos presentes autos, é o INEP.

49. Ademais, deve haver nexo entre o fim da instituição contratada e o objeto do contrato, ou seja, a

finalidade de realizar pesquisa de uma motivação essencial do ajuste. No caso em exame, ao contrário, os serviços são prestados prioritariamente em função da contraprestação financeira a ser auferida por essa instituição. O interesse preponderante e legítimo da contratada é, inegavelmente, de cunho econômico, o que é insuficiente para respaldar a excepcionalidade da dispensa de licitação com fundamento no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/1993”.

203. Quanto ao entendimento acima exposto, foi firmada posição diversa em tópico anterior, quando considerou que várias avaliações educacionais do INEP poderiam ser enquadradas no conceito de “ensino” trazido pelo próprio TCU nas decisões acima. Poder-se-ia, dessa forma, ser inclusive avaliado o interesse do INEP em buscar uma alteração desse entendimento, ainda que judicialmente, já a via recursal da própria Corte de Contas foi frustrada.

204. Sem prejuízo da ressalva acima, que será objeto de encaminhamento ao final, registre-se ter sido destacada no voto condutor do Acórdão TCU nº 2139/2014-Plenário a peculiaridade das contratações realizadas pelo INEP que, em muitas situações, poderiam afastar a viabilidade de sua submissão a um procedimento licitatório ou mesmo ao rodízio de entidades eventualmente contratadas diretamente. Deixaremos para avaliar esse ponto no tópico sobre o enquadramento na inexigibilidade de licitação. Antes, em análise cronológica dos dispositivos, voltemos nossa atenção para o enquadramento das contratações entre o INEP e o CEBRASPE (ou outra organização social) no art. 24, XIV, da Lei nº 8.666, de 1993:

#### ***Dispensa pelo art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993***

205. O art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993, na redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998, dispõe ser dispensável a licitação “*para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão*”.

206. Várias são as interpretações jurídicas já depreendidas desse dispositivo.

207. Há quem entenda que a dispensa de licitação se refira à própria celebração do contrato de gestão, o que, na verdade, não seria compatível com uma interpretação sistemática da Lei nº 8.666, de 1993, quando define, no parágrafo único do seu art. 2º, o contrato administrativo como sendo “*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*”.

208. Ou seja, considerando que o contrato de gestão não se enquadra no conceito de contrato administrativo, não lhe seria aplicável o procedimento licitatório previsto na Lei nº 8.666, de 1993, tampouco suas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade. E nesse caso, não socorreria a esse entendimento a previsão de aplicação subsidiária dos ditames daquela lei aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração (conforme previsto em seu art. 116), já que o contrato de gestão tem disciplina própria na Lei nº 9.637, de 1998, que é incompatível com o prévio estabelecimento de uma seleção nos moldes do procedimento licitatório da Lei nº 8.666, de 1993.

209. Uma segunda interpretação desse artigo seria quanto à sua aplicabilidade para respaldar a execução de atividades previstas no contrato de gestão, por dispensa de licitação. Esse entendimento parece minar de eficácia o contrato de gestão celebrado com a organização social, o que também não parece compatível com os ditames da Lei nº 9.637, de 1998, quando estabelece, em seu art. 7º, inciso I, que do contrato de gestão constará, entre outros, a “*especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade*”. Ou ainda, quando prevê, em seu art. 12, § 1º, a destinação de créditos orçamentários e respectivas liberações financeiras de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

210. A doutrina de Jacoby Fernandes (Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta[recurso eletrônico]/ Coordenador: Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. 9. ed. rev. atual. ampl. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Coleção Jacoby de Direito Público; v. 6) poderia representar uma terceira interpretação sobre o tema, quando aponta os seguintes pressupostos para a aplicação da hipótese de dispensa de licitação em comentário:

- o deve a organização social integrar a mesma esfera e governo que a entidade contratante;
- o objeto é necessariamente prestação de serviços que guarde pertinência com o contrato de gestão e com a finalidade da organização social, não sendo legítima a contratação quando o serviço não está nesse escopo;
- o a organização social deve ser efetivamente responsável pela execução do serviço, e não mera intermediadora.

211. No Parecer nº 1003/2015/CONJUR-MEC/CGAA/CGU/AGU, a Consultoria Jurídica do MEC avançou para uma quarta interpretação, na qual considerou estarem abrangidas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993, as seguintes situações:

- o contratação por ente federativo diverso para prestação de mesmos serviços previstos no contrato de gestão; ou
- o contratação pelo mesmo ente federativo para satisfazer necessidades internas não previstas no contrato de gestão.

212. Quanto à primeira situação considerada no Parecer nº 1003/2015/CONJUR-MEC/CGAA/CGU/AGU, importante registrar alerta já feito pelo TCU quanto à necessidade de que “a pessoa jurídica contratada seja qualificada como organização social, por ato formal da esfera de governo à qual pertence o órgão ou entidade contratante” (Acórdão 421/2004-Plenário), nos parecendo, em reanálise do tema, que esse entendimento da Corte de Contas é, de fato, consentâneo com a literalidade do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993, quando prevê a seguinte expressão: “*qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo*”.

213. A grande polêmica acerca desse dispositivo parece incidir na segunda situação contemplada no Parecer nº 1003/2015/CONJUR-MEC/CGAA/CGU/AGU, e não exatamente quanto ao atendimento de necessidades internas, já que subentende-se que as demais necessidades, voltadas para ao atendimento de interesses congêneres, estariam contidas no programa de trabalho e no

cronograma de desembolso do contrato de gestão (embora possa haver situações, tais quais algumas previstas no próprio art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, em que o contrato administrativo é celebrado para atendimento de necessidades que não são consideradas internas).

214. E, no caso dos contratos administrativos firmados com fundamento no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993, o colega Caio Márcio Melo Barbosa bem alertou para a natureza contraprestacional dos serviços prestados, cujos repasses teriam natureza de pagamento (e não fomento ou transferência voluntária), devendo ser fundamentada a escolha da organização social, deve justificar a compatibilidade de preço com o mercado (art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993), deve cumprir os requisitos de habilitação discriminados no art. 27 da Lei nº 8.666, de 1993, entre outras exigências não aplicáveis ao procedimento da Lei nº 9.637, de 1998.

215. Dessarte, o ponto relevante seria aferir o enquadramento dessas necessidades internas na parte final do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993, quando diz: “*para atividades contempladas no contrato de gestão*”.

216. Essa parte final do dispositivo pode trazer, de fato, inúmeros questionamentos. Além de ter conduzido a entendimentos que não parecem adequados com a leitura sistemática da Lei nº 8.666, de 1993, e com o escopo da Lei nº 9.637, de 1998, como acima visto, parece contraditório imaginar que necessidades internas estejam contempladas no contrato de gestão.

217. E quanto a esse ponto, o voto condutor do Ministro Luiz Fux, no julgamento proferido na ADI 1923, não nos pareceu esclarecedor, senão vejamos o trecho que nos interessa:

“Por identidade de razões, mesmo a dispensa de licitação instituída no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 deve observar os princípios constitucionais. Em primeiro lugar, tal dispositivo não é, em abstrato, inconstitucional. A dispensa de licitação aí instituída tem uma finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, desde que observado o postulado da proporcionalidade<sup>18</sup>. Foi assim, por exemplo, que a Lei Complementar nº 123/06 institui diversos benefícios em prol de micro empresas nas licitações públicas, estimulando o seu crescimento no mercado interno. E é com a mesma finalidade que os incisos XIII, XX, XXI e XXVII do art. 24 preveem outros casos de dispensa<sup>19</sup>, em idêntica linha ao que prevê o agora impugnado inciso XXIV.

Ou seja, a finalidade da dispensa criada pela Lei nº 9.648/98, ao incluir o inc. XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/93, foi fomentar a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais de atuação nos serviços sociais. É a própria finalidade de fomento, portanto, prevista nos arts. 174, 199, § 2º, e 213 da CF, que legitima a nova hipótese de dispensa, como concretização de um tratamento desigual fundado em critério objetivo e razoável de desequiparação, como meio de atingir uma finalidade constitucional – a prestação eficiente dos serviços sociais<sup>20</sup>.

E veja-se que é a mesma justificativa que permite concluir também pela validade do art. 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98, ao dispensar a licitação para a permissão de bens públicos para as Organizações Sociais, porquanto presente a lógica do fomento, com a função regulatória das contratações públicas.

De todo modo, nesses dois casos novamente deve ser frisado que a existência de dispensa de licitação não afasta a incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, caput, da CF), de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados, ainda que sem necessidade de observância dos requisitos formais rígidos do procedimento da Lei nº 8.666/93.”

218. Pelo trecho acima transcrito, a ‘benesse’ atribuída à organização social seria equiparada àquela atribuída às microempresas e a outras entidades previstas nas hipóteses de dispensa de licitação do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, em uma finalidade denominada “função regulatória da licitação”.

219. E, no caso das organizações sociais, essa ‘benesse’ buscaria prestigiar entidades reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais de atuação nos serviços sociais.

220. Ocorre que essa benesse não pode descaracterizar tudo o que foi exposto em tópicos anteriores sobre a celebração do contrato de gestão, sobretudo a sua objetividade ou especificidade na descrição da atividade cuja gestão operacional estará a cargo da organização social.

221. Assim, mesmo admitindo que as atividades sob a gestão operacional da organização social, contempladas como objeto do contrato de gestão, não precisariam ser previstas no bojo de um contrato administrativo, não se poderia utilizar esse instrumento para atividades que não se relacionem de alguma forma com o fomento dado a essa organização social, sob pena, frise-se, de fazermos letra morta a parte final do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993.

222. Para melhor compreensão dessa questão, mais fácil partirmos para situações concretas.

223. O colega Caio Márcio Melo Barbosa traz um exemplo elucidador sobre a questão, que merece ser transcrito:

“É juridicamente possível que, por meio do contrato de gestão, uma organização social responsável pela gestão de um museu (tal como ocorre com a Pinacoteca do Estado de São Paulo) utilize parcela dos recursos públicos do contrato de gestão para a realização de obras ou reformas no museu, seja esse espaço físico parte de seu patrimônio privado, seja ele um dos bens públicos de uso permitido à organização social. O importante aqui é que o equipamento público ou privado – o museu – esteja sob a gestão administrativa e financeira da organização social. **Todavia, é inadmissível que esta mesma organização social construa a nova sede da Secretaria da Cultura do Estado ou realize obras e reformas em museus mantidos sob a gestão direta do Estado (museus estatizados).**

O que pode acontecer é que o Estado decida não mais gerir diretamente o museu público e opte por celebrar

contrato de gestão com a finalidade de que esse espaço cultural seja transferido para a gestão direta do setor privado, mediante fomento estatal. Neste caso, o museu deixa de ser estatizado e passa para a gestão privada. Uma vez na gestão privada, aí sim a organização social poderá usar recursos de fomento estatal, desde que previsto no contrato de gestão, para realizar obras de construção, reforma ou ampliação dos espaços do museu” (grifamos).

224. No caso concreto sob análise, adotando-se a premissa posta no exemplo acima, poderíamos admitir a realização de contratos administrativos para atendimento de necessidades relacionadas à avaliação educacional objeto do contrato de gestão, que não representassem uma atividade já inserida no plano de trabalho. É certo que o objeto do contrato de gestão em tela poderia não contemplar um modelo de contratação fundamentado na dispensa de licitação, eis que:

- o é objetivo e específico quanto à identificação da avaliação educacional cuja gestão operacional será repassada para a organização social; e
- o ao mesmo tempo, no bojo dessa gestão operacional, já poderia contemplar inúmeras atividades em seu próprio plano de trabalho inicial, ou na revisão anual de seu plano de ação, ou mesmo por meio de aditivo.

225. O que importa, para adequar ao modelo ilustrativo trazido pelo colega Caio Márcio Melo Barbosa, é considerar afastada a possibilidade de execução de outras atividades que se relacionem a avaliações educacionais não contempladas no contrato de gestão, seja porque tal situação desnaturaria o instituto do contrato de gestão e tudo o que foi exposto sobre a natureza da atividade exercida, a especificidade de seu contrato, a observância dos princípios da impessoalidade, eficiência, entre outros, seja porque tornaria letra morta a parte final do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993.

226. Ocorre que, em uma pesquisa nos sistemas informatizados da Advocacia-Geral da União, foi possível colher diferentes manifestações jurídicas que relatam a celebração de contratos administrativos entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal com organizações sociais, fundados na dispensa de licitação ora em análise, sendo que em muitas dessas situações seria necessário reavaliar a correlação existente entre o objeto do contrato administrativo e do contrato de gestão.

227. Por esses relatos, podemos sintetizar as seguintes propostas de contratações apresentadas pela área técnica respectiva (sem que se saiba, para cada caso, se a contratação foi de fato efetivada):

1. contratação entre o Ministério da Justiça e o CEBRASPE, para realização do concurso público para preenchimento de cargos do quadro de pessoal do Departamento Penitenciário Nacional (Parecer nº 246/2015/CONJUR-MJ/CGU/AGU);
2. contratação entre o Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI e o CEBRASPE para organizar e realizar concurso público para preenchimento de cargos do seu quadro de pessoal (Nota nº 276-2014-AGU/PGF/PFE/INPI/COOAD-CDF-2.15.1.4);
3. contratação entre a Superintendência da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA e a Associação Rede Nacional de Ensino e Pesquisa – RNP -, para inscrição e participação de sete servidores da Autarquia, no curso “Planejamento e Contratação de Serviços de TI”, a ser realizado no período de 25 a 29 de maio de 2015, em Manaus/AM, com carga horária de 40 h/aula (Parecer nº 198/2015/COJUR/PFSUFRAMA/PGF/AGU);
4. contratação entre o Grupamento de Apoio Logístico – GAL – e o RNP para realização dos seguintes cursos: tecnologia de redes sem fio (ADR6), teste de invasão de aplicações web (SEG9), análise forense (SEG3), administração de sistemas Linux: redes e segurança (ADS3), introdução à segurança de redes (SEG1), hardening em linux (SEG 10), administração de sistemas Linux (ADS2), segurança de redes e sistemas (SEG2), segurança em redes sem fio (SEG6), tendo por finalidade capacitar o contratante na defesa cibernética para os Jogos Olímpicos de 2016 (PARECER n. 04852/2015/PKBF/CJU-RJ/CGU/AGU);
5. contratação entre a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e o RNP, para capacitação de servidores da Anatel ligados à área de Tecnologia de Informação – TI (PARECER n. 00532/2015/PFE-ANATEL/PGF/AGU);
6. contratação entre o Ministério da Cultura e o RNP, para apoiar a implementação de projeto destinado à promoção e desenvolvimento de atividades no âmbito do programa Cidades Digitais, capacitando servidores indicados pelas prefeituras e realizando diagnóstico inicial da realidade municipal em relação ao uso de aplicativos de gestão (Parecer nº 1977/2012/CONJUR-MC/CGU/AGU);
7. contratação entre a ANATEL e a Centro de Gestão e Estudos Estratégicos - CGEE, para serviço de consultoria, visando subsidiar a tomada de decisão da contratação quanto ao Plano Geral de Outorgas submetido à consulta pública (Parecer nº 158-2008/PGF/PFE-TSS/ANATEL);
8. contratação entre o Ministério do Esporte e a CGEE, para realização de estudo que subsidie o reposicionamento estratégico no Ministério contratante (Parecer nº 135/2012/CONJUR-ME/CGU/AGU);
9. contratação entre o Instituto Nacional de Surdos – INES – e a Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto – ACERP -, para prestação de serviços de transmissão, exibição, operação, monitoramento, controle, programação e produção de programas de televisão por WEB-TV INES (interprogramas, chamadas, vinhetas, reportagens, matérias especiais, gravações externas e em estúdio), desenvolvimento, manutenção, atualização e hospedagem de aplicativos para dispositivos móveis, ininterruptamente, produção de material audiovisual para veiculação em dez pólos (Universidades) que, em parceria com o INES, oferecerão o Curso de Pedagogia Bilingue na modalidade à distância nas 5 (cinco) regiões do país, conforme especificações constantes do Projeto Básico e Proposta da ACERP (PARECER n. 00114/2015/AFMR/CJU-RJ/CGU/AGU);
10. contratação entre o Comandante Interino da Base Aérea de Boa Vista Roraima – BABV – e a Associação dos Centros Sociais dos Militares da Aeronáutica em Boa Vista/RR, para cessão de uso a título não oneroso de Área de Lazer dos Oficiais (PARECER Nº360/2015/CJU-RR/CGU/AGU).

228. É certo que somente em uma análise casuística poder-se-ia adequar a aplicação do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993, ao princípio da proporcionalidade (e da razoabilidade) suscitado no voto condutor da ADI 1923.

229. Importante, no entanto, que, a par de firmarmos uma orientação para a situação específica de contratação administrativa, fundada nesse dispositivo, com o CEBRASPE ou com a organização social que venha a se responsabilizar pela gestão operacional de uma avaliação educacional, seja a matéria encaminhada à Câmara Permanente de Licitações e Contratos da PGF, para posterior submissão à Consultoria-Geral da União, visando reavaliá-la, não somente a interpretação dada nessa manifestação, como também estabelecer pressupostos que orientem toda a Administração Pública Federal sobre a aplicação do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993.

### ***Inexigibilidade de licitação***

230. Um terceiro fundamento que poderia ser utilizado para a contratação direta pelo INEP, para a execução material de atividades pertinentes a avaliações educacionais, é a hipótese de inexigibilidade de licitação de que trata o art. 25, II, c/c art. 13 da Lei nº 8.666, de 1993, quando prevê:

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

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;

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;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

VIII - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

§ 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

231. O TCU já teve a oportunidade de analisar a aplicação específica do art. 25, II, da Lei nº 8.666, de 1993, pelo INEP quando examinou, no bojo do Acórdão TCU nº 2139/2014-Plenário, o pedido de reexame interposto em face do Acórdão nº 3019/2012-Plenário.

232. Sem prejuízo da sugestão feita em tópico anterior quanto à submissão ao INEP da avaliação de seu interesse em impugnar judicialmente a inaplicabilidade do art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, para a contratação de atividades decorrentes de algumas avaliações educacionais, tal qual suscitada no Acórdão TCU nº 2139/2014-Plenário, é certo que o voto do Ministro Relator daquele julgado aclarou a possibilidade de o INEP fundamentar uma contratação direta com base no art. 25, II, da Lei nº 8.666, de 1993:

“(…)

51. Entretanto, como se verá a seguir, isso não impede que, à luz do caso concreto, o INEP conclua ser viável a contratação direta. Afinal, o fato de as contratações em exame não se enquadrarem no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/1993 não quer dizer que elas necessariamente devam ser precedidas de licitação. O mencionado inciso não é a única disposição normativa que, em tese, pode fundamentar contratações diretas. Ao contrário, há na Lei de Licitações diversas previsões a respeito dessa questão.

52. Assim sendo, o recorrente deverá aferir, em cada contratação da espécie que for realizar, se deve realizar a licitação ou se poderá realizar a contratação direta com base em outros incisos do artigo 24 ou no art. 25, ambos da Lei nº 8.666/1993.

53. Aliás, sopesadas as peculiaridades desses exames (logística complexa, grande relevância social, significativa materialidade e necessidade de um padrão muito elevado de segurança), entendo que, em princípio, estão presentes os requisitos para a inexigibilidade de licitação, consoante previsto no caput e nos incisos do art. 25 da Lei de Licitações.

54. É certo que essa disposição legal requer a inviabilidade de competição. Contudo, cabe levar em conta as diferenças existentes entre as hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, in

verbis:

“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;”

55. Da leitura desses dois dispositivos, depreende-se que no inciso I cuida-se da situação em que existe um único fornecedor, ou seja, há uma exclusividade comprovada.

56. Por outro lado, no inciso II, são abordadas hipóteses em que a disputa poderia, em tese, ser viável. Assim sendo, essa previsão legal não se restringe às hipóteses de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de soluções ou de sujeitos aptos a fornecê-las, mas também inclui considerações decorrentes da natureza singular do objeto do contrato.

57. Dito de outra forma, há situações em que as exigências técnicas e logísticas são de tal monta que qualificam o serviço como “de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação”, como afirma a Súmula nº 39 do TCU, a seguir transcrita:

“A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.”

58. Entendo que, no caso vertente, a especialização dos serviços a serem prestados, as dificuldades operacionais e logísticas neles envolvidas e o nível de confiança demandado em sua execução tendem a fundamentar, com vantagens, a contratação direta por inexigibilidade, em especial aquela fundamentada no disposto no art. 25, II, da Lei de Licitações, comparativamente à motivação baseada no conceito fluído de desenvolvimento institucional.

59. Apesar de reconhecer essa tendência, entendo ser inviável emitir um pronunciamento em tese sobre a questão, quer no sentido de considerar a licitação exigível para toda contratação de avaliações educacionais nos moldes das desenvolvidas pelo INEP, quer no sentido de declarar, também em tese, a inexigibilidade em qualquer hipótese. Não é possível extrair uma ou outra conclusão com base unicamente na natureza do serviço, sem considerar as peculiaridades de cada caso concreto.

60. Compete ao gestor público, que deve ter a sua esfera de discricionariedade respeitada pelo TCU, avaliar o enquadramento legal adequado, as vantagens e os ônus de cada alternativa e decidir de forma motivada. Essas decisões, por óbvio, estão sujeitas ao escrutínio dos órgãos de controle e podem ensejar a responsabilização dos gestores que derem causa a contratações diretas indevidas, na forma do art. 25, § 2º, da Lei nº 8.666/1993.

61. Com supedâneo no acima exposto, em linha de concordância com a unidade técnica, entendo que o item 9.4 do acórdão recorrido deve ter sua redação alterada, de forma a consignar que a não incidência do art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/1993 em relação ao Enade, Enceja e Prova Brasil, não inviabiliza o exame pelo gestor, em cada situação concreta, do cabimento de outras hipóteses de contratação direta”.

233. Consoante trecho acima transcrito, foi feita uma diferenciação clara entre as situações previstas nos incisos I e II do art. 25 da Lei nº 8.666, de 1993, para considerar que a segunda hipótese de inexigibilidade não se restringiria às hipóteses de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de soluções ou de sujeitos aptos a fornecê-las, incluindo também considerações decorrentes da natureza singular do objeto do contrato, nos moldes do enunciado de súmula nº 39 do TCU.

234. E mais: sem se comprometer com uma interpretação em tese, já sinalizou que “as dificuldades operacionais e logísticas neles envolvidas e o nível de confiança demandado em sua execução tendem a fundamentar, com vantagens, a contratação direta por inexigibilidade”.

235. Outra questão que foi elucidada no voto do Ministro Relator do Acórdão TCU nº 2139/2014-Plenário foi a ponderação quanto à recomendação contida no Acórdão nº 3019/2012-Plenário sentido de que o INEP avaliasse a alternância entre as empresas a serem contratadas diretamente. Eis, no ponto, a transcrição do julgado:

“64. Já no que concerne ao subitem 9.3.2, relativo à alternância entre as empresas a serem contratadas, manifesto minha concordância com as alegações do INEP no sentido de que:

“a realização de ‘rodízio entre as empresas contratadas’ não é simples de ser realizada consideradas as dimensões do exame e o longo período de execução de todas as fases do processo, o que exige uma intensa capacidade de interação institucional com os demais atores nas diversas esferas de atuação.”

“as atividades a serem realizadas pelas instituições aplicadoras são extensas e de altíssima complexidade. Devem, pois, ser tratadas de forma coerente com os riscos associados e o grau do impacto causado pela sua não realização. Ou seja, ao contrário de se ponderar ou prever alternância de instituição aplicadora na contratação de cada edição, a mal sucedida experiência de 2009, com o lamentável problema do cancelamento do exame, impôs



ao INEP a adoção de medidas no sentido inverso a esse entendimento ou recomendação.”

65. Acrescento que, por meio da contratação direta admitida nesse caso pelo TCU, pretende-se obter uma prestação de serviços de qualidade, a preços justos e que satisfaça plenamente às necessidades da Administração Pública. Se esses parâmetros são observados, a obrigatoriedade de rodízio das contratadas pode, em certos casos, até mesmo ir de encontro ao interesse público. Ademais, cabe ponderar que a possibilidade de ser novamente contratada pela Administração constitui um estímulo para que a empresa que está executando os serviços busque a excelência na prestação deles.

66. Por outro lado, caso o gestor entenda no futuro que a alternância entre as empresas contratadas pode ser um mecanismo eficaz para evitar que a Administração fique vinculada a um único fornecedor, ele poderá adotar, de forma fundamentada, essa opção. Caso essa hipótese se configure, deverão ser analisados não só o custo e o interesse de outras instituições, mas também as vantagens oriundas de um mercado mais competitivo.

67. Saliento, ainda, que a própria jurisprudência referente a concursos e vestibulares, que foi aplicada por analogia ao caso da contratação para prestar os serviços relativos à realização do Enem, não impõe o rodízio das contratadas.

68. Friso também que, tendo em vista que a opção do gestor por efetuar ou não o rodízio das contratadas não impede que as condições das contratações sejam averiguadas a qualquer tempo pelo Tribunal, a não obrigatoriedade do revezamento não constitui salvo-conduto para a contratação ou a manutenção de ajustes eventualmente contrários ao interesse público.

69. Por fim, considerando a necessidade de o TCU preservar a competência discricionária do gestor, sob pena de transformar o controlador em administrador, julgo que deve ser ressaltado o caráter facultativo dessa recomendação, a qual deve ser encarada como uma orientação no sentido de que a conveniência e a oportunidade da alternância entre as contratadas sejam ponderadas pelo Instituto quando da avaliação do cabimento da contratação direta ou da licitação”.

236. E, nesses termos, houve uma pequena alteração dos itens 9.3 e 9.4 do Acórdão nº 3.019/2012 – Plenário, que passaram a ter as seguintes redações:

“9.3. recomendar ao INEP que, ao realizar o Enem, pondere, em face dos valores envolvidos e do interesse de outras instituições, a possibilidade de realizar certame licitatório para a contratação dos serviços, avaliando, no caso de contratação direta, a conveniência de alternância entre as empresas contratadas;

9.4. dar ciência ao INEP de que as contratações de entidades para a realização do Enade, da Prova Brasil e do Enceja não se enquadram no disposto no artigo 24, XIII, da Lei nº 8.666/1993, devendo, como regra, ser precedidas de licitação, ressalvado o enquadramento em outras hipóteses de contratação direta, mediante decisão devidamente fundamentada.”

237. Pelo exposto, o TCU aclarou uma faculdade já conferida ao gestor do INEP de lançar mão da contratação direta sob fundamento no art. 25, II, da Lei nº 8.666, de 1993, reforçando, em contrapartida, um dever de motivação que já é inerente à decisão administrativa de se afastar do procedimento licitatório, tanto por inexigibilidade quanto por dispensa de licitação.

### **3. CONCLUSÃO**

238. Pelo exposto, entendemos pela possibilidade do repasse da gestão operacional das avaliações educacionais dirigidas à melhoria do ensino do País a uma organização social, no bojo de um contrato de gestão, incluindo a possibilidade desse repasse no bojo do Contrato de Gestão nº 01/2014, ainda vigente.

239. Dada a grandeza e complexidade demonstrada nos autos para a gestão operacional de determinadas avaliações educacionais, seria possível admitir que a absorção dessa gestão operacional pelo CEBRASPE fosse feita: a) gradualmente, mas com uma perspectiva concreta e prevista claramente no contrato de gestão quanto à sua concretização em um período também determinado; b) com exclusão de uma ou outra atividade que o INEP considere de alguma forma abrangida na gestão estratégica da avaliação educacional.

240. Considerando a vigência do Contrato de Gestão nº 01/2014 no momento em que proferida a decisão na ADI 1923, pelo Supremo Tribunal Federal, seria admissível juridicamente que o órgão competente afastasse, fundamentalmente, a celebração de um novo contrato com prévia convocação pública de outras entidades qualificadas como organizações sociais, ou interessadas nessa qualificação para a execução do objeto do contrato de gestão.

241. Registra-se ser recomendável que os órgãos competentes do MEC, sob o assessoramento da respectiva CONJUR, avaliem a necessidade de alteração de atos normativos vigentes que regulamentam a operacionalização de avaliações educacionais, para adequá-los à eventual decisão administrativa que venha a ser tomada no sentido de repassar sua gestão operacional a uma organização social.

242. Concretizado o repasse da gestão operacional da avaliação educacional para uma organização social, orienta-se, desde já, o INEP para que não mantenha contrato administrativo tendo por objeto a execução de determinadas atividades que estejam sob a referida gestão da organização social, salvo se a manutenção de outros contratos administrativos pelo INEP: a) se der para um período determinado necessário para a absorção completa da gestão operacional pela organização social, ou b) se referir a determinada atividade considerada pelo INEP como inserida em sua gestão estratégica.

243. Ausente decisão técnica/política no sentido de repassar a gestão operacional da avaliação educacional para uma organização social, poderá o INEP manter a execução e celebração de novos contratos administrativos, regidos pela Lei nº 8.666, de

1993, para a execução material de uma atividade relacionada com a avaliação educacional, avaliando, nesse caso:

1. o enquadramento da contratação nas hipóteses admissíveis de dispensa ou inexigibilidade de licitação;
2. eventual necessidade de parcelamento do objeto do contrato administrativo; e
3. a previsão prévia e expressa quanto à possibilidade de subcontratação no bojo do contrato administrativo, não admissível no caso de contratação direta fundada na pessoa contratada.

244. Quanto à contratação direta de uma determinada empresa pelo INEP, para a execução de atividade relacionada com a avaliação educacional inserida no bojo de sua gestão operacional, recomenda-se que:

1. seja avaliado eventual interesse da autarquia em alterar judicialmente o entendimento pelo TCU, no julgamento do Acórdão nº 3019/2012-Plenário e do Acórdão TCU nº 2139/2014-Plenário, quando afasta a incidência do enquadramento das avaliações educacionais do INEP no conceito de “ensino”, previsto no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993;
2. não seja utilizado o fundamento de dispensa de licitação contido no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 1993, para a contratação direta de organizações sociais visando à execução de atividades que não se relacionem com a avaliação educacional inserida no bojo do contrato de gestão respectivo, sem prejuízo de submissão dessa questão para avaliação mais ampla pela Câmara Permanente de Licitações e Contratos do DEPCONSU/PGF;
3. seja observada a interpretação quanto ao enquadramento no art. 25, II, da Lei nº 8.666, de 1993, feita pelo TCU no julgamento do Acórdão TCU nº 2139/2014-Plenário.

245. Recomenda-se, ao final, a juntada de cópia dessa manifestação aos autos nº 23036.004374/2013-15.

À consideração superior.

Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

ISABELLA SILVA OLIVEIRA CAVALCANTI

Procuradora Federal

DANIEL DE ANDRADE OLIVEIRA BARRAL

Procurador Federal

DANIEL OTAVIANO DE MELO RIBEIRO

Procurador Federal

EVANDRO PEREIRA CALDAS

Procurador Federal

ALEXANDRE MAGNO FERNANDES MOREIRA

Advogado da União

CAIO MÁRCIO BELO BARBOSA

Advogado da União

De acordo.

Brasília, 18 de fevereiro de 2016

ANTÔNIO CARLOS SOARES MARTINS

Diretor do Departamento de Consultoria

Aprovo.

Brasília, 18 de fevereiro de 2016.

RENATO RODRIGUES VIEIRA

Procurador-Geral Federal

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00407010843201536 e da chave de acesso 97493a3d

---

Documento assinado eletronicamente por ISABELLA SILVA OLIVEIRA CAVALCANTI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 6287574 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): ISABELLA SILVA OLIVEIRA CAVALCANTI. Data e Hora: 18-02-2016 12:28. Número de Série: 13426007. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

---

Documento assinado eletronicamente por RENATO RODRIGUES VIEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 6287574 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO RODRIGUES VIEIRA. Data e Hora: 10-03-2016 17:12. Número de Série: 13252565. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

---

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 6287574 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS. Data e Hora: 10-03-2016 16:32. Número de Série: 3796960105636004972. Emissor: AC CAIXA PF v2.

---