

A contratação de empresas para a realização de concurso público: adequação aos termos da Lei nº 14.133/2021

Rita Tourinho*

Sumário

1. Introdução. 2. Da contratação direta para realização de certame concursal. 3. A realização de processo licitatório para contratação de empresa destinada à realização de concurso público: modalidade licitatória e critério de julgamento. 4. Do termo de referência e consequente contrato: busca da eficiência. 5. Conclusões. Referências bibliográficas.

Resumo

No contexto da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, este artigo visa abordar as diversas formas de contratação de entes voltados à organização de concurso público, a partir de uma visão crítica e atenta à importância e repercussão do serviço contratado. Inicia-se pelas hipóteses legais de contratação direta utilizadas, por seu cabimento e limites. Em caso de realização de processo licitatório, apresenta-se posição quanto à modalidade de licitação cabível e critério de julgamento adequado. Por fim, na perspectiva de contribuir para a eficiência da contratação e consequentemente da melhor seleção dos candidatos, trata-se da fase preparatória do processo de contratação, com os pontos de necessária observância no correspondente termo de referência.

Palavras-chave: Concurso público. Formalização. Contratação de empresa. Contratação direta. Licitação. Modalidade. Critério de julgamento. Termo de referência.

Keywords: *Public tender. Formalization. Hiring a company. Direct hiring. Bidding process. Modality. Judgment criteria. Terms of reference.*

1. Introdução

Segundo estabelece o art. 37, II, da Constituição Federal: “A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de

* Doutora em Direito Público pela UFBA. Mestre em Direito Público pela UFPE. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Coordenadora do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público do MPBA. Professora Adjunta da UFBA.

provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei (...).”

Ocorre que, diante da complexidade que envolve o certame concursal, para a sua organização, em regra, os entes públicos recorrem à contratação de instituições especializadas.

Conforme estabelece o inciso XXI, também do art. 37 da Carta Constitucional, ressalvados os casos especificados na legislação, as contratações públicas são precedidas de processo licitatório. O texto constitucional sinaliza que há situações nas quais a licitação formal é inviável ou inconveniente à satisfação do interesse público.

Por tal razão, a Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos – trouxe dispositivos que tratam da dispensa e da inexigibilidade de licitação, que foram replicados na Lei nº 14.133/2021 que a sucedeu, com algumas adequações.

As contratações voltadas à realização de concurso público muitas vezes são precedidas de processo licitatório. No entanto, há situações em que tais contratações ocorrem diretamente, acolhendo-se hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Este texto tem por finalidade abordar os processos de contratação que possuem como objeto a realização de concurso público, bem como requisitos indispensáveis à fase preparatória do certame.

2. Da contratação direta para realização de certame concursal

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, o art. 72, da Lei n. 14.133/2021, exige a presença de diversos requisitos nos processos de contratação direta, indicando os atos que necessariamente devem fazer parte do procedimento. A maioria das obrigações listadas na norma correspondem a documentos básicos que se exigiria em qualquer outro certame ou contratação¹.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no art. 75, apresenta hipóteses taxativas de licitação dispensável e, no art. 74, trata da licitação inexigível, apresentando cinco situações exemplificativas.

Quanto à licitação dispensável, constante do art. 75, ocorre nas situações em que, embora viável a competição entre os possíveis interessados, a licitação afigura-se inconveniente aos objetivos norteadores da atuação administrativa. Pensando-se na equação custo-benefício, a realização de processo licitatório traria maiores custos à

¹ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 14.133/2021. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 386.

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”², percebe-se, então, que o dispositivo que aborda os casos de licitações dispensáveis possui natureza de norma geral.

Em se tratando da contratação de empresa para realização de concurso público, entre as hipóteses taxativamente estabelecidas no art. 75 que autorizam a dispensa de licitação, duas são seguramente as mais utilizadas para tal contratação: a dispensa pelo valor do contrato, constante do inciso II, e a dispensa para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, estabelecida no inciso XV.

Desta forma, quando a estimativa de custo para realização do certame não ultrapassar R\$ 59.906,02³, fala-se na possibilidade de dispensa de licitação, em razão do valor. Obviamente que esta situação é de difícil incidência diante dos custos que envolvem o concurso público, que vão desde a confecção de edital e provas até a manutenção de equipe especializada para condução do certame, considerando, ainda, o elevado número de inscritos.

Por outro lado, acrescenta-se que não se fundamentam 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 inscrições recolhidos.

Sobre esse ponto, segue decisão do STJ:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA ORGANIZADORA DE CONCURSO PÚBLICO, COM FUNDAMENTO NO ART. 24, II, DA LEI DE LICITAÇÕES. VALOR DO CONTRATO ADMINISTRATIVO INFERIOR A R\$ 8.000,00 (OITO MIL REAIS). RECEBIMENTO PELA EMPRESA CONTRATADA DAS TAXAS DE INSCRIÇÃO DO CONCURSO, EM MONTANTE SUPERIOR AO PERMISSIVO DA LEI DE LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

1. Discute-se nos autos a possibilidade de dispensa de licitação para contratação de organizadoras de concursos públicos, quando o valor do contrato administrativo for inferior ao limite estabelecido no art. 24, II, da Lei n. 8.666/93, qual seja, R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e ocorre o pagamento de taxas de inscrição pelos candidatos à instituição organizadora, totalizando um valor global superior ao limite supracitado.

² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 259.

³ Art. 75, II, da Lei nº 14.133/2021 c/c Decreto nº 11.871/2023.

2. A Constituição da República estabelece como regra a obrigatoriedade da licitação, que é dispensável nas excepcionais hipóteses previstas em lei, não cabendo ao intérprete criar novos casos de dispensa. Isso porque a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração (art. 3º da Lei n. 8.666/93).

3. É imprescindível ponderar, também, a distinção entre interesse público primário e secundário. Este é meramente o interesse patrimonial da administração pública, que deve ser tutelado, mas não sobrepujando o interesse público primário, que é a razão de ser do Estado e sintetiza-se na promoção do bem-estar social. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello: “O Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, pág. 66.) 4. Portanto, ainda que os valores recolhidos como taxa de inscrição não sejam públicos, a adequada destinação desses valores é de interesse público primário. Mesmo que a contratação direta de banca realizadora de concurso sem licitação não afete o interesse público secundário (direitos patrimoniais da administração pública), é contrária ao interesse público primário, pois a destinação de elevado montante de recursos a empresa privada ocorrerá sem o processo competitivo, violando, dessa maneira, o princípio da isonomia, positivado na Constituição Federal e no art. 3º da Lei n. 8.666/93. Recurso especial provido.

(REsp 1356260/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 19/02/2013)

Saliente-se que o valor cobrado pela inscrição 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 às regras estabelecidas pelo referido diploma⁴.

Ademais, quanto a tal matéria o Tribunal de Contas da União já consolidou entendimento através da Súmula nº 214, segundo a qual:

⁴ GASPARINI, Diógenes. Concurso Público - Imposição Constitucional e Operacionalização. *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.69.

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.

Acrescente-se, ainda, que para o Superior Tribunal de Justiça não se amolda à hipótese de dispensa de licitação, prevista no art. 24, II, da Lei n. 8.666/1993 (atualmente art. 75, II, da Lei nº 14.133/2021), a situação em que, contratada empresa organizadora para a realização de concurso público por valor inferior ao limite previsto no referido dispositivo, tenha-se verificado que a soma do valor do contrato com o total arrecadado a título de taxa de inscrição supere o limite de dispensa previsto no aludido inciso⁵.

Ou seja, caso a soma do valor pago pelo ente público à empresa, somado aos valores arrecadados com as taxas de inscrição, ultrapasse R\$ R\$ 59.906,02, não caberá a dispensa de pequeno valor. Não compete ao intérprete criar novos casos de dispensa, sobretudo porquanto a licitação é destinada a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

Por outro lado, muitos entes administrativos têm utilizado o disposto no art. 75, XV, para contratação direta de instituições voltadas à realização de concurso público. O referido dispositivo trata da dispensa de licitação para:

[c]ontratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos.

Segundo Marçal Justen Filho, instituição corresponde a “uma pessoa jurídica peculiarizada pela vinculação à realização de certos fins que transcendem os interesses dos seus associados, com a característica da permanência ao longo do tempo e da estabilidade de atuação”⁶. Para incidência de tal dispositivo, o fim da instituição deverá

⁵ STJ. 2ª Turma. REsp 1.356.260-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 7/2/2013.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1073.

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.

No que se reporta aos fins institucionais, dúvidas inexistem quanto 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, consiste “numa atividade relacionada diretamente com a elevação das condições de uma instituição para promover valores e realizar fins específicos”⁷.

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 contestações⁸. Verificavam-se apenas os atributos da entidade contratada.

No entanto, em pronunciamentos posteriores foi possível perceber uma divergência em torno da matéria. Assim, a Corte emitiu seguidas decisões restringindo o caráter amplo da interpretação da norma, 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 seria o caso de promoção de concurso público⁹.

Ocorre que, em decisão mais recente o TCU entendeu possível a utilização da contratação direta de fundação de apoio para realização de concurso público, com fundamento no inciso XIII, do referido art. 24, (atual art 75, XV, da Lei nº 14.133/2021) “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 do mercado”¹⁰.

Assim, nesta linha de entendimento, diversos tribunais se posicionam favoráveis à contratação direta para realização de concurso público, com fundamento no art. 24, XIII (art. 75, XV, da Lei nº 14.133/2021), arguindo que a organização do certame concursal tem pertinência com o desenvolvimento institucional da Administração Pública. Neste sentido já decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 1075.

⁸ Decisão 470/93 - Plenário

⁹ 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 nexo entre o dispositivo, a natureza da instituição contratada e o objeto contratual. (TCU. Processo n. 009.713/2000. DOU, 14 nov. 00, p. 103-104). A Lei de Licitações e Contratos do Estado da Bahia, Lei n. 9.433/05, no art. 59, XII, segue a mesma orientação.

¹⁰ Súmula 287.

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, entre 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).

O Conselho Nacional do Ministério Público, por sua vez, posicionou-se favorável à dispensa de licitação na hipótese aqui abordada, destacando-se o excerto do acórdão, segundo o qual: “É possível a contratação de entidade sem fins lucrativos por meio de dispensa de licitação para a realização de concurso público. No entanto, tal possibilidade deve ser encarada com parcimônia, especialmente diante da possibilidade concreta de realização de licitação, tendo em vista o número de interessados”¹¹. No mesmo viés, o Conselho Nacional de Justiça também se manifestou favorável à contratação de empresa para realização de concurso público, com fulcro no art. 75, XV, da Lei nº 14.133/2021¹².

Joel de Menezes Niebuhr discorda desse entendimento segundo o referido doutrinador:

A promoção de concurso público não é diretamente relacionada ao desenvolvimento institucional. Se houver alguma relação, ela é

¹¹ Processo: Pca nº 0.00.000.000758/2014-51. Relator: Conselheiro Fábio George Cruz da Nóbrega. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 mar. 2015. Seção 1, p. 107.

¹² Dispensa/inexigibilidade SAD 1727038. Documento assinado eletronicamente em 05/01/2024.

meramente reflexa, da mesma forma ou em grau muito parecido a todos os serviços prestados em favor da Administração. (...) O objeto de um contrato somente pode ser qualificado como de desenvolvimento institucional nas hipóteses em que os préstimos oferecidos à Administração tenham relação direta e não apenas reflex com algum propósito institucional¹³.

Quanto à inexigibilidade de licitação, prevista no art. 74, da Lei nº 14.133/2021, ocorre quando há inviabilidade de competição. É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição, tanto assim que o dispositivo em comento traz cinco hipóteses exemplificativas.

O conceito de inexigibilidade de licitação coloca os autores em duas vertentes. Para alguns, ocorrendo uma das hipóteses exemplificativas do art.74 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. 74, somente se estará diante da inexigibilidade de licitação se, na situação fática, a competição for inviável, entendimento que parece o mais coerente com os princípios administrativos consagrados no nosso ordenamento jurídico.

Entre as hipóteses exemplificativas do art. 74, cabe-nos analisar aquela constante do inciso III, uma vez que há os que defendem a contratação direta de empresa para realização de concurso público, utilizando como fundamento tal dispositivo¹⁴.

O art. 74, III, da Lei nº 14.133/2021 trata da inexigibilidade de licitação a partir do preenchimento de alguns requisitos, quais sejam, ser o serviço de natureza técnica – entre os enumerados nas alíneas do referido diploma legal – e ser o contratado portador de notória especialização. A lei não mais traz a exigência de singularidade do serviço, que constou do art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, porém a incidência desse dispositivo decorre da natureza íntima do objeto, marcado pelo estilo ou cunho pessoal do autor, o que remonta à questão da singularidade¹⁵.

Segundo Marçal Justen Filho, “a eliminação da referência a “objeto singular” não implica negar a relevância das necessidades diferenciadas da Administração. A contratação direta, nas hipóteses do inc. III do art. 74, é autorizada por se tratar de atendimentos a necessidades peculiares da Administração¹⁶.”

Entende-se que a relação de serviços constantes do art. 74, III, embora bem abrangente, é meramente exemplificativa. Assim, havendo outros serviços que se

¹³ NIEBUHR, Joel de Menezes, *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 312.

¹⁴ Este é o posicionamento exposto por Diógenes Gasparini (Cf. Gasparini, Diógenes. Concurso Público – Imposição Constitucional e Operacionalização. *Concurso Público e Constituição*. Coord. Fabricio Motta. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p.67).

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 448.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 984.

revelem singulares, ou seja, que demandem primor técnico diferenciado, que imprimem neles as suas características pessoais, poderá ocorrer a contratação por inexigibilidade¹⁷.

A notória especialização vem definida no § 3º, do mencionado art. 74, e consiste no reconhecimento da qualificação do interessado no contrato por parte de um certo setor da comunidade. Busca-se o desempenho pessoal de um ser humano dotado de capacidade especial de aplicar conhecimento – o conhecimento teórico para solução de problema.

Por certo que a realização de concurso público requer conhecimento especializado, uma vez que envolve atividade de natureza intelectual na confecção das provas, bem como expertise quanto à logística na sua aplicação. O questionamento quanto à utilização do mencionado dispositivo legal para tal objeto ocorre por parte daqueles que exigem a inviabilidade de competição, para a incidência das hipóteses de inexigibilidade de licitação.

Ora, atualmente, 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 pelos Ministérios Públicos Estaduais e Federal, 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 há que se falar em inviabilidade de competição, podendo a escolha ser estabelecida através de critérios objetivos, fato que leva à impossibilidade de utilização do disposto no art. 74, III, para contratação de empresa voltada à realização de concurso público.

3. A realização de processo licitatório para contratação de empresa destinada à organização de concurso público: modalidade licitatória e critério de julgamento

Mesmo aqueles que admitem a contratação direta, sabem que muitas vezes a contratação de empresa para organização de concurso público se faz através de processo licitatório. Aliás, esta é uma prática que vem sendo observada por diversos entes federados. Nesse ponto discute-se a modalidade de licitação e o critério de julgamento a serem utilizados.

O art. 28, da Lei nº 14.133/2021, enumera cinco das modalidades de licitação: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo. A escolha da modalidade irá depender do objeto que se pretende contratar.

Não há discricionariedade na escolha da modalidade de licitação, que dependerá do objeto licitado¹⁸.

¹⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 187.

¹⁸ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/2021*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 186.

Por certo que, para realização de concurso público, excluem-se de imediato o concurso, o leilão e o diálogo competitivo.

O concurso é voltado à escolha de serviço técnico, artístico ou científico, cujo vencedor recebe como contrapartida um prêmio ou remuneração (art. 6º, XXXIV c/c art. 30, da Lei nº 14.133/2021). Não há seleção de proposta para futura execução. Os interessados apresentam o resultado de seu esforço e o submetem à análise da Administração¹⁹. Ou seja, volta-se à escolha de trabalho pronto²⁰, incompatível com a contratação de empresa para realização de concurso público.

Por outro lado, para tal objeto, também não cabe o leilão – modalidade utilizada para alienação de bens imóveis ou de bens móveis, a quem oferecer o maior lance (art. 6º, XL c/c art. 31, da Lei nº 14.133/2021), à exceção apenas dos casos de dispensa de licitação, estabelecidos no art. 76, da Lei nº 14.133/2021.

O diálogo competitivo (art. 6º, XLII c/c art. 32, da Lei nº 14.133/2021), por sua vez, destina-se à contratação de objetos bastante complexos, que a Administração tenha dificuldades de definir suas especificações no edital. O objeto licitado deverá se enquadrar às condições fixadas no art. 32, I, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que também se distanciam da efetivação de certame concursal.

Pode-se afirmar que a organização de concurso público envolve serviço de natureza técnica, predominantemente intelectual, pois não só exige a elaboração de provas, como também toda a logística para realização do certame.

Dito isso, não há possibilidade de realização de pregão para este tipo de contratação. Segundo consta do art. 6º, XLI, da Lei nº 14.133/2021, pregão é a “modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto”. Já o inciso XIII, do mesmo dispositivo legal, informa que bens e serviços comuns “são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”. Os bens e serviços comuns rivalizam-se com os bens e serviços especiais, que são “aqueles que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não podem ser descritos na forma do inciso XIII do *caput* deste artigo, exigida justificativa prévia do contratante” (art. 6º, XIV).

Com efeito, o pregão deverá ser utilizado quando se possa padronizar os critérios de qualidade do objeto, por serem universais, ou seja, aplicados a todo e qualquer interessado²¹, situação que não se coaduna com a realização de concurso público. Segundo Juliano Heinen “o pregão não poderá ser empregado para contratação de serviços nos quais predomine a intelectualidade, ou seja, aqueles

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 448.

²⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 628.

²¹ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/2021*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 188.

que podem apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho de qualidade”²².

Entende-se, conforme já articulado, que a realização de concurso público se caracteriza como serviço de natureza predominantemente intelectual e como tal são, sim, de alta heterogeneidade ou complexidade²³. Desta forma, sob a égide da lei nº 14.133/2021, tais serviços não devem ser licitados por meio da modalidade pregão, em face do quanto estabelece o parágrafo único do art. 29 da referida norma, segundo o qual “o pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do *caput* do art. 6º desta Lei”.

Foi exatamente por essa situação que o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia entendeu inviável a licitação na modalidade Pregão para contratação de empresa voltada à realização de concurso público. Senão vejamos:

CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO E REALIZAÇÃO DO CERTAME. PREGÃO. IMPOSSIBILIDADE. DISPENSA DE LICITAÇÃO. EXCEÇÃO À REGRA. TAXAS DE INSCRIÇÃO ARRECADADAS. CONTABILIZAÇÃO. CUSTEIO. 1) O pregão não é a modalidade de licitação adequada para a seleção de instituição para prestação de serviços de organização e realização de concurso público, uma vez que estes, por envolverem atividade predominantemente intelectual, não podem ser considerados como comuns. 2) Excepcionalmente, admite-se a contratação direta de instituição de ensino, sem fins lucrativos, para a organização e realização de certame público, mediante dispensa de licitação, desde que preenchidos todos os pressupostos legais autorizadores, com instauração de processo administrativo prévio em que fique devidamente justificado o motivo da dispensa, os requisitos dispostos no artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 e que o preço cobrado é compatível com o praticado pelo mercado. (PROCESSO Nº 11305e18 PARECER Nº 01811-18)

Excluindo-se o pregão como modalidade de licitação viável para contratação de empresa voltada a realização de concurso público, pode-se afirmar que, por exclusão, a modalidade cabível será a concorrência, uma vez que o concurso envolve um serviço especial.

²² HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei nº 14.133/2021. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 190.

²³ Nesse sentido também se manifesta Joel de Menezes Neibuhr (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p.624).

A concorrência é a “modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia” (art. 6º, XXXVIII, da Lei nº 14.133/2021). A regra é que objetos comuns sejam licitados pela modalidade pregão, enquanto objetos especiais devem adotar a modalidade concorrência²⁴.

Uma vez estabelecida a modalidade de licitação para contratação de empresa voltada à realização de concurso público, passa-se à escolha do critério de julgamento.

Os critérios de julgamento das propostas em processos licitatórios, constam do art. 33 da Lei nº 14.133/2021, quais são: menor preço, maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance, maior retorno econômico.

A princípio, para seleção de empresa voltada à realização do concurso público pode-se afirmar a possibilidade de utilização do critério de julgamento técnica e preço. Segundo determina o art. 36, § 1º, I, da Lei nº 14.133/2021:

§ 1º O critério de julgamento de que trata o *caput* deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de: I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado.

Ora, ao empregar a expressão “preferencialmente” o dispositivo abre brecha para que outro critério de julgamento seja utilizado. Entende-se, no entanto, que a não utilização de tal critério, quando cabível, requer justificativa que constará do estudo técnico preliminar, definido no art. 6º, XX, como “documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação”.

Caso a Administração interessada consiga demonstrar a viabilidade de utilização do critério menor preço ou maior desconto para seleção de empresa voltada à realização de concurso público, será importante atentar para os parâmetros mínimos de capacitação que deverão ser exigidos das empresas participantes, inclusive a demonstração de capacidade técnica, que não deverá limitar-se à mera exigência de atestado que informe a realização de concursos anteriores, sendo importante que demonstre a capacidade técnico-profissional da empresa, demonstrada pela qualificação da equipe profissional.

²⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 607.

Toda cautela se faz necessária para impedir a contratação de empresas sem a devida qualificação para realização do concurso público. Não são poucos os casos em que concursos públicos são invalidados por erros ou fraudes cometidos na condução do concurso pela empresa contratada. Vícios insanáveis no edital, quebra do sigilo da prova no momento da sua aplicação, provas com conteúdo programático não previsto no ato convocatório, indícios de fraudes na condução do processo, são apenas algumas situações que podem levar à nulidade do concurso com consequências danosas aos candidatos, bem como à Administração Pública, promotora do certame.

Deve-se, por fim, ressaltar que mesmo verificadas irregularidades insanáveis na contratação de empresa para realização de concurso público, pode ser declarada a nulidade do contrato, atendendo-se a validade do certame concursal, caso de mostre a melhor decisão para atendimento do interesse público. Nesse contexto, admite-se a aplicação do art. 148, § 1º da Lei nº 14.133/2021, segundo o qual não se podendo retornar à situação anterior à contratação da empresa a “a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis”.

Nada impede que a empresa contratada de forma irregular tenha efetivado um concurso sem qualquer vício. Assim, caso a nulidade do contrato ocorra após a realização do concurso, quando os aprovados já se encontram inclusive nomeados, pode ser aplicada a teoria do fato consumado, mantendo-se o certame incólume. Neste sentido há decisões jurisprudenciais, senão, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. MODALIDADE CONVITE. TÉCNICA MENOR PREÇO. ILEGALIDADE. SERVIÇO DE NATUREZA INTELLECTUAL. MELHOR TÉCNICA E PREÇO. TRANSCURSO DO TEMPO. CONCURSO HOMOLOGADO. NOMEAÇÃO DOS APROVADOS. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICABILIDADE. 1. A irregularidade na contratação da empresa que realizou o concurso público, de que resultou a admissão de servidores municipais, não implica a automática nulidade da contratação destes servidores. A irregularidade está na forma de contratação da empresa que aplicou as provas do concurso, mas não se vislumbra qualquer irregularidade na realização das provas do certame. 2. Realizado o concurso, os aprovados foram nomeados e passaram a exercer suas atividades como servidores públicos, razão pela qual deve ser aplicada, neste caso e em caráter excepcional, a teoria do fato consumado. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO²⁵.

²⁵ TJ-PR - CJ: 11264887 PR 1126488-7 (Acórdão), Relator: Nilson Mizuta, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1300 18/03/2014.

No entanto, não é demais salientar que, caso o vício verificado implique fraude na destinada a beneficiar certos candidatos, a nulidade imposta atingirá todo o processo concursal.

4. Do termo de referência e consequente contrato: busca da eficiência

A Lei nº 14.133/2021 trouxe no seu art. 6º, inciso XXIII a definição do termo de referência. Assim, representa o documento necessário para contratação de bens e serviços, elencando, o referido inciso, os parâmetros e elementos descritivos que devem nele constar. O conteúdo do termo de referência, quanto à sua complexidade e minúcia, dependerá da natureza do objeto a ser contratado.

Independentemente da forma de contratação da empresa para organização do concurso público, o sucesso da contratação dependerá da formalização de um termo de referência, contendo os pontos essenciais da execução do contrato, a partir das bases fixadas no estudo técnico preliminar, constituído na forma do art. 6º, XX, da Lei nº 14.133/2021, e observância dos parâmetros traçados no inciso XXIII, do mesmo dispositivo legal.

Inicialmente o ente interessado em realizar o certame concursal deverá observar quantos cargos e empregos públicos estão disponíveis, se existem contratados temporários exercendo funções típicas dos mencionados cargos ou empregos, quantos servidores estão próximos à aposentadoria e qual o impacto da admissão na Lei de Responsabilidade Fiscal. Deverá, ainda, atentar para as questões orçamentárias, quais sejam, autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias (ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista), estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes (LRF art. 16 e 17), previsão de dotação orçamentária (CF art. 169)²⁶ e origem dos recursos para o custeio (LRF, art. 17, § 1º)²⁷.

Assim, o ente contratante definirá um cronograma esperado do concurso, contemplando os marcos principais, com prazos em dias, desde a assinatura do contrato até a publicação do resultado. A empresa ou instituição contratada deverá aceitar na íntegra tal cronograma.

Do termo de referência constarão também, de forma clara e objetiva, as obrigações das partes que estarão no contrato, tais como, os locais de realização de

²⁶ “4. A Lei nº 8.666/93 exige para a realização da licitação a existência de “previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma”, ou seja, a lei não exige a disponibilidade financeira (fato da administração ter o recurso disponível ou liberado) mas, tão somente, que haja previsão destes recursos na lei orçamentária”. (STJ- REsp. 1121021/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, em 21/08/2012).

²⁷ “Não vislumbro no texto constitucional exigência dessa natureza. Em verdade, o que se impõe é que as admissões ou contratações de pessoal pelos órgãos públicos somente sejam efetivadas após autorização específica na LDO, bem como que haja dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesas de pessoal delas decorrentes (CF 169, § 1º, incisos I e II), não se cogitando de autorização legal para a realização do próprio concurso” (TCU Acórdão 599/2008 – Primeira Câmara).

provas, o número de vagas, se o concurso será regionalizado, os requisitos para o preenchimento dos cargos/empregos, as fases do concurso, características das provas (objetivas, discursivas, orais, práticas, de títulos etc.), responsabilidade quanto aos custos de publicidade (se da instituição contratada ou do ente contratante), logística de aplicação de provas e segurança. No caso de concurso de âmbito nacional, deve-se estabelecer em quais capitais as provas serão realizadas. Normalmente, faz-se a opção pela realização das provas nas capitais dos estados nas quais são oferecidas vagas.

A previsão no termo de referência de contratação de serviço médico de emergência para funcionar nos locais das provas é importante nos concursos públicos que oferecem elevado número de vagas com conseqüente previsão de muitos candidatos. No caso de concursos menores, como, por exemplo, o voltado à seleção de docentes em universidades públicas, tal contratação não se impõe.

Para a estimativa do valor contratual o ente promotor do concurso deverá atentar ao disposto no art. 23, da Lei nº 14.133/2021, podendo utilizar como parâmetro a composição de custos de contratações divulgadas no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), além de outros indicativos constantes no referido artigo.

Serão levados em consideração na estimativa de custos, a locação do espaço físico (quando for o caso), contratação de pessoal para elaboração e aplicação das provas, encargos sociais, materiais de consumo, cópias, sistema de segurança a ser adotado, custos de administração, além de outras despesas necessárias à peculiaridade do caso concreto.

Com o propósito de orientar as instituições especializadas que pretendem participar do processo licitatório, o termo de referência deverá especificar a forma de apresentação de propostas. Normalmente as formas mais utilizadas são os chamados “contrato de risco” e o “pagamento por faixa de inscritos”.

No “contrato de risco,” o ente ou empresa contratada aceitará realizar o concurso apenas com o montante arrecadado dos valores das inscrições. Em conseqüência, assume o risco de eventual prejuízo e o bônus de eventual *superávit*.

Entende-se que o “contrato de risco” encontra barreiras na arrecadação dos valores de inscrição pela empresa/ente contratado. Isso porque os valores pagos pela inscrição no certame concursal têm natureza de preço público, devendo ingressar diretamente nos cofres públicos, na forma preconizada pela Lei n. 4320/64. Além disso, nem todo o concurso pode ser suportado apenas pela arrecadação dos valores das inscrições.

Outra forma de precificação consiste no formato em que o preço é escalonado por número de inscritos. Nesta modalidade, estabelecem-se faixas de inscritos e em cada faixa cobra-se um valor fixo para o número de candidatos que inicia a faixa e outro valor por candidato que exceder esse mínimo, de forma que o valor final de uma faixa coincida com o valor inicial da faixa seguinte. Neste modelo, em regra, a empresa contratada não suporta o ônus das isenções, pois a cobrança é feita por candidato inscrito, não importando se ele é pagante ou isento.

Acatando o entendimento quanto à impossibilidade de arrecadação dos valores das inscrições pelos contratados, como forma de pagamento, deve-se salientar a necessidade de previsão orçamentária para custear o concurso.

A logística de aplicação de provas é item de grande repercussão na precificação do contrato, correspondendo a aproximadamente 80% dos custos de um concurso. É importante que o termo de referência traga a especificação do número mínimo de fiscais em sala, escalonado de acordo com o número de candidatos. Muitas empresas que participam de processos licitatórios utilizam como estratégia a diminuição do número de fiscais em sala de aula para redução de custos, permitindo a apresentação de preços mais competitivos. Caso o termo de referência não faça menção ao número mínimo de fiscais em sala, o contratante correrá o risco de a empresa contratada trabalhar com apenas um fiscal por sala, o que não é suficiente. É desejável também que o termo de referência exija a presença de fiscais em banheiros.

Por certo que o êxito do concurso público está diretamente ligado ao detalhamento do termo de referência que deverá ponderar aspectos relevantes a serem considerados, garantindo a concretização do princípio da eficiência, que corresponde à otimização dos meios com a satisfatoriedade dos resultados obtidos.

5. Conclusões

- a) Em se tratando da contratação de empresa para realização de concurso público, entre as hipóteses taxativamente estabelecidas no art. 75, como de licitação dispensável, duas são seguramente as mais utilizadas para tal contratação: a dispensa pelo valor do contrato, constante do inciso II, e a dispensa para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, estabelecida no inciso XV.
- b) Caso a soma do valor pago pelo ente público à empresa contratada para realização do certame concursal, somado aos valores arrecadados com as taxas de inscrição, ultrapasse R\$ 59.906,02, não caberá a dispensa de pequeno valor.
- c) Diversos entes públicos se posicionam favoráveis à contratação direta de entes sem fins lucrativos para realização de concurso público, com fundamento no art. 75, XV, da Lei nº 14.133/2021, arguindo que a realização do certame concursal tem pertinência com o desenvolvimento institucional da Administração Pública.
- d) Entende-se incabível a utilização do art. 74, III, para contratação de empresa voltada à realização de concurso público, uma vez que inexistente a inviabilidade de competição para a incidência da referida hipótese de inexigibilidade de licitação, uma vez que diversas são as empresas que

oferecem serviços para efetivação de certames dessa natureza, portadoras de notoriedade e reconhecimento no mercado.

- e) Realizada licitação para contratação de empresa voltada à efetivação de concurso público, não deve ser utilizada a modalidade pregão, uma vez que a realização do certame se caracteriza como serviço de natureza predominantemente intelectual, de alta heterogeneidade ou complexidade.
- f) Por exclusão, pode-se afirmar que a concorrência é a modalidade de licitação viável para contratação de empresa voltada a realização de concurso público, já que o concurso envolve um serviço especial.
- g) Entre os critérios de julgamento previstos no art. 33 da Lei nº 14.133/2021, pode-se afirmar a possibilidade de utilização do critério de julgamento técnico e preço, para seleção de empresa voltada à realização de concurso público.
- h) A não utilização do critério de julgamento de técnica e preço para seleção de empresa voltada à realização de concurso público requer justificativa que constará do estudo técnico preliminar.
- i) Caso a Administração interessada consiga demonstrar a viabilidade de utilização do critério menor preço para seleção de empresa voltada à realização de concurso público, será importante atentar para os parâmetros mínimos de capacitação que deverão ser exigidos das empresas participantes, inclusive a demonstração de capacidade técnica, que não deverá limitar-se à mera exigência de atestado que informe a realização de concursos anteriores, sendo importante que demonstre a capacidade técnico-profissional.
- j) Verificadas irregularidades insanáveis na contratação de empresa para realização de concurso público, pode ser declarada a nulidade do contrato, mantendo-se a validade do certame concursal, por se mostrar a melhor decisão para atendimento do interesse público.
- k) Para realização do concurso público a Administração promotora deverá observar as questões orçamentárias, quais sejam, autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias, estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes, previsão de dotação orçamentária e origem dos recursos para o custeio.
- l) O sucesso da contratação de empresa para a realização de concurso público dependerá da formalização de um termo de referência, contendo os pontos essenciais da execução do contrato.
- m) Para a estimativa do valor contratual o ente promotor do concurso deverá atentar ao disposto no art. 23, da Lei nº 14.133/2021, podendo utilizar como parâmetro a composição de custos de contratações divulgadas no Portal

Nacional de Contratações Públicas (PNCP), além de outros indicativos constantes no referido artigo.

- n) Entende-se que o “contrato de risco” para realização de concurso público encontra barreiras na arrecadação dos valores de inscrição pela empresa/ente contratado. Isso porque os valores pagos pela inscrição no certame concursal têm natureza de preço público, devendo ingressar diretamente nos cofres públicos, na forma preconizada pela Lei n. 4320/64.
- o) Na remuneração por faixa de inscrito, estabelece-se o pagamento por faixas de inscritos e, em cada faixa, cobra-se um valor fixo para o número de candidatos que inicia a faixa e outro valor por candidato que exceder esse mínimo, de forma que o valor final de uma faixa coincida com o valor inicial da faixa seguinte.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2021.

GASPARINI, Diógenes. *Concurso Público – Imposição Constitucional e Operacionalização. Concurso Público e Constituição*. Coord. Fabrício Motta. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/2021*. Salvador: JusPodivm, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes, *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.