ESCOLHA DA MELHOR MODALIDADE LICITATÓRIA PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO

Amanda Torquato Duarte

Não é desconhecida a insegurança dos municípios acerca da melhor modalidade de licitação a ser utilizada para contratação de empresa para execução de concurso público, de forma que seja alcançado resultado satisfatório e resguardado o interesse público.

O artigo 22 da Lei nº 8.666/93 elenca cinco modalidades de licitações: **i)** concorrência; **ii)** tomada de preços; **iii)** convite; **iv)** concurso, e; **v)** leilão. As duas últimas são excluídas, de plano, para contratação do objeto em referência, considerando a finalidade específica desses procedimentos: seleção de trabalho técnico ou artístico para fins de desenvolvimento cultural ou obtenção de resultado prático imediato; e venda de bens móveis ou produtos legalmente apreendidos ou penhorados.

As demais modalidades (concorrência, tomada de preços e convite) **são selecionadas de acordo com o valor e as características do objeto da compra, obra ou serviços**, ocasionando reflexos diretos nos atos praticados pela Administração Pública em decorrência da divergência de prazos de publicação, divulgação e outras exigências de cada procedimento.

Para isso, deve ser observada a regulamentação do artigo 23 da Lei nº 8.666/93¹ que estabelece o valor estimado da contratação como critério determinante para escolha da modalidade licitatória.

¹ Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, **tendo em vista o valor estimado da contratação:**

I - para obras e serviços de engenharia:

- a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
- b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

- a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

No caso de contratação de empresa organizadora de concurso público, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG), em resposta a consulta do Presidente da Câmara Municipal de Itajubá, entendeu possível a contratação de empresa especializada na realização de concurso público, mediante licitação na modalidade convite, tipo menor preço, desde que atendidos os requisitos da Lei nº 8.666/93 e do próprio edital. Citem-se considerações:

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 e o leilão. O legislador previu, ainda, o pregão, estabelecido na Lei n. 10.520/02, para aquisição de bens e serviços comuns.

Os parágrafos do citado art. 22 definem as modalidades, e o art. 23 do Estatuto das Licitações determina a escolha delas em função dos limites, tendo em vista o valor estimado da contratação. **No caso do convite, este limite é de R\$ 80.000,00 para os fins ora questionados.**

O tipo “menor preço” leva em consideração o preço como único fator de julgamento, tendo como critério de classificação a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, determinando que seja vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço.

Contudo, mister salientar que não basta a proposta oferecer o menor preço para sagrar-se adjudicatária da licitação. É necessário que tal proposta atenda a todas as condições estabelecidas no edital (inclusive as especificações), e não contenha preço excessivo nem inexequível, sob pena de ser afastada do certame (arts. 45, § 1º, I, e 48, I e II, da Lei 8.666/93).

Em outras palavras, é necessário nesse tipo de licitação que o preço seja compatível com o praticado no mercado e esteja dentro dos limites do convite, pois no julgamento das propostas a Comissão Permanente de Licitação é obrigada a verificar tal compatibilidade (art. 43, IV da Lei 8.666/93). Respeitados todos estes pressupostos, é perfeitamente cabível a contratação de empresa especializada em realização de concursos públicos através de licitação na modalidade convite, tipo menor preço. (Consulta nº 810.914. Conselheiro Relator: José Alves Viana. Sessão em 05/02/2014 – grifos originais)

No entanto, muitos doutrinadores, a exemplo de Joel de Menezes Niebuhr, defendem a inconstitucionalidade dessa modalidade de licitação pela alegada violação ao princípio da isonomia, publicidade e moralidade. Isso por

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais)

considerarem a possibilidade de direcionamento da licitação pela exigência mínima de encaminhamento da carta-convite a três possíveis interessados no certame, sem necessidade de publicação do resumo nos meios de comunicação. É o que se extrai do artigo intitulado *“Modalidade Convite – Inconstitucionalidade, aspectos controvertidos e proposta de extinção”*:

Esse procedimento é bastante problemático, porque, em primeiro lugar, como a Lei não exige a publicação de resumo da carta-convite em jornal impresso, apenas a expedição dela aos convidados e a fixação no quadro de avisos do órgão licitante, não há a mais tênue garantia de publicidade. [...] **Registra-se que essa situação não ocorre com os procedimentos previstos para as demais modalidades, cujos instrumentos de convocação devem, obrigatoriamente, ser publicados na imprensa oficial e/ou em jornal de circulação comercial, o que permite a prova inequívoca da existência de qualquer suposta irregularidade.**

Tal perspectiva dá espaço e facilita a corrupção, a imoralidade e todo tipo de negociata em contratos administrativos cuja licitação seja realizada sob a égide da modalidade convite. [...]

Outrossim, o procedimento da modalidade convite fere de morte também o princípio da isonomia, haja vista que três pretendentes interessados recebem cartas-convite em suas próprias sedes, convidando-os a participar da licitação, enquanto que, por outro lado, outros tantos possíveis interessados, mercedores do mesmo tratamento por força do referido princípio, nem sequer têm condições razoáveis de tomar ciência da existência da licitação pública. [...]².

Apesar desse entendimento, a modalidade convite pode ser aplicada quando o valor total dos serviços a ser contratado não ultrapassar R\$80.000,00 (oitenta mil reais), nos termos do art. 23, inciso II, “a” da Lei de Licitações. Lembra-se, apenas, que o §4º³, do art. 23, permite a utilização de procedimentos mais complexos (tomada de preços e concorrência) em substituição ao convite, diante da presunção relativa de que valores menores estão vinculados à prestação de serviços mais simples.

² NIEBUHR, Joel de Menezes. *Modalidade Convite – Inconstitucionalidade, aspectos controvertidos e proposta de extinção*. Disponível em: <https://www.webzenite.com.br/documentoscliente/59544e06-b826-4f30-a7a0-917a9c86ba41?tt=modalidade+convite>. Acesso em 24/04/2017.

³ §4º Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.

Outra alternativa às modalidades de licitações previstas na Lei nº 8.666/93 encontra-se descrita na Lei nº 10.520/02, que acrescentou a modalidade pregão – presencial ou eletrônico – como procedimento preferencial para licitação de bens e serviços comuns. Afirma-se que a escolha é preferencial e não obrigatória pela Administração Pública, pois, segundo Marçal Justen Filho, devem ser avaliadas as circunstâncias do objeto licitado⁴.

A definição do que seja bens e serviços comuns foi fixada no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/02 como *“aqueles cujos padrões de desempenho e de qualidade do bem ou serviço possa ser objetivamente definido pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”*.

Nesse contexto, vislumbra-se que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu, no Procedimento de Controle Administrativo nº 0000201-31.2014.2.00.0000, parecer favorável à utilização do pregão como modalidade de licitação para a contratação de empresa especializada na realização de concurso público:

O estágio atual de desenvolvimento do mercado de realização de concursos públicos e a evolução natural dessas contratações levaram, sem sombra de dúvidas, ao domínio de conceitos, processos e técnicas pelo mercado.

Ainda que se argumente a natureza intelectual na formulação das provas objetivas, escrita e prática e oral, o serviço pode ser tido como comum, pois as disciplinas e as matérias das referidas avaliações são definidas de forma objetiva (...)

Frise-se, ademais, que a realização de concurso público para outorga de delegações de notas e de registro não envolve apenas a elaboração das respectivas provas. Contempla logística, segurança da informação, suporte, infraestrutura, capacidade gerencial, etc., atos que se enquadram no conceito de serviços comuns para fins de adoção da modalidade pregão. Nesse sentido, acertadamente o Edital 14/2013-TJMS determinou a apresentação de atestado de capacidade técnica pelos licitantes como forma de aferir a qualificação técnica da licitante.

(...) Como se vê, não há ilegalidade no procedimento licitatório do TJMS a ensejar a intervenção deste Conselho no 4º Concurso Público de Provas e Títulos para ingresso por Provimento e/ou Remoção dos Serviços Notarias e de Registro no Estado de Mato Grosso do Sul.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2005.

Contudo, esse posicionamento não foi assegurado pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE/ES), que defendeu a necessidade de licitação do tipo técnica e preço, inaplicável ao pregão, para a contratação de serviços técnicos, consultivos e operacionais na organização e realização de concurso público:

O questionamento trazido à baila pela consulente diz respeito à possibilidade de contratação de serviços técnicos, consultivos e operacionais na organização e realização de concurso público por meio de licitação na modalidade pregão. [...]

Ora, é sabido que tal hipótese envolve uma série de variáveis que a torna bastante peculiar, como p. ex., a elaboração, impressão e armazenamento de provas, a consultoria especializada quanto aos conflitos decorrentes da prestação desse serviço, o suporte logístico para a realização das provas, etc. Tudo isso faz crer que não se trata de um serviço comum, com características usuais de mercado.

Cada entidade pública apresenta uma demanda específica de acordo com a realidade existente em seus quadros funcionais, devendo a instituição organizadora do concurso se adaptar às necessidades. **Para corroborar esse entendimento, basta observar que um concurso para certo Município resultará na exigência de conteúdo teórico afeto a ele, o que por si só, configura uma demanda especializada.**

A necessidade de garantir a segurança na elaboração, impressão e armazenamento de provas também exige pessoal e estrutura devidamente preparados para tal. A consultoria para as questões decorrentes do concurso depende de profissionais de formações variadas, a fim de atender à multiplicidade de casos que podem surgir durante todo o prazo de validade do certame.

Por essas razões, entende-se que não é possível configurar o serviço em estudo como sendo comum, o que significa dizer que deve ser enquadrado no universo de certeza negativa absoluta, afastando a utilização do pregão. [...]

Tal serviço enseja a realização de licitação do tipo técnica ou técnica e preço, o que é inviável no pregão, que prioriza o preço, considerando que o objeto apresenta características usais no mercado e não necessita, portanto, de licitantes com conhecimentos ou habilidades excepcionais para atendê-lo. [...]

O concurso público é a forma mais democrática de ingresso nos quadros públicos, requerendo especial atenção do gestor público quanto à sua realização, em homenagem aos princípios da moralidade, da isonomia e da impessoalidade especialmente. (Parecer/Consulta TC - 019/2013. Processo TC -3201/2012. Conselheiro Relator: Marco Antônio da Silva. Sessão em: 25/06/2013)

Idêntico raciocínio foi adotado pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR)⁵ e 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG)⁶ ao ressaltarem a necessidade de licitação pelo tipo “técnica e preço” para respectivo objeto. Não obstante, o TCE/MG não indica como irregular a adoção do pregão para contratação de empresa especializada para realização de concurso público, considerando que são apontadas outras falhas, sem menção expressa à impropriedade do procedimento na Denúncia nº 951.742:

[...] Após análise dos fatos e fundamentos expendidos pela denunciante, a legislação em vigor e o edital apresentado, elaborou a Unidade Técnica o relatório de fls. 86/96, concluindo que a exigência de mais de um atestado, insculpida no item 7.4.2.2 do instrumento convocatório, implicaria afronta à ampla competitividade. [...]

Ato contínuo foram os autos remetidos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, que em parecer de fls. 143/151, indicou a existência de outras irregularidades além da constante da denúncia, quais sejam: a) Item 7.4.2.1 Atestado de capacidade técnica - comprovação de que empresa executou processo seletivo para atender programas sociais dentre as exigências de qualificação técnica; b) item 7.3.2 - Ausência de justificativa para escolha dos índices contábeis iguais ou superiores a 1 (um); e opinou pela citação dos responsáveis para que apresentassem as alegações que entendessem pertinentes, e/ou promovessem o saneamento do instrumento convocatório, em razão dos vícios de legalidade constatados. [...] A Prefeitura Municipal de Sabará optou pelo cancelamento do edital de Pregão Presencial nº 007/2015, nos termos da publicação juntada pelo Sr. André Luiz Martins Leites, Subprocurador do Município (fls. 218/219). [...]

De fato, anulado o certame, forçoso é concluir que não mais subsistem pressupostos que justifiquem a atuação desta Casa, já que a possibilidade de dano à ordem jurídica não mais persiste. (Consulta nº 951.742. Conselheiro Relator: Wanderley Ávila. Sessão em 14/07/2016)

Com isso, confirma-se que não há uma regra específica para definição e enquadramento das modalidades de licitação aos objetos a serem licitados pela Administração Pública, mas a escolha deve ser justificada e pautada nos seguintes critérios: **i)** características do objeto a ser licitado; **ii)** valor estimado da contratação; **iii)** garantia de maior competitividade, e; **iv)** economicidade.

⁵ TJPR - ACR - 1126488-7 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Regional de Marialva - Rel.: Nilson Mizuta - Unânime - - J. 18.02.2014

⁶ TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0447.12.002520-3/001, Relator: Des. Washington Ferreira, 7ª Câmara Cível, julgamento em 23/04/2013

Essa direção garante a escolha do regime jurídico mais adequado, considerando que o gestor público garantirá a observância dos preceitos constitucionais da isonomia, impessoalidade e moralidade. O próprio Tribunal de Contas da União (TCU) reforça essa concepção ao flexibilizar o vício da adoção de modalidade de licitação equivocada, quando não evidenciado o prejuízo ao interesse público⁷:

Portanto, a Administração Pública pode optar pelas modalidades de licitação concorrência, tomada de preços, convite ou pregão para contratação de empresa especializada na realização de concurso público, desde que justificada a escolha e adotados os parâmetros legais descritos acima.

Ressalta-se, apenas, que a modalidade convite é refutada pelo caráter restritivo do certame, enquanto que o pregão é afastado por determinados tribunais em razão do caráter intelectual da atividade, a exigir o emprego da licitação tipo “técnica” ou “técnica e preço”, incompatíveis com respectiva modalidade.

⁷ 7. A questão da opção pelo pregão ou por outro tipo de certame, portanto, é muito mais técnica do que jurídica. Por isso, exige informações ou orientações que não estão no texto frio das normas, mas nos resultados práticos que foram alcançados ou que potencialmente podem ser obtidos com a utilização de uma ou de outra modalidade licitatória. (Acórdão nº 2.932/2011, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo).