

AS MODALIDADES DE ESCOLHA DE EMPRESA ORGANIZADORA DE CONCURSO PÚBLICO NO ÂMBITO FEDERAL¹

Careciane Almeida²

Resumo: Este artigo possui o objetivo de analisar como, no âmbito federal, as instituições procedem na escolha de empresas especializadas na aplicação de provas em Concursos Públicos. A empresa escolhida pela Administração para aplicação das provas tem de prestar o melhor serviço e obter o melhor resultado, selecionando indivíduos capazes de prestar um serviço público de qualidade. Para tanto, a Administração Federal normalmente utiliza dois procedimentos para escolha da empresa responsável pelas provas: dispensa de licitação e pregão eletrônico. Este trabalho analisará esses dois procedimentos e verificará se a escolha satisfaz as expectativas, principalmente diante da ausência de lei regulamentando o assunto. Conclui-se pela necessidade de elaboração urgente de lei específica para evitar prejuízos à Administração e ao cidadão. Na elaboração deste artigo, utiliza-se o método indutivo.

Palavras chave: Administração Pública. Concurso Público. Licitação. Pregão Eletrônico. Empresa Organizadora de Concursos.

Abstract: This paper aims to analyze how, at the federal level, the institutions proceed in the choice of companies specialized in the application of tests in public tenders. The company chosen by the Administration to apply the tests must provide the best service and obtain the best result by selecting individuals capable of providing a quality public service. For this, the Federal Administration usually uses two procedures to choose the company responsible for the tests: waiver of bidding and electronic trading. This paper will analyze these two procedures and verify if the choice satisfies expectations, especially in the absence of a law regulating the subject. It is concluded that there is an urgent need to prepare a specific law to avoid losses to the Administration and the citizens. In the elaboration of this article, the inductive method is used.

Keywords: Public administration. Public tender. Bidding. Electronic trading. Company that organizes competitions.

Introdução

Considerando a situação econômica do País e as dificuldades de se encontrar um emprego estável, o concurso público se tornou a principal porta de acesso a um futuro promissor. Por isso, todos os anos, milhares de brasileiros disputam vagas cada vez mais escassas na Administração Pública Federal.

¹ Artigo científico elaborado como trabalho final de conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal – Turma Especial 2018.

² Especialista em Direito Previdenciário pelo Curso de Especialização da empresa Verbo Jurídico – convênio Uniasselvi (2013). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Analista Judiciária – área Judiciária na Justiça Federal de Santa Catarina.

A competitividade imposta pelo escasso número de vagas e um excessivo número de candidatos gera constantes conflitos entre os próprios concorrentes e entre estes e a Administração, mormente se a empresa escolhida para execução do evento (concurso público) não detém experiência suficiente para logística de feitura e aplicação de provas.

Por isso, a Administração Pública deve agir com cautela quando delega à iniciativa privada a execução do concurso público, já que, quando fica responsável pela realização do evento, pelo menos no âmbito federal, dificilmente se vê um concurso ser anulado por desorganização ou irregularidades ocorridas na sua execução.

Ao contrário, quando há a delegação da execução do evento à iniciativa privada, principalmente se a escolha da empresa se deu pela modalidade de pregão eletrônico (vence a licitação a empresa que oferecer o menor preço para realização do evento), não é incomum a anulação de concurso público ou de etapas dele por desorganização ou incapacidade técnica da empresa contratada.

A própria autora deste artigo foi vítima de duas anulações de concursos públicos, no âmbito federal, que mudaram radicalmente seus planos de vida: concurso para servidores do TRE/RS do final de 2008 e o concurso para servidores do TRE/SC do final de 2009. Neste último, a autora se classificou em 2º lugar para Analista Judiciário, em resultado que chegou a ser homologado pelo Pleno do TRE/SC, mas, depois de dois anos, o concurso foi definitivamente anulado.

Na mesma época, ocorreu também a anulação do concurso público do TRE de Pernambuco, realizado pela empresa Conesul, escolhida por meio de pregão eletrônico, que contou com 85.721 inscritos, exclusivamente por alegação de irregularidades e desorganização na aplicação das provas.

O ponto em comum desses três concursos públicos federais anulados (TREs do RS, de SC e de PE) é justamente a escolha das empresas por meio da modalidade do pregão eletrônico, no qual venceu a empresa que ofereceu o menor

preço total para execução do evento³ (Consulplan, MS Concursos e Conesul, respectivamente).

Interessante destacar que esses três concursos federais foram anulados sem qualquer comprovação de fraude, mas por diversas alegações de candidatos de desorganização e irregularidades na aplicação das provas que teriam gerado uma situação de extrema desigualdade entre os concorrentes.

Assim, faz-se necessário um estudo sobre as possibilidades de escolha de empresa para execução de concurso público no âmbito federal, a fim de se perquirir qual a melhor forma de se executar o evento, sem graves riscos de prejuízo à Administração e aos administrados. E, utilizando-se do método indutivo, esse é o objetivo deste artigo.

1 Administração Pública e seus princípios

Inicialmente, faz-se necessário conceituar a palavra Administração. Flávia Cristina Moura de Andrade traz quatro sentidos específicos⁴. No sentido amplo, a Administração envolve o governo que traça as diretrizes do Estado. No sentido estrito, a Administração é o instrumento de que se vale o Estado para pôr em prática as opções políticas de Governo.

No sentido formal, subjetivo ou orgânico, a Administração Pública é o conjunto de agentes (pessoas investidas em cargos, empregos e funções), de órgãos (centro de decisões) e de pessoas jurídicas, todos instituídos para consecução dos fins de Governo, que é o comando, a iniciativa. Envolve a Administração direta e indireta.

Por fim, no sentido material, objetivo ou funcional, Administração é a própria atividade administrativa executada pelo Estado por meio de seus órgãos e entidades, abrangendo atividades como a polícia administrativa e os serviços públicos.

3 <http://www.tre-rs.jus.br/transparencia/licitacoes-e-precos-registrados/licitacoes/pregao-eletronico18/2008>; <http://www.tre-sc.jus.br/site/transparencia/contas-publicas/licitacoes/pregoes/2009/index.html> 046/2009; e http://www.comprasnet.gov.br/livre/Pregao/Mensagens_Acomp.asp?prgcod=180484 48/2009

4 ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. Elementos do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

Interessante destacar que o regime jurídico administrativo é caracterizado por prerrogativas e sujeições impostas à Administração Pública, sendo fundamentado na supremacia do interesse público sobre o privado e na indisponibilidade do interesse público. Por isso, o Poder Público deve zelar pela conservação, guarda e aprimoramento dos bens e serviços públicos, atuando sempre os administradores como gestores da *res pública*.

Além disso, a Administração Pública deve respeitar os seguintes princípios previstos no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

- a) **Legalidade:** Para Hely Lopes Meirelles⁵, a legalidade significa que o administrador público está, em toda atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal. Além de atuação conforme a lei, a legalidade significa, também, a observância dos demais princípios administrativos, como da moralidade e da finalidade administrativas para dar plena legitimidade à sua atuação. Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que tanto atende às exigências da lei como está de acordo com os preceitos da instituição pública.
- b) **Impessoalidade:** é o princípio que impõe tratamento igualitário aos administrados, bem como remete à ideia de que os agentes públicos devem ter uma atuação neutra, segundo ensina Flávia Cristina Moura de Andrade⁶. Dessa forma, a impessoalidade pode ser analisada sob dois aspectos: igualdade de tratamento aos administrados, propiciando oportunidades iguais a todos (razão da realização de concursos públicos) e neutralidade do agente em sua atuação (razão da proibição de promoção pessoal do agente). Assim, os dois instrumentos, previstos na Carta Magna, que aplicam diretamente o princípio da impessoalidade são o concurso público e a licitação, temas que serão oportunamente analisados.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.90.

6 ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. *Elementos do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 34.

- c) **Moralidade:** Tal princípio impõe à Administração não apenas uma atuação legal, mas também moral, caracterizada pelo respeito à ética, à honestidade, à legalidade, à boa-fé. A moralidade a ser observada é a administrativa, não a moralidade comum (distinção entre o bem e o mal). Portanto, conforme ensina Hely Lopes Meirelles⁷, por considerações de Direito e Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição. O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além de sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima.
- d) **Publicidade:** é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Ressalta Flávia Cristina Moura de Andrade⁸ que a publicação em diário oficial é somente uma das hipóteses de publicidade, podendo acontecer mediante intimação pessoal no processo, pelo correio, em jornal oficial ou de grande circulação, sessões realizadas a portas abertas, dentre outras formas. Contudo, a publicidade não é elemento formativo do ato; mas sim, requisito de eficácia e moralidade. Por isso, os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem a publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos, como também se expõem a invalidação por falta desses requisitos. E sem a publicação não fluem os prazos para impugnação administrativa ou anulação judicial, quer o de decadência para impetração de mandado de segurança, quer os de prescrição da ação cabível.
- e) **Eficiência:** Para Hely Lopes Meirelles⁹, o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional, sendo o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada somente com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus

7 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.92.

8 ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. *Elementos do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 37.

9 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.99.

membros. Surgiu no texto constitucional em decorrência da Emenda Constitucional 19/1998, mas vem também previsto no artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/99 e no artigo 6º, §1º, da Lei 8.987/95, que trata da concessão e permissão de serviços públicos, podendo ser relacionado à necessidade da boa qualidade na prestação deles. Destaca-se também o aspecto econômico do princípio que pauta as decisões administrativas levando-se em conta sempre a relação melhor custo-benefício.

Especificados os princípios que regem a Administração Pública direta e indireta, a Constituição Federal prevê expressamente, em seu artigo 37, que os cargos, empregos e funções públicas da Administração são acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, ressalvada as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração¹⁰. Além disso, a Carta Magna prevê que o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma única vez por igual período, sendo o edital o instrumento definidor do prazo de validade do concurso.

Analisadas as questões pertinentes ao conceito de Administração Pública e seus principais princípios, deve-se destacar que o concurso público é a principal porta de entrada no Serviço Público e o meio que mais respeita os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência administrativas.

2 Do Concurso Público

Consoante ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho¹¹, o concurso público tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Nessa aferição pessoal, o Estado

10 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05 de out.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 ago. 2018.

11 FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2015, pp. 655-676.

verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e, no aspecto seletivo, são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.

Segundo o autor, por se tratar de procedimento administrativo em cujo cerne se encontra densa competitividade entre os aspirantes a cargos e empregos públicos, o concurso público, não raras vezes, rende ensejo à instauração de conflitos entre os candidatos, ou entre estes e o próprio Poder Público. É de suma importância que esses conflitos sejam solucionados de forma legítima, sobretudo com a aplicação dos princípios da motivação, do contraditório e da ampla defesa.

Há de se destacar que a exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos.

O concurso público, como já dito, é o instrumento que melhor representa o sistema do mérito, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições ou que assim deveria de ser, permitindo que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos. Para tanto, o concurso deve se basear em três postulados fundamentais:

1º Princípio da Igualdade: pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas a todos. Por tal princípio, nenhum requisito subjetivo, que diz respeito à pessoa do candidato, como exames físico e psíquico, boa conduta, prestação de serviço militar, escolaridade, pode discriminar o candidato em razão de suas condições estritamente pessoais, como raça, cor, credo religioso ou político, forma estética, sexo e idade (nestes dois últimos casos, com algumas exceções). Mesmo os requisitos objetivos devem ser fixados em estrita consideração com as funções a serem exercidas pelo servidor, sob pena de serem considerados discriminatórios e violadores deste princípio e do princípio da impessoalidade.

O que se extrai das decisões proferidas pelos Tribunais, conforme José dos Santos Carvalho Filho¹², é que não só o legislador como o administrador público estão impedidos de criar requisitos objetivos ou subjetivos de exclusivo caráter discriminatório, sem qualquer relação direta com as funções atribuídas ao cargo. Na verdade, requisitos de acesso só se legitimam se estiver rigorosamente comprovado que foram fixados levando em conta as funções a serem exercidas. Caso contrário, o concurso público deve ter o caráter mais amplo possível, devendo constar apenas os requisitos básicos para investidura em cargo público federal, previstos no artigo 5º da Lei 8.112/90.¹³

2º Princípio da Moralidade Administrativa: indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos. Tal princípio já foi devidamente analisado como um dos princípios que regem a Administração Pública, razão pela qual não se tecerá maiores comentários sobre ele. Cumpre esclarecer apenas que, por tal princípio, o STF editou a Súmula Vinculante nº 13, com o seguinte teor:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

3º Princípio da Competição: significa que os candidatos participam de um certame, procurando alçar-se à classificação que os coloquem em condições de ingressar no serviço público. Lembrando que o aprovado no concurso público deverá sempre ser convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira. Mas, não tem direito adquirido à contratação, tendo apenas direito de não ser preterido por nenhum outro candidato, se aprovado fora do

12 FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 576.

13 Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: I - a nacionalidade brasileira; II - o gozo dos direitos políticos; III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais; IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo; V - a idade mínima de dezoito anos; VI - aptidão física e mental. § 1º As atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei. § 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso. § 3º As universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais poderão prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros, de acordo com as normas e os procedimentos desta Lei

número de vagas previsto no edital. Por outro lado, o candidato nomeado pela Administração tem direito subjetivo à posse e, portanto, à complementação do processo de investidura.

Analisadas as questões pertinentes ao concurso público, principal meio de acesso aos cargos e empregos públicos no Brasil, faz-se necessário perquirir como a Administração procede para realização de um certame público, sendo o foco deste trabalho a análise apenas no âmbito federal.

Estudada a questão¹⁴, depreende-se que a Administração Pública Federal procede de três formas para realização de um concurso público no Brasil:

- Execução Direta, quando a própria instituição elabora as provas, aplica-as e as corrige, normalmente em concursos de Juízes Federais e Procuradores da República;

- Dispensa de Licitação, quando para não se submeter à necessidade de licitar, a Administração dispensa a licitação e escolhe uma empresa executora de concurso público, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93; e

- Pregão, normalmente, na modalidade eletrônica, quando vence a empresa executora que oferecer o menor preço para execução do evento.

3 Da Licitação Pública

Conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho¹⁵, não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos.

A licitação veio contornar esses riscos e, sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas, favorecendo,

14 ROSA, Márcio Fernando Elias. Direito Administrativo: licitação, contratos administrativos e outros temas, São Paulo: Saraiva, 2017, p.48.

15 FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 239.

14 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.301.

assim, que seja escolhida a mais vantajosa para a Administração. A lei reguladora das licitações é a Lei 8.666, de 21/06/1993, conhecida como Estatuto dos Contratos e Licitações, que sofreu várias alterações ao longo dos anos.

De acordo com Hely Lopes Meirelles¹⁶, a licitação de obras, serviços, compras e alienações passou a ser uma exigência constitucional para toda a Administração Pública, direta, indireta e fundacional, ressalvados os casos especificados na legislação pertinente. Admite-se que as empresas estatais que possuem personalidade jurídica de Direito Privado possam ter regulamento próprio, mas ficam sujeitas às normas gerais da Lei 8.666/93. Justifica-se essa diversidade de tratamento porque as pessoas jurídicas de Direito Público estão submetidas a normas de operatividade mais rígidas que as pessoas jurídicas de Direito Privado que colaboram com o Poder Público.

A expressão obrigatoriedade de licitação, segundo Hely Lopes Meirelles¹⁷, tem um duplo sentido, pois significa não só a compulsoriedade da licitação em geral como, também, a da modalidade prevista em lei para a espécie. Assim, atenta contra os princípios de moralidade e eficiência da Administração o uso da modalidade mais singela quando se exige a mais complexa, ou o emprego desta, normalmente mais onerosa, quando o objeto do procedimento licitatório não a comporta. Somente a lei pode desobrigar a Administração, quer autorizando a dispensa de licitação, quando exigível, quer permitindo a substituição de uma modalidade por outra (art. 23, §§ 3º e 4º).

3.1 Dispensa de Licitação

Nesse contexto, a dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. A ressalva à obrigatoriedade, diga-se de passagem, já é admitida na própria Constituição, a teor do que estabelece o art. 37, XXI. Regulamentando o dispositivo, coube ao legislador a

17 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.302.

16 FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2015, pp. 255 e 256.

incumbência de delinear tais hipóteses específicas, o que fez no artigo 24 da Lei 8.666/93.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁸ alerta para dois aspectos preliminares, sobre a dispensa de licitação, que merecem ser considerados: a excepcionalidade e a taxatividade. O primeiro é no sentido de que as hipóteses previstas no artigo 24 traduzem situações que fogem à regra geral e, só por essa razão, abriu-se a fenda no princípio da obrigatoriedade. Já a taxatividade diz respeito ao fato de que os casos enumerados pelo legislador são taxativos, não podendo ser ampliados pelo administrador. Os casos legais, portanto, são os únicos cuja dispensa de licitação o legislador considerou mais conveniente ao interesse público.

Destaca-se que, em observância ao princípio da motivação dos atos administrativos, exige o Estatuto que sejam expressamente justificados no processo os casos de dispensa de licitação previstos no artigo 24, incisos III e seguintes da Lei 8.666/93. Deve o administrador comunicar a situação de dispensa em três dias à autoridade superior e, a esta, caberá ratificá-la e publicá-la na imprensa oficial em cinco dias; sendo que a publicação é condição de eficácia do ato. O mesmo se exige para os casos de inexigibilidade de licitação previstos no artigo 25 do Estatuto.

Uma das hipóteses legais que justifica a dispensa de licitação é justamente a contratação de instituição brasileira que tenha o objetivo estatutário de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, ou que exerça atividade de recuperação social do preso (art. 24, XIII, da Lei 8.666/93). Para evitar quaisquer abusos, exige a lei que a instituição não tenha fins lucrativos, demonstrando que seu objetivo tem caráter social, e não econômico. De outro turno, deve a instituição ser detentora de indubitável reputação ético-profissional, para que a contratação atinja realmente os fins desejados pela Administração.

Aduz José dos Santos Carvalho Filho¹⁹ que a aplicação desse permissivo legal de dispensa tem sido distorcida, em algumas ocasiões, por maus administradores públicos e falsas instituições, ensejando notória ofensa aos princípios da competitividade e da igualdade de oportunidades. Uma dessas formas

19 FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 261.

de desvio reside na contratação de tais entidades para serviços ou compras que nenhuma relação tem com seus objetivos institucionais. Trata-se de inegável forma de favorecimento através da contratação direta.

Para o autor, cabe à Administração verificar a presença do vínculo de pertinência (não absoluta, mas ao menos relativa) entre os objetivos da instituição e o objeto do contrato, ou seja, deve ser verificado se o estatuto da entidade permite realmente a execução do serviço ou o negócio de compra (é menos comum a hipótese de obras), ou se, ao contrário, o ajuste não será mero instrumento de dissimulação.

Nesse aspecto, a dispensa de licitação para contratação de empresa executora de concursos públicos, no âmbito federal, com fulcro no artigo 24, XIII, da Lei 8.666/93 parece preencher os requisitos exigidos pela legislação, já que, de regra, são contratadas empresas dedicadas à pesquisa, ao ensino ou ao desenvolvimento institucional, com comprovada experiência na realização de concursos públicos (a exemplo, da FCC e do CESPE), sendo tais circunstâncias devidamente expostas pelo Administrador no ato administrativo que torna pública a dispensa de licitação.

De outro turno, o Estatuto contempla, ainda, os casos de inexigibilidade de licitação pela inviabilidade da própria competição. As três situações exemplificadas na lei para inexigibilidade são: Fornecedor exclusivo; Serviços técnicos especializados e Atividades artísticas. Algumas instituições públicas, no momento de escolher a empresa executora do concurso público, aplicam o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93, escolhendo livremente a empresa por considerar o serviço de execução de um concurso público como um serviço técnico profissional especializado.

Mas, essa hipótese de inexigibilidade de licitação para contratação de empresa prestadora de concurso público não é comum no âmbito federal, sendo a dispensa de licitação, já devidamente estudada, a modalidade mais aplicada para escolha de empresa executora de concurso público federal.

3.2 Pregão

Além da Lei 8.666/93 (Estatuto da Licitação e Contratos Administrativos), foi editada, posteriormente, a Lei 10.520, de 17/07/2002, que passou a regular a nova modalidade de licitação, denominada Pregão. A referida lei, por conseguinte, tem caráter especial diante do Estatuto, eis que disciplina especificamente a nova modalidade licitatória, sendo de acrescentar que, por isso mesmo, incidem sobre essa modalidade, no que couber, as regras da lei geral. Tem o Estatuto, portanto, caráter supletivo em relação ao novo diploma.

As modalidades licitatórias previstas na Lei 8.666/93, em muitos casos, não conseguiram dar a celeridade desejada à atividade administrativa na escolha de futuros contratantes. As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvo os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Ao contrário, centravam-se nos contratos menores ou de mais rápida conclusão, prejudicados pela excessiva burocracia do processo regular de licitação.

Destaca José dos Santos Carvalho Filho²⁰ que o pregão não é modalidade de uso obrigatório pelos órgãos públicos, já que o artigo 1º da lei prevê que para aquisição de bens e serviços comuns poderá ser adotada a modalidade de pregão. Contudo, esclarece o autor que, a despeito da faculdade conferida à Administração Pública, é preciso levar em consideração a finalidade do novo diploma, que é a de propiciar maior celeridade e eficiência no processo de seleção de futuros contratados.

Para autor, surgindo hipótese que admita o pregão, a faculdade praticamente desaparece, ou seja, o administrador deverá adotá-lo para atender ao fim público da lei. É o mínimo que se espera diante do princípio da razoabilidade e eficiência. Mas, se optar por outra modalidade, caber-lhe-á justificar devidamente sua escolha, a fim de que se possa verificar se os motivos alegados guardam congruência com o objeto do ato optativo.

No âmbito federal, contudo, a União, sensível à necessidade de acelerar o processo seletivo para contratações, tornou obrigatória a adoção da modalidade de

20 FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 314.

pregão para aquisição de bens e serviços comuns, estabelecendo, ainda, que a preferência deverá recair sobre a modalidade na forma eletrônica, consoante previsão no artigo 4º do Decreto 5.450, de 31.5.2005. Consignou-se, inclusive, que a opção pela forma não eletrônica deverá ser necessariamente justificada pela autoridade competente.

A diretriz da Administração federal teve por fundamento a necessidade de dar maior transparência ao processo seletivo, observar os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, proibição administrativa e todos os demais aplicáveis às licitações em geral, e, por fim, evitar a ocorrência de corrupção e outras condutas qualificadas como de improbidade administrativa.

Sobre o procedimento, cabe destacar que a particularidade especial da modalidade de pregão reside na adoção parcial do princípio da oralidade. Enquanto nas formas comuns de licitação a manifestação de vontade dos proponentes se formaliza sempre por meio de documentos escritos (propostas); no pregão, poderão os participantes oferecer outras propostas verbalmente na sessão pública destinada à escolha. A lei admite a atuação dos interessados através de lances, que são ofertas sucessivas e progressivas, podendo se chegar ao mínimo preço a ser proposto para a compra ou serviço.

Conquanto seja a oralidade o princípio diferencial do pregão em relação às modalidades tradicionais de licitação, pode-se apontar outro postulado extremamente importante: o princípio do informalismo. Tal princípio não significa que o novo procedimento seja absolutamente informal, pois não poderia sê-lo por se tratar de atividade administrativa. Mas o legislador procurou introduzir alguns métodos e técnicas compatíveis com os modernos meios de comunicação, sobretudo através da informática.

Como já antecipado, são duas as modalidades de pregão: o pregão presencial (ou comum) e o pregão eletrônico. O primeiro se caracteriza pela presença, em ambiente físico, de agentes da Administração (a exemplo do pregoeiro) e dos interessados em determinadas etapas do procedimento. O segundo é o que se processa, em ambiente virtual, por meio de tecnologia da informação (internet).

Para José dos Santos Carvalho Filho²¹, o pregão eletrônico apresenta algumas vantagens em relação ao presencial. Em primeiro lugar, reduz-se o uso de papel, já que os atos se produzem pela internet. Depois, há menor sobrecarga para o pregoeiro, uma vez que há menos documentos para analisar. Por fim, os recursos da tecnologia da informação aproximam as pessoas e encurtam as distâncias, permitindo atuação com maior eficiência por parte da Administração.

Quanto ao objeto, o pregão destina-se apenas à aquisição de bens e à contratação de serviços comuns, como dispõe o artigo 1º da Lei nº 10.520/2002. Estão fora, por conseguinte, as hipóteses de contratação de obras públicas e de bens e serviços não qualificados como comuns, cuja definição está longe de ser precisa, haja vista a plurissignificação das expressões.

A lei do pregão diz que bens e serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado. E, especificando quais os bens e serviços comuns, há o Decreto nº 3.555, de 8/8/2000. No seu anexo, onde há a enumeração, constata-se que praticamente todos os bens e serviços foram considerados comuns; poucos, na verdade, ficaram de fora da relação, o que explica porque o pregão é adotado em grande escala.

Os bens comuns dividem-se em bens de consumo (os de frequente aquisição) e bens permanentes (mobiliários, veículos, etc.). Já os serviços comuns são de variadíssima natureza, incluindo-se, entre outros, os de apoio administrativo, hospitalares, conservação e limpeza, vigilância, transporte, eventos, assinatura de periódicos, serviços gráficos, informática, hotelaria, atividades auxiliares (motorista, garçom, ascensorista, copeiro, mensageiro, secretária, telefonista etc.).

Para José dos Santos Carvalho Filho²², a novidade do pregão diz respeito ao valor do futuro contrato. Não há qualquer restrição quanto ao valor a ser pago, vale dizer, não importa o vulto dos recursos necessários ao pagamento do fornecedor, critério diametralmente oposto aos adotados para as modalidades gerais do Estatuto, cujo postulado básico é a adequação de cada tipo à respectiva faixa de

21 FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 316.

22 FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 317.

valor. Significa dizer que, ressalvadas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, a contratação de bens e serviços comuns pode ser precedida do pregão, independentemente de seu custo.

O edital do pregão é que reflete o ato no qual vai ser apresentado o detalhamento da licitação, tendo, dessa forma, o mesmo caráter de vinculação atribuído aos editais licitatórios em geral. Abertos os envelopes contendo as propostas, cabe ao pregoeiro verificar, de imediato, se estão em conformidade com os requisitos previstos no edital. O novo diploma é silente a respeito, mas, se alguma proposta estiver dissonante do edital, deverá o respectivo licitante sofrer desclassificação do certame, hipótese, aliás, idêntica à que sucede no procedimento do Estatuto.

Verificadas as propostas formais e escritas apresentadas, tem início etapa que o Estatuto Geral desconhece: o autor da oferta de valor mais baixo e os das propostas com preços até dez por cento superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até que haja um vencedor final. O procedimento, nessa parte, adota nitidamente o princípio da oralidade, como complementar ao princípio do formalismo, representado pelas propostas escritas. O único critério seletivo é o de menor preço, porém devem ser examinados outros aspectos contemplados no edital, como o prazo de fornecimento, especificações técnicas e padrões mínimos de desempenho e qualidade.

Julgadas e classificadas as propostas, sendo vencedora a de menor preço, o pregoeiro a examinará e, segundo a lei, decidirá motivadamente sobre sua aceitabilidade. Não há, entretanto, indicação do que seja aceitabilidade, considerando-se o sistema licitatório de forma global, tudo indica que a ideia da lei é a de permitir a desclassificação quando o preço ofertado for inexequível ou quando o produto objeto da futura contratação não atender às especificações técnicas ou ao padrão mínimo de qualidade. Se tal ocorrer, o pregoeiro declarará inaceitável a proposta e desclassificará o licitante.

A classificação final do certame rende ensejo a que o pregoeiro pratique ato administrativo declaratório, pelo qual seja apontado o vencedor definitivo do pregão (art. 4º, XV). Para ser declarado vencedor final, o licitante deverá, portanto: 1) ter

apresentado proposta compatível com o edital; 2) ter oferecido o menor preço; 3) ter sido considerado pelo pregoeiro como autor de preço aceitável; 4) ter sido devidamente habilitado.

Como já antecipado na introdução deste artigo, o pregão eletrônico é a modalidade de licitação utilizada pela Administração Pública Federal para escolha da empresa executora de concurso público, sendo sempre utilizado quando não há dispensa de licitação com fulcro no artigo 24, inciso XIII, do Estatuto Geral de Licitações e Contratos. Mas, questiona-se se a modalidade do pregão é apropriada para escolha de empresa executora de concurso público, tendo em vista que não parece ser esse evento um serviço comum que possa ser objetivamente delineado no edital.

Isso porque, quando se escolhe a empresa realizadora do evento (concurso público), não se tem noção do número de candidatos que disputarão as vagas oferecidas, logo não se sabe exatamente qual o custo efetivo da realização do evento, com aluguel de locais de prestação de provas, com contratação de fiscais, com impressão de provas, dentre outros serviços. Assim, não é possível averiguar efetivamente a exequibilidade do menor preço vencedor do pregão.

E, a experiência demonstra que as empresas tendem a oferecer um preço bem abaixo do necessário para a boa realização do evento, razão pela qual ocorrem inúmeras irregularidades no dia de aplicação das provas, tais como: número insuficiente de fiscais, locais de provas inapropriados, número insuficiente de cadernos de provas impressos, falta de treinamento adequado dos aplicadores das provas, dentre outras irregularidades que podem levar à anulação do concurso público.

4 Das decisões do Tribunal de Contas da União - TCU

Nesse contexto, interessante saber como vem se posicionando a Corte de Contas da União, já que qualquer escolha tomada pelo Administrador Público Federal será objeto de análise pelo TCU, quanto à sua legalidade, legitimidade, economicidade e renúncia de receitas.

Sobre o tema tratado neste artigo, escolha de empresa executora de concurso público federal, com ou sem licitação, o TCU já se posicionou no sentido de ser legítima a dispensa de licitação, com fulcro no artigo 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93, desde que sejam observados os requisitos legais, demonstrado o nexo entre o objeto contratado e a natureza da instituição e existência de compatibilidade entre o valor a ser pago e os preços de mercado. Nesse sentido, elaborou a súmula 287, a seguir transcrita:

SÚMULA Nº 287 É lícita a contratação de serviço de promoção de concurso público por meio de dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, desde que sejam observados todos os requisitos previstos no referido dispositivo e demonstrado o nexo efetivo desse objeto com a natureza da instituição a ser contratada, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado. Fundamento Legal: Lei 8.666/1993, art. 24, inciso XIII. Precedentes: – Acórdão 569/2005 – Plenário – Acórdão 950/2010 – Plenário – Acórdão 1111/2010 – Plenário – Acórdão 3019/2012 – Plenário – Acórdão 2139/2014 – Plenário – Acórdão 1339/2010 – 1ª Câmara – Acórdão 2109/2008 – 2ª Câmara – Acórdão 2360/2008 – 2ª Câmara

Além disso, em pesquisa no endereço do TCU²³, é possível encontrar resposta a uma consulta efetuada pelo Ministro de Estado das Comunicações quanto à possibilidade de contratar diretamente empresa responsável pela realização de concurso público para Empresa Brasileira de Correios e Telégrafo - ECT, sem procedimento licitatório, com fulcro no artigo 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93. A dúvida surgiu pela existência do Acórdão n.º 221/2006-Plenário do TCU, que determinou à entidade que, nos casos em que houvesse mais de uma instituição em condições de prestar os serviços objeto da contratação direta, a ECT deveria licitá-los.

Na resposta à consulta, o relator aduziu que o referido acórdão não constitui óbice à pretensão do consulente, porquanto, por meio do Acórdão n.º 569/2005-Plenário, prevaleceu a tese de que o art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93, ao autorizar a dispensa de licitação, mesmo que viável a competição, não levou em conta o critério da competitividade, mas sim prestigiou outras circunstâncias e peculiaridades que condicionam e recomendam a contratação direta, como a pesquisa, o ensino e o desenvolvimento institucional.

23 <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId...inline=1> Precedente citado: Acórdão n.º 670/2010-Plenário (Relação n.º 12/2010). Acórdão n.º 1111/2010-Plenário, TC-010.901/2010-8, rel. Min. José Jorge, 19.05.2010.

Segundo o relator, a leitura que se deve fazer do mencionado Acórdão n.º 221/2006-Plenário do TCU é que ele buscou evitar o desvirtuamento da lei, por meio da contratação de instituições que atendam aos requisitos constantes do texto legal, a saber: ser brasileira; não ter fins lucrativos; apresentar inquestionável reputação ético-profissional; ter como objetivo estatutário-regimental a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional. Não atendidos esses requisitos, prevalece a orientação do aludido *decisum* quanto à obrigatoriedade de licitar.

Como se nota, apesar de estar longe de ser pacífico o tema, a obrigatoriedade de licitar não constitui óbice à contratação direta de instituição voltada à pesquisa, ao ensino e ao desenvolvimento institucional, para realização de concurso público no âmbito federal, desde que preenchidos cumulativamente os requisitos acima transcritos e melhor estabelecidos na Súmula 287 da referida Corte de Contas.

5 Considerações finais

O concurso público, para Marçal Justen Filho²⁴, é um procedimento conduzido por autoridade específica, especializada e imparcial, subordinada a um ato administrativo prévio, norteado pelos princípios da objetividade, da isonomia, da legalidade, da publicidade e do controle público, que se destina a selecionar os indivíduos mais capacitados para assumirem funções nos cargos e empregos públicos.

No Brasil, ainda não há legislação específica que regule a matéria, mas tramita no Congresso Nacional o projeto de lei 253/2003 que traz normas gerais relativas a concursos públicos²⁵. Além disso, há proposta de emenda constitucional 29/2016 que estabelece a obrigatoriedade de o número de vagas ofertadas ser igual ao número de cargos ou empregos vagos, com preenchimento obrigatório deles pelos aprovados; e veda a abertura de certame exclusivamente para formação de cadastro de reserva ou com um quantitativo maior que 20% das vagas ofertadas²⁶.

Nenhum dos dois projetos trata da fase anterior ao concurso, ou seja, de como a instituição pública deve proceder para escolher a empresa responsável pela

24 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 719.

25 <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105464> – consulta efetuada no dia 29/09/2018.

26 <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126004> - consulta efetuada em 29/09/2018.

execução do certame. E, como já visto, a questão está longe de ser pacificada, havendo quem entenda pela possibilidade de dispensa de licitação (art. 24, XIII, da Lei 8.666/93); outros, pela inexigibilidade (art. 25, c/c art. 13); e, por fim, há quem defenda a obrigatoriedade de licitar.

No âmbito federal, é comum a dispensa de licitação com fundamento no artigo 24, inciso XIII, do Estatuto das Licitações e Contratos, bem como a escolha de empresa executora de certame por intermédio da modalidade licitatória do pregão eletrônico (Lei 10.520/2002 e Decreto 5.450/2005).

Estudadas as duas possibilidades, a conclusão alcançada é que a modalidade de pregão eletrônico não parece apropriada para tal finalidade, pois o serviço de realizar um concurso público não pode ser classificado como serviço comum que possa ser objetivamente delineado no edital do pregão, já que, quando lançado, não se tem o número exato de candidatos que disputarão o certame.

Sem esse número, é impossível saber se o preço ofertado pelas empresas, normalmente estimado num valor total para realização do evento, será suficiente para cobrir o custo efetivo da realização do concurso, com aluguel de locais de prestação de provas, com contratação de fiscais, com impressão de cadernos, com treinamento de pessoal, dentre outros serviços.

Assim, não é possível averiguar efetivamente a exequibilidade do menor preço vencedor do pregão. E a experiência demonstra que um valor abaixo do necessário fatalmente acarreta irregularidades e desorganizações que comprometem os princípios básicos do Concurso Público: da Igualdade, da Moralidade Administrativa e, principalmente, da Competição.

De outro vértice, a dispensa de licitação com base no artigo 24, XIII, do Estatuto, torna a escolha da empresa responsável pelo concurso público mais confiável, tendo em vista os requisitos necessários para sua aplicação: ser empresa brasileira; não ter fins lucrativos; apresentar inquestionável reputação ético-profissional; ter como objetivo estatutário-regimental a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional. E, o próprio TCU já corroborou essa possibilidade, consoante Súmula 287 acima estudada.

A desvantagem da dispensa de licitação, com base no inciso XIII, do artigo 24, está no fato de serem sempre contratadas as mesmas empresas, que, no âmbito federal, restringem-se à Fundação Carlos Chagas – FCC; ao Centro de Seleção e de Promoção de Eventos – CESPE; à Escola de Administração Fazendária – ESAF e a algumas Fundações de Apoio às Universidades Federais. Não há possibilidade de contratação de uma microempresa ou empresa de pequeno porte, pois dificilmente essas empresas terão como objetivo estatutário-regimental a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional sem visar lucro.

Em que pese a desvantagem apontada, enquanto não devidamente regulamentada a questão com a definição de uma modalidade licitatória apropriada, em respeito aos milhares de candidatos que, muitas vezes, se deslocam de outros Estados para prestarem concursos públicos, despendendo recursos com cursos, inscrições, passagens e hospedagens, a Administração Pública Federal deve dar preferência à dispensa de licitação. Somente assim poderá evitar danos irreparáveis à imagem da instituição e evitar a anulação de sonhos de vida dos candidatos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Elementos do Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo: licitação, contratos administrativos e outros temas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105464> - em consulta efetuada no dia 29/09/2018.

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126004> - em consulta efetuada em 29/09/2018.