

# DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO CONTROLE DA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO

***Rita Tourinho<sup>1</sup>***

## ***1- Introdução***

Sabe-se que a investidura em cargo ou emprego público é precedida de prévia aprovação em concurso público. Assim, o art. 37, incisos I e II, da Constituição Federal garante aos brasileiros a acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas, desde que atendam aos requisitos previstos em lei, condicionando a investidura à aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, realizado em consonância com a complexidade do cargo ou emprego.

Quando a Administração Pública recorre à realização de concurso público a primeira decisão administrativa a ser adotada é: o concurso será realizado por um dos seus órgãos ou deverá ser contratada empresa especializada para tal fim? Normalmente os entes administrativos escolhem a segunda opção.

Assim, decidindo contratar empresa para realização do certame, o segundo questionamento que se lança é voltado a saber qual a modalidade e o tipo de licitação que serão utilizados, quando não houver caminho que leve à contratação direta.

Observa-se que a Administração Pública, principalmente no âmbito municipal, vem utilizando a licitação na modalidade convite, tipo menor preço, sob argumento de que a remuneração da empresa será efetuada diretamente pelo candidato, que depositará o valor da taxa da inscrição na conta daquela empresa, ou seja, sem custos para o erário.

Este trabalho tem por finalidade demonstrar que o recolhimento da taxa de inscrição diretamente pela empresa contratada é irregular, que tal procedimento, por si só não justifica a escolha da modalidade de licitação “convite”, que o tipo de licitação “menor preço” é incompatível com o serviço a ser prestado e que, ocorrendo tais situações, o Ministério Público poderá ingressar com Ação Civil Pública visando a declaração de nulidade do contrato e, conseqüentemente, do certame concursal.

---

<sup>1</sup> Promotora de Justiça do Estado da Bahia, Coordenadora do Grupo Especial de Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa, mestre em Direito Público pela UFPE, professora de Direito Administrativo.

## **2- Do processo licitatório: antecedente necessário aos contratos administrativos**

Sabe-se que a Administração Pública direta e indireta para atender as expectativas sociais realiza obras e serviços, faz compras e aliena bens. Porém para exercer tais atividades precisam contratar. Ocorre que tais contratos dependem, em regra, de processo seletivo prévio denominado licitação. Com efeito, define-se licitação como procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse<sup>2</sup>.

Em regra, todos os contratos firmados pela Administração Pública são precedidos de processos licitatórios, conforme preceitua o art. 37, XXI, da Constituição Federal<sup>3</sup>. Por outro lado, o inciso XXVII, do art. 22, da Carta Constitucional estabeleceu que compete privativamente à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, indiretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, parágrafo 1º, III;”.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, instituiu o novo estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Em verdade tal diploma é aplicado na sua inteireza à União, deixando para os demais entes federados a possibilidade de dispor sobre pontos que não possuam a característica de *norma geral*.

Costuma-se definir *normas gerais*, em matéria de licitações e contratos administrativos, como aquelas indispensáveis à implementação dos princípios constitucionais. Segundo Alice Gonzalez são “normas necessárias para tornar pacífica e uniforme, em todo território nacional, a integral realização dos princípios que emanam ou decorrem da Constituição

---

<sup>2</sup> Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27.

<sup>3</sup> Jacoby Fernandes apresenta informações quanto ao número de contratações diretas realizadas pela União no ano de 1999. Segundo o autor, naquele ano, 51% dos contratos firmados a nível federal não foram precedidos de licitação, enquadrando-se em hipóteses de dispensa ou inexigibilidade. Conclui-se, deste dado apresentado, que diferentemente do ponto de vista legislativo, no qual a licitação é a regra e a contratação direta a exceção, a prática vem demonstrando o contrário (Cf. *Contratação Direta sem Licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 188).

Federal”<sup>4</sup>. Além disso, para que determinada norma tenha tal natureza, necessário se faz que não viole a autonomia dos entes federados.

Desta forma, os entes federados podem dispor sobre licitações e contratos administrativos desde que não quebrem os princípios regedores da licitação, nem retirem seu caráter competitivo. Assim, nada impede que as exigências mínimas sejam ampliadas no âmbito estadual e municipal, mas não pode ser relegada nem dispensada a licitação fora dos casos enumerados na lei federal.

Quando a Administração Pública decide realizar concurso público deverá decidir se o fará através de um dos seus órgãos ou contratará uma empresa especializada para tal fim. Normalmente os entes administrativos escolhem a segunda opção.

Assim, decidindo contratar empresa para realização do certame, o segundo questionamento que se lança é voltado a saber da efetiva necessidade de realização de processo licitatório, qual a sua modalidade e tipo, observando-se, ainda, a forma de pagamento da empresa.

### ***3. A contratação direta e a realização de concurso público***

Sabe-se que na Administração Pública a regra é que todos os contratos sejam precedidos de processos licitatórios. Porém, a Lei nº 8.666/93 traz alguns dispositivos que tratam da contratação direta. São situações em que a licitação formal seria impossível ou traria prejuízos ao interesse público.

A contratação direta não pressupõe a inobservância dos princípios administrativos, nem, tampouco, caracteriza uma livre atuação administrativa. Em verdade, há um procedimento administrativo que antecede a contratação, no qual deve ficar demonstrado o tratamento igualitário a todos os possíveis interessados, bem como a realização da melhor contratação possível. Se a Administração pode escolher o particular no caso da contratação direta, é bom que fique claro que isso não significa autorizar escolhas meramente subjetivas.

Assim a Lei de Licitações, no art. 17 aborda a licitação dispensada, para casos específicos de alienação de bens públicos. Segundo alguns, ocorrendo uma das hipóteses prevista nesse

---

<sup>4</sup> Gonzalez Borges, Alice Maria. *Normas Gerais de Licitação para Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas*. In: Temas do Direito Administrativo Atual. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2004. p. 88.

artigo, a contratação direta torna-se imperiosa<sup>5</sup>. No art. 24, por sua vez, a lei apresenta hipóteses taxativas de licitação dispensável e, por fim, no art. 25 trata da licitação inexigível, apresentando três situações exemplificativas. Interessa-nos neste momento a análise do art. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

Quanto à licitação dispensável - art. 24 - esta ocorre nas situações em que, embora viável a competição entre os possíveis interessados, a licitação afigura-se inconveniente aos objetivos norteadores da atuação administrativa. Assim, pensando-se na equação custo-benefício, a realização de processo licitatório traria maiores custos à Administração Pública do que benefícios. Confere razão a Jessé Torres Pereira Júnior quando afirma que “lei estadual, municipal ou distrital, bem assim regulamento interno de entidade vinculada, não poderá criar hipóteses de dispensabilidade”<sup>6</sup>. Percebe-se, então, que o dispositivo que aborda os casos de licitações dispensáveis possui natureza de norma geral.

Voltando à contratação de empresa para realização de concurso público, percebe-se que dentre as vinte e seis hipóteses de licitações dispensáveis previstas no mencionado dispositivo legal, duas são seguramente as mais utilizadas para justificar a contratação direta de ente destinado à realização de concurso público de provas ou provas e títulos. O inciso II e o inciso XIII.

Desta forma, quando a estimativa de custo para realização do certame não ultrapassar R\$ 8.000,00 (oito mil reais) à nível federal, ou seja, 10% (dez por cento) do valor máximo para realização da licitação, destinada a compras e serviços, na modalidade convite, poder-se-á contratar diretamente, com fulcro no art. 24, II, da Lei nº 8.666/93. Obviamente que esta situação é de difícil incidência por menor que seja o possível número de inscritos no concurso, diante dos custos que envolvem o procedimento, que vai desde a confecção de edital e provas até a manutenção de equipe especializada para condução do certame. Cumpre acrescentar que a norma contida no art. 23, referente aos valores estipulados para cada modalidade de licitação, não possui natureza de norma geral, devendo cada ente da federação estabelecer seus próprios limites. Assim, no Estado da Bahia os limites de valores estipulados para cada modalidade corresponde a 70% (setenta por cento) dos limites traçados na Lei nº

---

<sup>5</sup> Não corrobora com este entendimento Marçal Justen Filho. Aliás, o mesmo autor aduz que as hipóteses previstas no art. 17, da Lei nº 8.666/93 não possuem natureza de norma geral, uma vez que fere o princípio da autonomia federativa a União dispor sobre requisitos de alienação de bens dos demais entes federados (Cf. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 171).

<sup>6</sup> Pereira Júnior, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 259.

8.666/93. Por outro lado, acrescenta-se que não se fundamenta em tal hipótese os casos em que a Administração Pública contrata diretamente empresa para realização do concurso público, sob argumento de que não há gastos para o contratante se a remuneração de tal empresa for feita exclusivamente com os valores das taxas de inscrição recolhidos. Ora, **a taxa de concurso tem natureza de receita pública, logo o valor arrecadado deve ser computado para fixação da modalidade de licitação cabível**, conforme veremos adiante.

Muitos entes administrativos têm utilizado o disposto no art. 24, XIII, para contratação direta de “instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino, do desenvolvimento institucional ou da recuperação social do preso”. Segundo Marçal Justen Filho instituição corresponde a “uma organização de recursos materiais e de esforços humanos que se autonomiza em face dos seus próprios fundadores, passando a gozar de um acentuado grau de independência”<sup>7</sup>. Para incidência de tal dispositivo, o fim da instituição deverá abranger pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou a recuperação social do preso. Além disso, a instituição deve ter uma inquestionável capacidade para o desempenho da atividade objetivada e não possuir fins lucrativos.

Quanto aos fins institucionais, dúvidas não existem no que concerne ao alcance das atividades de ensino e recuperação social de preso, porém cabe esclarecer o que se entende por *atividades de pesquisa e desenvolvimento institucional*. A doutrina classifica a *atividade de pesquisa* como aquela voltada ao desenvolvimento de soluções inovadoras e desconhecidas. Porém não deve possuir uma vinculação entre a atividade do pesquisador e a obtenção de um resultado prático e imediato, pois a atividade tanto pode produzir efeitos satisfatórios como não. Quanto ao *desenvolvimento institucional*, segundo Marçal Justen Filho<sup>8</sup>, o dispositivo se refere às instituições sociais e políticas, que promovam o desenvolvimento de outras instituições.

Em pesquisa mais remota, observava-se que o Tribunal de Contas da União admitia a legalidade da contratação de instituição sem fins lucrativos, destinada à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional para realização de concurso público, sem maiores contestações<sup>9</sup>. Verificava-se, apenas os atributos da entidade contratada. Ocorre que, em pronunciamentos mais recentes percebe-se uma divergência em torno da matéria. Assim, a Corte emitiu seguidas decisões restringindo o caráter amplo da interpretação da norma,

---

<sup>7</sup> Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 252.

<sup>8</sup> Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 253.

<sup>9</sup> Decisão 470/93 - Plenário

passando a se manifestar no sentido de que somente aquelas atividades estritamente ligadas ao ensino, à pesquisa ou ao desenvolvimento institucional, dentro de suas devidas concepções, podem ser objeto de contratação direta, o que não é o caso de promoção de concurso público<sup>10</sup>.

Entretanto, há aqueles que se posicionam favoráveis à contratação direta para realização de concurso público, com fundamento no art. 24, XIII, argüindo que a realização de concurso público tem pertinência com o desenvolvimento institucional da Administração Pública. Nesse sentido já decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Ação Popular. Dispensa de Licitação na contratação de instituição nacional. Legitimidade. Litigância de má-fé. Não- caracterização.

(...)

2- Inexistência de ofensa ao disposto no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93, uma vez que a Fundação Universidade de Brasília (FUB) é instituição nacional sem fins lucrativos, que se dedica ao ensino e de reconhecida idoneidade, reputação ético-profissional e capacidade na realização de concursos públicos por intermédio do CESPE \_ Centro de Seleção e Promoção de Eventos, já tendo realizado dezenas de certames para admissão de pessoal em diversos órgãos e instituições, tais como, a título exemplificativo, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas da União, O Instituto Nacional do Seguro Social, o Ministério Público do Trabalho, o Senado, o Ministério Público do Estado do Pernambuco, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, dentre outros, todos com dispensa de licitação na forma do dispositivo legal acima referido.

(...)

6- Apelação provida em parte. Remessa não provida (Processo AC 1998.01.00.084552-3/DF; Relator Juiz Federal Leão Aparecido Alves; Órgão Julgador Terceira Turma Suplementar; DJ 30/10/03).

Nesse ponto, concordamos com aqueles que entendem não ser adequada a utilização do disposto no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93, para contratação de ente privado voltado à realização de concurso público. Inicialmente, cumpre salientar, que o referido dispositivo não deve ser utilizado como válvula de escape para a realização de contratações diretas. Logo, de início deve se verificar se o objeto do contrato insere-se no âmbito de atividade inerente da instituição, dentre aquelas estabelecidas explicitamente no texto legal. Tal pertinência deve ser absoluta. Logo o objeto do contrato precisa se adequar ao conceito de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional e recuperação de presos. Ora, a realização de concurso público não se adequa a nenhuma das atividades constantes do mencionado dispositivo, razão pela qual não cabe a utilização do mesmo na contratação de instituição para tal finalidade.

Quanto à inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25, da Lei nº 8.666/93, esta ocorre quando há inviabilidade de competição. É difícil sistematizar todos os eventos que podem

---

<sup>10</sup>O Tribunal de Contas da União recomendou: limite-se a efetuar contratações com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/93 quando houver comprovadamente nexos entre o dispositivo, a natureza da instituição contratada e o objeto contratual. (TCU. Processo n. 009.713/2000. DOU, 14 nov 00, pp. 103-104).

conduzir à inviabilidade de competição, tanto assim que o dispositivo em comento traz três hipóteses exemplificativas. Marçal Justen Filho<sup>11</sup> enumera situações que caracterizam a inviabilidade de competição, quais sejam, ausência de pluralidade de alternativas de contratação, ausência de mercado concorrencial entre possíveis interessados, impossibilidade de seleção com base em critérios objetivos e a falta de definição objetiva da prestação a ser executada.

O conceito de inexigibilidade de licitação coloca os autores em duas vertentes. Para alguns, ocorrendo uma das hipóteses exemplificativas do art. 25 estará caracterizada a inexigibilidade de licitação, independentemente de, no caso concreto, ser ou não viável a competição. Para outros, ocorrendo uma das situações do art. 25, somente se estará diante da inexigibilidade de licitação se, na situação fática, a competição for inviável. De acordo com Jessé Torres Pereira Filho<sup>12</sup> as inspetorias e procuradorias que funcionam junto aos Tribunais de Contas têm, na sua maioria, adotado posicionamento que, na opinião do autor, é mais correto, tomando como base três fundamentos principais: 1º - a competitividade é da essência da licitação, logo somente será inexigível a licitação se impossível a competição; 2º - as hipóteses arroladas no art. 25 não geram presunção *juris et de jure*, uma vez que, na prática, a situação além de se enquadrar aos ditames de um dos incisos, estão também submetidas ao núcleo conceitual fixado na cabeça do artigo, que exige a “inviabilidade de competição”; 3º as hipóteses dos incisos não possuem autonomia conceitual, subordinado-se assim ao *caput* do artigo.

Dentre as hipóteses exemplificativas do art. 25, cabe-nos analisar neste trabalho aquela constante do inciso II, uma vez que há os que defendam a contratação direta de empresa para realização de concurso público, utilizando como fundamento tal dispositivo<sup>13</sup>. O art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 trata da inexigibilidade de licitação, que para ser utilizado necessita do preenchimento de alguns requisitos, quais sejam, ser o serviço de natureza técnica - dentre os enumerado no art. 13, do referido diploma legal - ser também de natureza singular e o contratado precisa ser portador de notória especialização. Segundo Marçal Justen Filho, tal causa de inviabilidade de competição “consiste na inexistência de mercado de serviços concorrencial homogêneo”<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 273.

<sup>12</sup> Pereira Júnior, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 295.

<sup>13</sup> Este é o posicionamento exposto por Diógenes Gasparini (Diógenes. *Concurso Público – Imposição Constitucional e Operacionalização. In Concurso Público e Constituição*. Coord. Fabrício Motta. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p.67).

<sup>14</sup> Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 280.

Referindo-se ao serviço de natureza técnica, Marçal afirma que “refletem atuação pessoal de um ser humano, com cunho de transformação do conhecimento teórico-geral ou da inventividade em solução prática-concreta”<sup>15</sup>. Assim, a natureza da prestação produzida tem que refletir a habilidade subjetiva de produzir a transformação de conhecimento teórico em solução prática. Quanto à singularidade do serviço, esta se refere a sua natureza, independente do número de pessoas capacitadas para executá-lo. Para o preenchimento desse requisito não basta reconhecer que o objeto do contrato é diverso daquele usualmente executado pela própria Administração, também se deve examinar se aquele objeto necessita de um profissional que foge aos padrões comuns do mercado. Com efeito, a análise da singularidade dependerá de circunstâncias históricas e geográficas. Segundo Marçal,

sua identificação, no caso concreto, depende das condições generalizadas de conhecimento e de técnica. Algo que, em um certo momento, caracteriza-se como sendo de natureza singular pode deixar de ser assim considerado no futuro. Um certo serviço pode ser reputado como de natureza singular em certas regiões do Brasil e não ser assim qualificável em outras<sup>16</sup>.

A notória especialização, o terceiro dos três requisitos, vem definida no parágrafo 4º, do mencionado art. 25 e consiste no reconhecimento da qualificação do interessado no contrato por parte de um certo setor da comunidade.

Com efeito, busca a Administração o desempenho pessoal de ser humano dotado de capacidade especial de aplicar conhecimento, o conhecimento teórico para solução de problema. Nessa linha de entendimento, a contratação de empresa para realização de concurso público não se adequaria àquela hipótese, constante do artigo 25, II, do diploma legal antes citado.

Ora, nos dias atuais, não somente a Constituição Federal exige, para o ingresso em cargo ou emprego público, a realização de concurso, como também há uma intensa fiscalização realizada tanto pelos Tribunais de Contas, como pelo Ministério Público voltada à observância de tal norma. Em consequência, diversas são as empresas que oferecem serviços para efetivação de certames dessa natureza, portadoras de notoriedade e reconhecimento no mercado. Logo, não se pode falar em inviabilidade de competição, podendo a escolha ser estabelecida através de critérios objetivos, fato que leva a imposição de abertura de processo

---

<sup>15</sup> Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 281.

<sup>16</sup> Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p.283.

licitatório, como garantia aos princípios da isonomia e de seleção da proposta mais vantajosa. Acrescente-se que tal entendimento já foi manifestado pelo Tribunal de Contas da União<sup>17</sup>.

Mesmo aqueles que admitem a contratação direta, sabem que muitas vezes a contratação de empresa para realização de concurso público se faz através de processo licitatório. Aliás, esta é uma prática que vem sendo observada por diversos entes federados, principalmente no âmbito municipal. Nesse ponto discute-se a modalidade e o tipo de licitação a serem utilizados.

#### ***4. Da Licitação para Contratação de Empresa voltada à realização de concurso público***

##### **4.1 Aspectos Gerais**

Dentre as modalidades de licitações previstas no art. 22, da Lei n. 8.666/93, temos a concorrência, a tomada de preço, o convite, o concurso, o leilão. Tem-se, ainda, o pregão estabelecido na Lei n. 10.520/02, para aquisição de bens e serviços comuns.

Os parágrafos do art. 22 definem cada modalidade de licitação. Sabe-se que, em regra, o critério utilizado para escolha da modalidade de licitação dentre a concorrência, a tomada de preço e o convite, como regra, é o econômico<sup>18</sup>. A Lei n. 8.666/93 condicionou a escolha da modalidade de licitação em função do valor do contrato, porém possibilitou que a contratação de valor relativamente diminuto seja antecedida de licitação em modalidade superior ao valor econômico cabível. Assim, nada impede que seja realizada licitação na modalidade concorrência para formalização de contrato cujo valor se adeque à modalidade convite.

##### **4.2 Da inadequada utilização da modalidade convite em virtude da remuneração da empresa contratada através de taxas recolhidas diretamente dos candidatos**

No que concerne à licitação para contratação de empresa destinada a realização de concurso público, a princípio deverá o ente licitante apresentar uma planilha de custos dos serviços

---

<sup>17</sup>~Tomada de contas. TRT 21. Região. Contratação de empresa para a realização de concurso público sem licitação sob alegação de notória especialização. Ausência de malversação, desvio, locupletação ou dano. Contas regulares com ressalvas. Quitação. Determinação (Acórdão 62/998 – Plenário. Rel. Ministro Carlos Átila Álvares da Silva).

<sup>18</sup> Vale ressaltar a exceção constante do art. 23, parágrafo 3º, segundo o qual “a concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor do seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preço, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no país”.

englobados em tal contratação. Assim, saberá estimar o valor aproximado do contrato, estabelecendo, por conseguinte, a modalidade de licitação a ser utilizada.

Percebe-se, no entanto, que muitas vezes o edital prevê como forma de pagamento o recolhimento das taxas de inscrição diretamente pela empresa contratada, procedimento este que vem sendo corretamente contestado pelo Tribunal de Contas da União<sup>19</sup>. Assim, no momento da formalização do vínculo não se sabe ao certo qual será o valor exato do contrato. Ora, se não há uma previsão precisa do valor da remuneração do contratado, o ideal é que se adote a modalidade de licitação destinada a contratos de valores mais altos, qual seja, a concorrência, que garante de forma mais eficaz os princípios da universalidade e da publicidade. No entanto, tem-se observado que os entes públicos em tal situação vêm adotando a modalidade convite, sob argumento de que não há custos para a Administração Pública.

#### 4.3. Da irregularidade do recolhimento das taxas de inscrição pelas empresas contratadas para a realização do concurso público.

A taxa de inscrição, na visão de Diógenes Gasparini<sup>20</sup>, possui natureza tributária, caracterizando-se como taxa de serviço, para a Administração Direta, Autárquica e Fundacional. Em consequência deverá estar prevista na legislação tributária. Em contrapartida, quando o valor da inscrição é cobrado pelas entidades paraestatais – sociedade de economia mista ou empresa pública – possui natureza de preço.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes manifesta-se pela natureza não-tributária da taxa de inscrição, porém acrescenta que “não deixa de ter natureza de recurso público devendo integrar os haveres do Estado”<sup>21</sup>.

Nesse diapasão, não resta dúvida que a taxa cobrada na inscrição do concurso tem natureza de receita própria do ente contratante. Considerada receita pública, deverá obedecer ao regime das despesas e receitas instituído pela Lei Federal nº 4.320/64, devendo ingressar e sair dos cofres públicos obedecendo as regras estabelecidas pelo referido diploma<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Decisão nº 683/97

<sup>20</sup> Gasparini, Diógenes. *Concurso Público - Imposição Constitucional e Operacionalização*. In: Concurso Público e Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.69.

<sup>21</sup> Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby. *Os Tribunais de Contas e o Controle Sobre as Admissões no Serviço Público*. In Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição 2002. nº 02.

<sup>22</sup> Gasparini, Diógenes. *Concurso Público - Imposição Constitucional e Operacionalização*. In: Concurso Público e Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.69.

Tanto a doutrina<sup>23</sup> como a jurisprudência do Tribunal de Contas da União<sup>24</sup> vem criticando os contratos de riscos que entidades interessadas no concurso firmam com empresas, estabelecendo como remuneração das mesmas os valores arrecadados na inscrição. Com efeito, as taxas de inscrição são depositadas em uma conta bancária própria da empresa contratada. Tal procedimento não encontra respaldo legal, violando as regras previstas na Lei Federal antes referida. Ademais, quanto a tal matéria o TCU já consolidou entendimento através da Súmula nº 214, segundo a qual

Os valores correspondentes às taxas de inscrição em concursos públicos devem ser recolhidos ao Banco do Brasil S. A., à conta do Tesouro Nacional, por meio de documento próprio, de acordo com a sistemática de arrecadação de receitas federais previstas no Decreto-lei nº 1.755, de 31/12/79, a integrar as tomadas ou prestações de contas dos responsáveis ou dirigentes de órgãos da Administração Federal Direta, para exame e julgamento pelo Tribunal de Contas da União.

Esta prática, no entanto, é admitida por alguns quando o ente contratante possuir personalidade jurídica de direito privado, quando não se aplicaria a mencionada lei.

Logo, entende-se irregular a cobrança de taxa realizada diretamente pela empresa contratada.

#### 4. 4. Do tipo de licitação utilizado na licitação para contratação de empresa destinada à realização de concurso público

O art. 45, da Lei n. 8.666/93 apresenta quatro tipos de licitações: a de menor preço, a de melhor técnica, a de técnica e preço e a de maior lance. Não há discricionariedade na escolha do tipo de licitação. Conforme afirma Marçal Justen Filho “a natureza do objeto e as exigências previstas pela Administração condicionam o procedimento licitatório e definem o tipo de licitação”<sup>25</sup>. A Administração Pública deve se revestir de cuidados na observância do tipo de licitação, para que não se frustrasse o atendimento do interesse público.

O preço é fator relevante na seleção de qualquer proposta. É certo que a Administração sempre visa obter a melhor proposta pelo menor custo possível. Ocorre que, nas licitações do tipo menor preço, o menor valor apresentado, dentre aqueles com padrão de qualidade mínima exigido no ato convocatório, definirá o licitante vencedor. Conclui-se então que a

<sup>23</sup> Gasparini, Diógenes. *Concurso Público - Imposição Constitucional e Operacionalização*. In: Concurso Público e Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.69.

<sup>24</sup> Decisão nº 683/97.

<sup>25</sup> Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p.436.

licitação de menor preço admite exigências técnicas na configuração do objeto licitado, porém não serão verificadas como critério de seleção da proposta. A licitação do tipo menor preço vem prevista no art. 45, parágrafo 1º, I, da Lei nº 8.666/93.

As licitações “melhor técnica” e “técnica e preço”, estabelecidas nos incisos II e III, do parágrafo 1º, do art. 45, da Lei de Licitações, foram reservadas para situações especiais. O art. 46, da lei de Licitações e Contratos Administrativos, determina que tais tipos de licitação serão utilizados “exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos”. Percebe-se que tais tipos de licitação são escolhidos quando o serviço a ser realizado pressupõe uma atividade predominantemente intelectual, trazendo o artigo algumas situações específicas a título exemplificativo. São hipóteses em que há uma atuação peculiar do ser humano. Será colocada em disputa a forma ou o meio de executar a prestação.

Na licitação melhor técnica o edital deverá fixar o limite máximo de preço dentro do qual será escolhida a proposta tecnicamente mais vantajosa. Neste tipo de licitação os participantes deverão apresentar três envelopes, um contendo a documentação de habilitação, outro com a proposta técnica e, por fim, um terceiro com a proposta de preço. A proposta técnica é que desclassificará ou pré-classificará os licitantes para o julgamento final. Assim, aqueles que não oferecerem uma técnica aceitável serão desclassificados, devolvendo-lhes os envelopes de preços intactos. Por outro lado, as propostas técnicas aceitas serão classificadas em ordem decrescente, passando, então, a Administração Pública para a abertura dos envelopes contendo as propostas de preços. Posteriormente, passa a negociar o preço com o primeiro colocado (aquele que apresentou a melhor proposta técnica), tendo em vista o menor preço oferecido. Não havendo acordo, a negociação segue com o segundo classificado e assim sucessivamente até a formalização do ajuste. Percebe-se, então, que o limite de negociação exigida pela lei será sempre a proposta de menor preço apresentada entre os licitantes aptos tecnicamente a executar o objeto pretendido pela Administração.

Muitas das considerações acima expostas aplicam-se à licitação técnica e preço. Na fase de exame das propostas técnicas, o procedimento é similar ao da licitação melhor técnica, principalmente no que diz respeito à estipulação de notas técnicas, desclassificando-se aqueles que não alcançaram pontuação mínima exigida. Neste tipo de licitação há também a

atribuição de notas proporcionais aos preços oferecidos. Difere-se, basicamente, do tipo melhor técnica em virtude da escolha recair sobre aquele que apresentar a melhor média ponderada, obtida com a nota da proposta técnica e a nota da proposta de preço. Os critérios para apuração das notas e para o cálculo da média são estabelecidos no ato convocatório. Pertinente a observação lançada por Edite Hupsel e Leyla Bianca, segundo as quais

Cada fator a ser pontuado, no que diz respeito à técnica, deve ter estreita correlação com o objeto desejado pela Administração. Atribuir pontuação ao número de empregados da licitante, à especificações relativas a sede física da empresa, ao local do seu funcionamento e outras situações que não se traduzem na melhor técnica desejada pela Administração é, no mínimo, desarrazoado e gera um desvio da nota técnica<sup>26</sup>.

Por fim, na licitação maior lance ou oferta, utiliza-se como critério de julgamento da melhor proposta o maior valor oferecido pelo licitante. Este tipo de licitação é utilizado para alienação de bens, móveis ou imóveis<sup>27</sup>, sendo realizado para a modalidade leilão, que ocorre em sessão pública.

Ora, envolvendo o concurso público atividade predominantemente intelectual, seja na elaboração do edital, seja na criação das questões das provas, seja na correção das provas ou, ainda, no julgamento dos recursos, é inegável a necessidade de um corpo técnico especializado na realização do certame. Conseqüentemente, pode-se afirmar que o tipo de licitação adequada para contratação de empresa voltada à realização de concurso será o de melhor técnica ou técnica e preço. Acrescente-se que esses tipos de licitação são cabíveis mesmo na modalidade convite. Nesse sentido, José Ribeiro Mathias Duarte aduz que “o aspecto em questão não oferece maiores dificuldades para sua definição, sendo certo que a modalidade convite, a exemplo do que ocorre com a tomada de preço e a concorrência, pode perfeitamente adotar o TIPO melhor técnica ou técnica e preço, inexistindo qualquer proibição legal para tanto”<sup>28</sup>.

A utilização de licitação do tipo menor preço, para o caso em análise, pode acarretar efeito negativo, consubstanciado na adoção de parâmetro insuficiente, imperfeito e inadequado para satisfazer a necessidade estatal. Daí a Administração desembolsará o menor preço, mas receberá prestação destituída de aptidão para satisfazer às necessidades coletivas.

---

<sup>26</sup> Hupsel, Edite Mesquita e Lima da Costa, Leyla Bianca Correia. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos do Estado da Bahia*. Belo Horizonte: Fórum. 2006. p. 148.

<sup>27</sup> No caso de bens imóveis pertencentes à União a alienação através da oferta do maior lance somente ocorrerá na hipóteses do art. 19, da Lei nº 8.666/93, quais sejam, se o bem tiver sido adquirido em dação em pagamento ou através de processo judicial. A Lei de Licitações e Contratos do Estado da Bahia, nº 9.433/05, admite a alienação de imóveis tanto pela concorrência, como pelo leilão, art. 34, I.

<sup>28</sup> Duarte, João Ribeiro Mathias. *Desenvolvimento do Procedimento Licitatório*. São Paulo: Editora UNESP, 2004. p. 59.

## **5. Da ação civil pública como forma de controle da contratação de empresa voltada à realização de concurso público**

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, “disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências”, segundo consta do seu perambulo. A norma constitucional que contempla a ação civil pública e por tal razão é fonte primária desse específico instrumento protetivo, encontra-se no art. 129, III, que reafirma a função institucional do Ministério Público, através desse instituto, “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

A ação civil pública revela-se o instrumento adequado para reprimir ou impedir danos morais e patrimoniais ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, à ordem urbanística e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º). Legislação posterior assegurou também o uso desta ação em defesa dos deficientes físicos, dos investidores no mercado de capitais, das crianças e adolescentes, dos idosos, dos torcedores de modalidades esportivas, dentre outros. Aliás, como bem salienta José dos Santos Carvalho Filho, a redação do art. 129, III, da Constituição Federal tornou mais amplo o objeto da tutela da ação civil pública. Segundo o autor “além de alcançar a proteção ao patrimônio público, converteu em simplesmente enumerativa a relação taxativa que a lei contemplava, já que se referiu a **outros** interesses coletivos e difusos”<sup>29</sup>.

É patente que a defesa do patrimônio público material e moral da Administração Pública constitui interesse difuso. Logo, a ação civil pública torna-se meio processual adequado para o Ministério Público não somente exigir a realização de concurso público, quando este se mostra necessário<sup>30</sup>, como também para impugnar contratação de empresas destinadas à realização do certame, quando tal negócio jurídico viola princípios consagrados no nosso ordenamento jurídico, protegendo-se, assim, o patrimônio público moral do Estado<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Carvalho Filho, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 07. Em sentido contrário manifesta-se Hely Lopes Meirelles (Cf. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros: 2006. p. 265).

<sup>30</sup> Tal situação se daria na hipótese, por exemplo, de contratação temporária de pessoal, com fundamento no art. 37, IX, da Carta Constitucional, para exercício de funções típicas de cargos públicos, revelando burla à regra de obrigatoriedade do certame concursal.

<sup>31</sup> Assim, já decidiu o STJ: “Ação civil pública. Concurso para professor universitário. Legitimidade do Ministério Público. 1. O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública em defesa dos princípios que devem reger o acesso aos cargos públicos por meio de concurso, configurando o interesse social relevante. 2. embargos de divergência conhecidos e providos” (EREsp 547704/RN. Rel Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 17/04/2006, p. 160). Na mesma linha manifestou-se também o TRF, da Primeira Região: “Ação Civil Pública. Concurso público que teria sido realizado com irregularidades. Legitimidade do Ministério Público Federal, mérito – inexistência de vícios no concurso. 1- O MPF tem legitimidade para ajuizar ação civil pública visando questionar a lisura de concurso público, pois assim agindo defende o patrimônio público contra possível contratação irregular, além de defender a probidade administrativa, tudo dentro de sua

Dispõe o art. 3º da Lei nº 7.347/85 que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro, ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Nesta linha, o art. 11 acrescenta que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”. Percebe-se, então, que o ideal é a execução específica, repondo-se o bem ou interesse lesado ao *status quo ante*, mas não sendo esta possível a solução será a condenação em dinheiro, revertido em favor do fundo, destinado à reconstituição dos bens lesados, abordado no art. 13 da Lei. O art. 11 reporta-se também à cominação de multa diária pelo não cumprimento da obrigação estabelecida. Assim, sendo o réu condenado a determinada obrigação de fazer, o juiz pode fixar o *quantum* da multa, estabelecendo ao mesmo tempo prazo para o cumprimento da obrigação, caso não seja efetivada tal obrigação até o término do prazo estipulado, começará a ser contabilizada a multa.

Houve uma ampliação do objeto da ação civil pública com a Lei nº 8.625, de 12/02/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público – que ao dispor sobre as funções gerais atribuídas ao *Parquet*, estabeleceu no art. 25, IV, alínea *b*, caber ao órgão o ajuizamento de ação civil pública “**para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem**”. Assim, além da tutela jurisdicional de conteúdo condenatório prevista na lei nº 7.347/85, passou-se a admitir, a partir da Lei nº 8.625/93, pedido de conteúdo constitutivo na ação civil pública, ou seja, poder-se-á buscar a desconstituição da relação através da declaração de nulidade do ato lesivo ao patrimônio público, material ou moral.

Não há divergência jurisprudencial quanto à possibilidade de utilização da ação civil pública para pleitear nulidade de atos administrativos. Nesse sentido, pode-se citar decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE, POSSIBILIDADE JURÍDICA E INTERESSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO. DENUNCIAÇÃO À LIDE. IMPOSSIBILIDADE. SUS. CONTRATO DE

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. UNIDADE DA FEDERAÇÃO E EMPRESA PRIVADA. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO PRÉVIA. ANULAÇÃO E ABSTENÇÃO DE CONTRATAR.

1. O Ministério Público é parte legítima à propositura de ação civil pública visando à declaração de nulidade da contratação, fora das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, de entidades privadas que, em caráter complementar, participem do sistema único de saúde (Lei n. 8.080/90, art. 24, parágrafo único; CF art. 37, XXI; e Lei n.º 8.666/93, art. 25). Precedentes.
2. O pedido de anulação de contrato é juridicamente possível em face da exigência legal de contratação de serviços pela Administração mediante licitação, segundo dispõe a Lei 8.666/93 c/c art. 37, II, da CF/88, bem como se revela o interesse de agir a fim de anular contrato de prestação de serviço médico com repasse de verba da União para pagamento do contrato.
3. Não deve a União integrar o feito como litisconsórcio necessário, pois não participou do contrato e não será atingida por qualquer que seja o desfecho do processo, o que não retira a competência da Justiça Federal para a causa em face do interesse do Ministério Público Federal em proteger o patrimônio público federal por meio da ação civil pública.
4. (...)
5. (...)
6. Comprovado que o contrato celebrado não foi procedido do necessário procedimento licitatório, em desatenção aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da legalidade, e lesão ao patrimônio público federal, impõe-se a anulação, com a conseqüente abstenção do Estado na contratação de serviços de saúde, sem prévia licitação, ressalvados os casos de dispensa e inexigibilidade.
7. apelação e remessa oficial improvidas. (TRF, 1ª Região, AC 2001.01.00.013403-1/MA; Apelação Cível, Rel. Des Fed. Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJ 16/10/06, p. 97.

Logo, é perfeitamente cabível a utilização da ação civil pública para pleitear a nulidade do contrato firmado com empresa voltada à realização de certame concursal, quando não forem observados a modalidade e tipo adequados da licitação que antecede o contrato, bem como a correta forma de pagamento da empresa, nos termos já expostos neste trabalho.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>32</sup> relaciona limitações do objeto constitutivo da ação civil pública. Assim, estabelece em primeiro lugar que a lei admitiu o objeto de conteúdo constitutivo na ação civil pública apenas para o Ministério Público. Depois, o pedido dessa natureza somente poderá ser realizado em face de pessoas administrativas ou ligadas, de algum modo, à Administração Pública. Por fim, o autor da ação somente poderá socorrer-se desse tipo de objeto, quando pretender a tutela de interesses coletivos e difusos relacionados com patrimônio público e com a moralidade administrativa.

Desta forma, pretende-se demonstrar neste trabalho que o Ministério Público dispõe de instrumento eficaz para impedir que a regra da obrigatoriedade do concurso público sirva apenas como mais uma forma para desvios no âmbito da Administração Pública, quando da

---

<sup>32</sup> Carvalho Filho, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 81.

contratação de empresas destinadas à realização do certame concursal, sem qualquer idoneidade, comprometendo a qualidade dos servidores públicos selecionados.

### **Conclusões**

- 1- A contratação direta de empresa para realização de concurso público, com fundamento no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, não se mostra regular, uma vez que o objeto do contrato não guarda adequação às finalidades do ente privado previstas no referido dispositivos, quais sejam: pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional;
- 2- A contratação direta de empresa para realização de concurso público, com fundamento no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, esbarra no requisito exposto no *caput* do artigo, qual seja, a inviabilidade de competição, uma vez que atualmente existem no mercado diversos entes privados voltados a tal fim, que podem ser escolhidos através de critérios objetivos;
- 3- Não cabe a dispensa de licitação em razão do valor ou a escolha da modalidade de licitação *convite* para a contratação de empresa voltada à realização de concurso público, utilizando-se como argumento único a ausência de despesas para o ente público, diante do pagamento realizado com o recolhimento da taxa de inscrição para pelos candidatos diretamente à empresa;
- 4- Tendo a taxa de inscrição natureza de recurso público, deve ingressar nos cofres públicos obedecendo às regras constantes da Lei nº 4.320/64, não cabendo o seu recolhimento diretamente pela empresa contratada para a realização do certame concursal;
- 5- Envolvendo o concurso público atividade predominantemente intelectual, o tipo de licitação adequado para contratação de empresa destinada à realização do certame será melhor técnica ou técnica e preço;
- 6- A contratação irregular de empresa voltada a realização de concurso público pode ser contestada pelo Ministério Público, através de ação civil pública, com pedido de natureza constitutiva, qual seja, a declaração de nulidade do contrato e conseqüente nulidade do certame concursal.