

REPRESENTAÇÃO N. 951662

Procedência: Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - SEPLAG
Exercício: 2015
Representante: Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais
Responsáveis: Renata Maria Paes de Vilhena, Secretária da SEPLAG à época, Fernanda de Siqueira Neves, Subsecretária à época, Luciano de Abreu Condessa, Assessor Jurídico, Tércio Leite Drummond, Procurador do Estado, Lumena Santos Chaves, Diretora Central de Provisão à época e Alvimar José Tito, Superintendente da Central de Políticas de Recursos Humanos à época

Procuradores: Arthur Pereira de Mattos Paixão Filho, OAB/MG 50.684; Benedicto Felipe da Silva Júnior, OAB/MG 17.607; Daniel Cabaleiro Saldanha, OAB/MG 119.435; Jason Soares de Albergaria Neto, OAB/MG 46.631; Renata Couto Silva de Faria, OAB/MG 83.743; Rodrigo Peres de Lima Netto, OAB/MG 65.776; Valmir Peixoto Costa, OAB/MG 91.693, José Sad Júnior, OAB/MG 65.791; Cássio Roberto dos Santos Andrade OAB/MG 56.602, Sergio Pessoa de Paula Castro, OAB/MG 62597

MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello

RELATOR: CONSELHEIRO MAURI TORRES

EMENTA

REPRESENTAÇÃO. SECRETARIA DE ESTADO. PRELIMINARES. NÃO ACOLHIDA A PRELIMINAR DE NULIDADE DO INQUÉRITO. ACOLHIDA A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. IRREGULARIDADE. PARCIALMENTE PROCEDENTE. EMISSÃO DE RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO

1. Atendidos os requisitos legais e demonstrada a essencialidade do preenchimento do cargo para o desenvolvimento institucional da Administração, é possível a contratação direta de entidade para a realização de concurso público com base no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666, de 1993, nos termos da Consulta TCEMG n. 710.914.
2. Os valores recebidos a título de taxa de inscrição, destinados ao custeio das despesas efetuadas com a realização do concurso público, devem observar o disposto na Consulta TCEMG n. 850498.

Primeira Câmara
9ª Sessão Ordinária – 10/04/2018

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação formulada pelo Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal, Sr. Marcílio Barenco Corrêa de Mello, relatando a ocorrência de irregularidade na contratação, por dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, XIII, da Lei n. 8666/93, da Fundação Professor Carlos Augusto Bittencourt - FUNCAB para realização do Concurso Público objetivando o provimento de cargos das carreiras de Médico Perito, nível III, grau A e

Gestor Governamental, nível III, do Quadro de Pessoal da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais – SEPLAG.

Os autos foram encaminhados à Unidade Técnica que emitiu o relatório de fls. 250/268.

Após citação, o Sr. Tércio Leite Drummond apresentou defesa às fls. 284/309, as Sras. Renata Maria Paes Vilhena, Fernanda Siqueira Neves, Lumena Santos Chaves e o Sr. Alvimar José Tito manifestaram-se conjuntamente às fls. 310/365 e o Sr. Luciano de Abreu Condessa às fls. 366/563.

A Unidade Técnica emitiu relatório de reexame às fls. 565/604.

É o relatório no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1 – PRELIMINARES

1.1 – Nulidade do inquérito

Primeiramente, impende analisar o pedido de nulidade do Inquérito Civil Público instaurado pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, que deu origem à presente representação.

Os representados afirmaram que o *Parquet* de Contas instruiu a representação com cópia do Inquérito Civil Público, instaurado para apuração de irregularidades na contratação da FUNCAB para realização do Concurso Público, porém, não houve qualquer intimação dos representados, de modo que todas as informações ali colhidas não foram submetidas ao contraditório e ampla defesa, o que torna impossível aquilatar o elemento subjetivo do ato.

Análise

Não merece ser acolhida a nulidade suscitada pelos representados, pois o inquérito civil instaurado pelo Ministério Público junto ao Tribunal é ato de investigação e coleta de provas acerca de possível irregularidade, que, posteriormente, poderá ser submetida ao Tribunal por meio de representação.

Apenas após a admissibilidade da representação, realizada pelo Presidente do TCE, é que se inicia a fase processual em que é garantido aos representados o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Cito abaixo, por esclarecedora, a doutrina dos autores Emerson Garcia e Rogério P. Alves, colacionada no relatório de Unidade Técnica:

É instrumento posto à disposição do Ministério Público pela atual Constituição Federal (art.129,III), constituindo-se em procedimento administrativo no qual não incide o contraditório, por não veicular qualquer tipo de acusação nem buscar a composição de conflito de interesse (...)

Ressalte-se que a não incidência do contraditório no momento pré-processual não significa que a investigação levada a cabo pelo Parquet esteja dissociada dos parâmetros de legalidade estatuídos pelo sistema jurídico”.

(...) Como todo e qualquer instrumento investigatório tem o inquérito civil por escopo a coleta de elementos demonstradores do ilícito e de sua autoria.

Não se destina a uma exaustiva pesquisa de tais aspectos, mais adequada ao momento processual, cingindo-se, antes à mera coleta de indícios. O inquérito civil destina-se principalmente a avaliar a viabilidade de se impetrar a ação civil pública (art.5º,8º, etc. da Lei n.7.347/1985). [“Improbidade Administrativa”. 7.ed.saraiva, 2013, p.743,744]

Isso posto, não acolho a preliminar de nulidade do inquérito civil que deu origem à presente representação.

1.2 – Ilegitimidade passiva dos procuradores responsáveis pelo parecer jurídico

Os Srs. Luciano de Abreu Condessa e Tércio Leite Drummond foram citados por terem emitido parecer jurídico na contratação da Fundação Professor Carlos Augusto Bittencourt - FUNCAB para realização do Concurso Público da SEPLAG.

Os defendentes, em sede de preliminar, apresentaram alegações semelhantes afirmando, em síntese, que agiram no estrito cumprimento do dever legal e emitiram parecer jurídico devidamente fundamentado acerca de um tema reconhecidamente controverso, portanto não podem ser responsabilizados.

Esclareceram que o ordenamento jurídico brasileiro prevê, como causa de exclusão da culpabilidade administrativa, o estrito cumprimento do dever legal, que protege a liberdade de opinião jurídica.

Afirmaram que o regime jurídico da responsabilidade dos agentes públicos, em sua feição constitucional, não contempla responsabilidade objetiva dos agentes públicos, sendo necessária a verificação de dolo ou culpa, em sentido estrito.

Argumentaram que a jurisprudência e a doutrina nacionais admitem a imputação de responsabilidade ao parecerista jurídico, que se circunscreve àquelas situações em que fica provado o dolo lesivo à administração pública, fraudando a interpretação jurídica, ou às hipóteses de erro grosseiro.

Citaram jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que pacificou entendimento naquilo que concerne à impossibilidade de responsabilizar advogado público por parecer exarado em processo licitatório. Observe-se o seguinte julgado (MS 24.073/2002 e MS 24.631-6 de 2007). Fl.289.

O parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. – O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo. Cód. Civil, art. 159 e Lei Federal n. 8.906/94, art. 32)

O TCU também foi mencionado na defesa, a respeito da responsabilização do parecerista (Acórdão n. 798/2008, 1ª Câmara):

É a partir da jurisprudência desta Corte que, como já dito, entende-se **afastável a responsabilização dos autores de pareceres jurídicos**, se demonstrada a eventual complexidade jurídica da matéria questionada, se apresentada argumentação provida de devida fundamentação e se defendida tese aceitável na doutrina ou na jurisprudência, ainda que considerada equivocada.

Afirmaram que inexistente qualquer possibilidade jurídica de infirmar a conduta do representado, pois a natureza jurídica dos valores cobrados, a título de taxa de inscrição dos candidatos a concurso público, é matéria controversa, ampla e largamente debatida no cenário jurídico nacional.

Asseveraram que o parecer foi amplamente fundamentado, e arremou-se em entendimento consolidado no âmbito da Advocacia-Geral do Estado, no Parecer SEPLAG AJA n.553/2013,

bem como no Parecer n.15.121, de 25 de outubro de 2011, cópias anexas. As Assessorias Jurídicas são subordinadas à Advocacia Geral do Estado.

Ressaltaram que, nos termos da Lei Complementar Estadual n.75, de 13 de janeiro de 2004, as Assessorias Jurídicas são unidades setoriais da Advocacia-Geral do Estado, competindo às mesmas cumprir e fazer cumprir, no âmbito dos órgãos a que se subordinam administrativamente, as orientações do Advogado-Geral do Estado, (transcrevem os arts. 2º, 3º e 7º da referida norma).

Afirmaram que as consultas respondidas por este Tribunal sobre o tema são posteriores à contratação em análise e que o parecer à época adotou a posição do TCU em diversos julgados.

Por fim, os representados alegaram, ainda, a inexistência de dolo, má-fé ou erro grosseiro na emissão do parecer e que também que não ficou demonstrada a conduta culposa ou dolosa dos pareceristas para responsabiliza-los pelas irregularidades apontadas.

Análise

Analisando os argumentos e a jurisprudência apresentados pelos representantes, verifica-se que à época da emissão dos pareceres a natureza jurídica do valor das inscrições para concursos públicos e a forma de recolhimento desses valores era matéria de fato controversa e amplamente discutida.

Verifica-se que o parecer exarado pelos procuradores se encontrava fundamentado e estava em consonância com o entendimento expresso pela Advocacia Geral do Estado à época, motivo pelo qual, no caso em tela, não há como se atribuir responsabilidade aos pareceristas.

Ressalte-se, ainda, que a Unidade Técnica considerou pertinentes os argumentos e pugnou pelo acolhimento da preliminar.

Isso posto, acolho a preliminar e excluo da relação processual dos Srs. Luciano de Abreu Condessa e Tércio Leite Drummond.

2 - MÉRITO

2.1 – Contratação por dispensa de licitação da Fundação Professor Carlos Augusto Bittencourt - FUNCAB

O Ministério Público junto ao Tribunal apontou a ocorrência de irregularidade na contratação, por dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, XIII, da Lei n. 8666/93, da Fundação Professor Carlos Augusto Bittencourt - FUNCAB para realização do Concurso Público da SEPLAG, por considerar que a contratação não se enquadra nas hipóteses de dispensa de licitação previstas no mencionado artigo.

Ressaltou que o legislador enumerou expressa e cautelosamente as hipóteses de dispensa licitatória, sendo este rol taxativo, sem margem para distorções, devendo as exceções que dispensam a licitação, previstas no art. 24 da Lei de Licitações, ser interpretadas sempre de forma restrita.

Afirmou, ainda, o seguinte:

É de extrema relevância lembrar que nas hipóteses in numerus clausus há a discricionariedade da Administração Pública na escolha da dispensa ou não da licitação dentro do rol preexistente, devendo sempre levar em conta o interesse público de forma motivada e fundamentada quanto à melhor escolha, sob pena de desbordar à penumbra e a ilicitude administrativa, com flagrante direcionamento do procedimento de contratação.

Em outro, ponto o *Parquet* afirmou que houve flagrante direcionamento na contratação da FUNCAB para realização do concurso público para os cargos da SEPLAG, conforme trecho da peça inicial, às fls. 30/32, que abaixo destaco:

O Conselho Nacional de Justiça analisando um procedimento de controle administrativo n. 0001444-15.2011.2.00.0000, entendeu pela ilegalidade da dispensa fundamentada no art. 24, inciso XIII, da Lei federal n. 8.666/1993 na contratação de instituição brasileira cujo objeto versava sobre realização de concurso público. Para o relator – Conselheiro José Adonis Callou de Araújo Sá – tal fundamento sob esse prisma legal, não serve para esse tipo de contratação, *in litteris*: “entendo que a regra do artigo 24, XIII da Lei n. 8.666/93 não serve de fundamento para a contratação, com dispensa de licitação, de entidade para a organização de concurso público.”

Reconheceu-se assim, a necessidade de demonstração da pertinência entre o objeto da contratação pretendida (promoção de concurso) e as finalidades indicadas na norma (artigo 24, inciso XIII, da Lei Federal n. 8.666/93), impossibilitando adequá-la ao conceito de desenvolvimento institucional, como já realizado noutra passagem pelo Tribunal de Contas da União. É naquele contexto que também se perfilha esse órgão ministerial *in casu*, a excluir o desenvolvimento institucional das atividades próprias de promoção de concursos públicos.

O desenvolvimento institucional não advém necessariamente do concurso público, que visa promover a ampla competitividade no acesso a cargos, empregos e funções públicas, garantindo-se a legalidade, isonomia e equanimidade no processo de seleção por critérios estritamente meritórios entre os candidatos que possam vir a integrar ou não a Administração Pública, insto é, evento futuro e incerto.

Se extrairmos excerto das atividades sociais da Contratada (FUNCAB), veremos que não se trata de instituição privada sem fins lucrativos que possui como objetivo social a promoção de concursos públicos através de certames.

[...]

Sem prejuízo de tais apontamentos, compulsando-se os autos, mais precisamente o Termo de Referência SCPRH/DCPR nº 009/2012 (fl. 75), tendo como signatária a Sra. Lumera Santos Chaves, Diretora Central de Provisão – SEPLAG no ano de 2012, referendado pelo Sr. Alvimar José Tito, Superintendente da Central de Política de Recursos Humanos da SEPLAG no ano de 2012 constatamos *in litteris* a afirmação de que: **“as propostas apresentadas pela FUNCAB e IBFC giram em torno da sistemática de que os custos para a realização do certame serão cobertos pelos valores de inscrição, sem ônus para o Estado”.**

Estranhamente Sr. Julgador, a citada Diretora elenca os motivos pelos quais a Administração escolheu contratar, diretamente, por dispensa licitatória a FUNCAB; CONTUDO – apesar de reconhecer patamares de igualdade das propostas da FUNCAB e IBFC – fl. 75, não fundamenta ou motiva as razões pelas quais o IBFC – Instituto Brasileiro de Formação e Capacitação foi preterido ou desclassificado, denotando claramente um direcionamento levado a efeito e favor da FUNCAB.

Pasme Sr. Julgador! Se duas instituições possuem propostas idênticas (FUNCAB E IBFC), qual o motivo ensejador da preterição desta última? A única resposta é o direcionamento pela via da contratação direta, fato consubstanciado nos autos à fl. 75. (Grifo no original)

Os defendentes alegaram que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e deste Tribunal são uníssonas em admitir a dispensa de licitação, com base no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93, para contratação de instituição para promoção de concurso público.

Para corroborar sua afirmação citaram o acórdão n. 1561/2009 – TCU – Plenário, um trecho do artigo sobre o tema publicado na “Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – Edição Especial – ano XXVIII – Concursos Públicos” e a Consulta n. 810914 respondida por este Tribunal.

Afirmaram que ficou demonstrado pelos documentos juntados aos autos que a FUNCAB é instituição brasileira sem fins lucrativos, incumbida regimentalmente da pesquisa, do ensino e do desenvolvimento institucional, com inquestionável e notória reputação ético-profissional.

Com relação ao possível direcionamento apontado na representação, os defendentes afirmaram que o Ministério Público de Contas não fundamentou suas alegações em qualquer comparativo entre as entidades de igual jaez que pudessem deixar transparecer a preterição de qualquer delas em favor da FUNCAB.

Argumentaram, ainda, que não houve qualquer direcionamento e que a Diretoria de Provisão da SEPLAG, visando avaliar os preços de mercado, solicitou propostas de orçamento não só de três empresas do ramo, mas de oito renomadas instituições, no intuito de avaliar com maior amplitude o contexto de mercado à época.

Informaram que ao processar a escolha pela instituição a executar o concurso, procurou-se aquela que incluísse no valor da inscrição os custos decorrentes das isenções que seriam deferidas a candidatos economicamente hipossuficientes. Dentre as duas instituições que cumpriram esse requisito a contratada FUNCAB apresentou os valores de inscrição mais baixos, conforme ficou demonstrado no quadro comparativo referenciado no Termo de Referência de forma mais didática possível.

Assim, concluíram que carece de fundamento a alegação do Procurador do Ministério Público de que as propostas do IBFC e da FUNCAB são idênticas e, por esse motivo, o apontamento de direcionamento na contratação deve ser afastado.

Análise

Registro que no exame inicial da presente representação a Unidade Técnica já havia afastado as irregularidades relatadas neste item, conforme trechos do relatório de fls. 250/268 abaixo destacado:

III B – Esta unidade técnica pede vênias para discordar do MPC (na pessoa do seu Ilmo. Procurador), no que se refere:

i) ao direcionamento (fl. 29/35) da licitação, tendo como fundamento alegado pelo MPC a ausência de motivação da escolha da contratada.

Nota o MPC, à fl. 32, o que seria um ato incoerente da Diretora Central de Provisão – SEPLAG. Isto é, apesar de esta Diretora reconhecer acentuada identidade nas propostas da FUNCAB e IBFC, não motiva as razões pelas quais o IBFC foi preterido “denotando, claramente, um direcionamento levado a efeito em favor da FUNCAB”.

Considera, entretanto, esta unidade técnica, que a Administração, ao motivar e fundamentar a escolha da empresa FUNCAB, implicitamente já expõe as razões da exclusão das demais, inclusive a da IBFC, isto é, esta não ofereceu, na sua proposta, as mesmas vantagens da FUNCAB. Mesmo porque, segundo lembra julgado do TCU, trazido a lume em seguida, a sondagem feita ao mercado, previamente, visa apenas a fundamentar o preço, pois a escolha da contratada é poder discricionário da Administração, cumpridos os requisitos do art. 26 da Lei 8.666/93.

Parece a esta unidade técnica que foi o que efetivamente ocorreu, a começar do preço menor da FUNCAB pela inscrição dos candidatos (v. quadro comparativo de fl. 113).

De resto - segundo o Termo de Referência de fl. 111, onde se expõem mais pormenorizadamente os motivos da escolha da FUNCAB - esta apresentou em sua proposta (fl. 123/137, fl. 111,112) vantagens importantes não oferecidas pelo IBFC (138/142), entre estas, “a excelência em diversos processos seletivos, tais como o da Secretaria de Saúde de Goiás, do DETRAN de Pernambuco, do MP de Rondônia etc. (atestados de fl. 150/166). Seguem-se à fl. 111 outros motivos, como reputação profissional (currículos completos à fl. 199/241), segurança e sigilo (instalações próprias ...) etc. (Ver síntese das justificativas à fl. 111 e 112, Termo de Referência).

[...]

ii) quanto à contratação direta por dispensa:

A unidade técnica, data vênia o entendimento do Ilmo. Representante do MPC, se permite discordar da sua afirmação no que se refere ao argumento de que o desenvolvimento institucional não advém necessariamente do concurso público. Com base na doutrina e diversos julgados, entende esta unidade técnica que o fim almejado pelo concurso é intrinsecamente institucional, isto é, selecionar os mais capazes para exercer um cargo público com eficiência, presteza e visando a bons resultados em prol do interesse coletivo. É o que entende o TCU em vários acórdãos sem discordância da doutrina. Ademais, não é comum que, em seus objetos, tais entidades se refiram expressamente à execução de concurso público, pois tal possibilidade já estaria inclusa na atividade institucional em sentido amplo. (No presente caso, no Regimento Interno da FUNCAB, consta o objeto expresso de realização de concurso público (fl. 178, art. 2º), além de diversas áreas voltadas à pesquisa. Da mesma forma, no contrato, fl. 54; Termo de Referência, fl. 111 e em vários atestados a partir da fl. 230).

[...]

Esta Corte de Contas, na Consulta n. 710.914 de 05/02/2014, tem entendimento idêntico ao do TCU, citando expressamente o voto do Ministro Marcos Bemquerer Costa (Acórdão 569/2005, também mencionado pelo MPC, mas discordando da elasticidade do sentido dado à expressão desenvolvimento institucional).

Segue-se excertos da Consulta mencionada:

Infere-se, portanto, que uma vez atendidos os pressupostos traçados pela lei, seria perfeitamente admissível a hipótese de dispensa de licitação visando à contratação de empresa especializada na realização de concurso público, com base no inciso XIII do art. 24, principalmente considerando a relação existente entre o objetivo da contratação (a admissão de novos servidores para incorporar os quadros públicos) e o objeto estatutário-regimental da contratada – a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional.

Mesmo entendimento é esposado pelo Tribunal de Contas da União, que, em mais de uma oportunidade manifestou-se favoravelmente à realização de contratação direta de empresa para realização de concurso público, com base no dispositivo sub examine, conforme depreende-se do julgado que ora colaciono:

Trata-se de Consulta (fl. 1-3) formulada pelo Sr. José Artur Filardi Leite, Ministro de Estado das Comunicações, acerca de dúvidas quanto à aplicação do art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, para fins de contratação direta de instituição responsável pela promoção de concurso público com vistas ao recrutamento e à seleção de pessoal para os quadros da ECT.

(...)

13. Essa matéria já foi objeto de detida análise no âmbito do TC-011.348/2002/5, o qual teve como deliberação o Acórdão 569/2005-TCU-Plenário. Nesse processo, prevaleceu a tese defendida no Voto Revisor, do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa. Transcrevem-se a seguir alguns trechos do citado Voto:

“De modo geral, as atividades relacionadas à promoção de concurso público têm pertinência com o desenvolvimento institucional da contratante. Essa afirmação apoia-se no entendimento de que a política de recursos humanos da Administração Pública inicia-se com a seleção, mediante concurso público, de pessoal para provimento dos seus cargos vagos. E o desenvolvimento institucional da Administração depende, dentre outros fatores, da qualificação do pessoal selecionado, que deve atender, desde o princípio, às necessidades da Administração contratante. Portanto, não há como dissociar o desenvolvimento institucional do objeto realização de concurso público.

(...)

Dessa forma, atendidos os requisitos legais e demonstrada a essencialidade do preenchimento do cargo para o desenvolvimento institucional da Administração, é possível a contratação direta de entidade para a realização de concurso público com base no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666, de 1993. Não obstante, devem ser satisfeitos outros requisitos da Lei de Licitações, tais como a necessidade de elaboração de projeto básico e de orçamento detalhado, art. 7, além da razão de escolha da instituição executante, da justificativa do preço contratado, e da publicação do procedimento, após sua aprovação, na imprensa oficial, art. 26. (V. fl. 67, 68, 108/137) (destaquei)

Isso posto, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica e com o entendimento desta Corte exarada na Consulta n. 710.914, considero improcedente a representação com relação às irregularidades descritas neste item.

2.2 - Recolhimento das inscrições diretamente na conta da contratada

Segundo o Ministério Público o preço público – indevidamente denominado de taxa de inscrição – se trata na verdade de receita pública pertencente ao ente contratante, nesta condição, deve ser recolhida aos cofres públicos, de acordo com as regras do Direito Financeiro.

O *Parquet* ressaltou que “a exclusão do preço público referente à inscrição e o seu recolhimento direto à contratada, caracteriza renúncia irregular de receita, omissão de receita pública, pagamento antecipado à contratada e violação de princípios orçamentários (universalidade, orçamento bruto, unidade) ”.

Destacou, ainda, que a desconsideração do preço público de inscrição, falseia o valor real do contrato que, aparece então, subestimado, o que é ilícito.

Defesa

Os defendentes alegaram que no momento da contratação da fundação para realizar o concurso, havia se instalada polêmica doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica dos valores recolhidos, sendo que naquela época a Administração do Estado de Minas Gerais atribuía àqueles valores a natureza de preço público, podendo, portanto, serem recolhidos pela entidade organizadora do concurso.

Nessa senda os defendentes citaram jurisprudências que demonstram a oscilação das decisões acerca da matéria àquele tempo, inclusive no próprio Tribunal de Contas da União, demonstrando que o tema era controverso à época.

Afirmaram que o Procurador na representação faz menção à Consulta n. 850498, respondida por este Tribunal na sessão Plenária do dia 27/02/2013, data essa posterior à contratação da FUNCAB. Ressaltaram, ainda, que no parecer exarado na referida consulta o próprio relator destacou o seguinte:

Antes de adentrar no mérito, é importante destacar que **não há entendimento pacificado no âmbito doutrinário e jurisprudencial acerca da natureza jurídica das taxas de inscrição em concursos públicos.** Há duas correntes: uma sustentando que as taxas de inscrição possuem natureza tributária e outra em sentido diametralmente oposto negando-lhe a natureza tributária. (destaquei)

Segundo os defendentes tal afirmação reforça seu argumento de que o tema era controverso à época, o que afasta a responsabilização dos gestores pela forma adotada pela Administração Estadual no contrato firmado para realização do concurso em tela.

Análise

De fato, não se pode negar que o recolhimento das inscrições pelas empresas contratadas para realizar concurso era prática adotada por diversos órgãos e entidades públicas à época da contratação em tela, conforme foi, inclusive, ressaltado pelo relator na fundamentação da Consulta n. 850498, citada pelos Defendentes.

Na sessão do dia 27/02/2013 a referida consulta foi respondida nos seguintes termos:

- 1) O recolhimento dos valores recebidos a título de taxa de inscrição, destinados ao custeio das despesas efetuadas com a realização do concurso público para o provimento de cargo nos seus quadros, deve ser feito na conta única da Câmara Municipal, sendo vedada a criação de caixas especiais, nos termos do artigo 56 da Lei n. 4.320/64. Vale destacar que, caso o valor recolhido com as taxas de inscrição seja superior ao valor gasto com a realização do concurso, essa diferença pertencerá aos cofres municipais, em conformidade com os princípios orçamentários da unidade, da universalidade e do orçamento bruto.
- 2) A receita arrecadada pelo Poder Legislativo Municipal, proveniente de taxa de inscrição para Concurso Público, pode ser utilizada para pagamento dos serviços prestados pela empresa vencedora do processo licitatório para realização de concurso público, desde que os editais de licitação e os contratos especifiquem que a forma de remuneração da empresa contratada será fixa ou variável, em conformidade com o número de inscritos ou de acordo com as receitas auferidas com a inscrição dos candidatos. Além disso, o edital e o contrato devem estabelecer os valores globais e máximos da avença a ser firmada, com base na estimativa do montante a ser arrecadado com as inscrições, bem como devem conter uma cláusula estabelecendo que os valores recolhidos que superarem o previsto no contrato pertencerão aos cofres municipais.
- 3) Não é possível delegar a administração e gerenciamento de recursos públicos provenientes da arrecadação de taxas de inscrição em concurso público a uma empresa privada contratada para a realização do concurso público, pois as taxas de inscrição constituem receitas públicas. Ademais, considerando que, em face do princípio da transparência, compete ao Poder Público prestar contas dos seus gastos, o depósito das taxas de inscrição direto na conta da contratada ofenderia o disposto no art. 14 da Lei Complementar n. 101/2000 e nos arts. 58 a 65 da Lei n. 4.320/64, uma vez que configuraria renúncia e omissão de receita, além de antecipação de pagamento à contratada pela prestação do serviço, desrespeitando as fases da realização da despesa.

Assim, a representação é procedente neste ponto, pois, nos termos da consulta acima respondida, a forma adotada pela SEPLAG para remuneração da contratada para realização do concurso não foi correta.

Todavia, não se pode negar que, conforme demonstrado pela jurisprudência citada pelos defendentes, a matéria era controversa à época da formalização do contrato em 2012, sendo a Consulta respondida em 2013.

Nesse contexto, entendo que não cabe a aplicação de sanção aos responsáveis, devendo ser apenas emitida recomendação à atual Administração da SEPLAG para que observe as disposições da Consulta n. 850498, quando da contratação de empresas para realização de futuros concursos.

2.3 – Falhas relativas ao Contrato n. 29/2012

O representante apontou, também, as seguintes irregularidades no termo de contrato firmado pelo SEPLAG com a FUNCAB:

- a) Ausência de informações acerca do crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica, em desconformidade com o que preconiza o item V do art. 55 da Lei n. 8666/93;
- b) Ausência de cláusula que demonstre a legislação aplicável a execução do contrato e aos casos omissos, conforme previsto no art. 55, XII, da Lei n. 8666/93;

Defesa

Os defendentes alegaram o seguinte:

Por fim, quanto à alegação de violação ao disposto no art. 55, XII, da Lei n. 8.666/93, que dispõe ser cláusula obrigatória nos contratos administrativos a indicação da legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos, é de se verificar que todas as demais cláusulas do contrato deixaram claro as regras aplicáveis ao mesmo, notadamente no tocante as penalidades, não havendo que se falar em irregularidade imputável, notadamente pela total ausência de prejuízo à Administração Pública. Nesse sentido é a doutrina de Marçal Justen Filho:

O dispositivo inserido no instrumento contratual não tem o condão de restringir ou ampliar a aplicação da Lei. Os casos omissos serão solucionados segundo os princípios jurídicos aplicáveis. A omissão contratual sobre o tema não acarreta qualquer efeito impeditivo da aplicação das regras cabíveis. (...)

Análise

Impende registrar que nos termos da decisão proferida no processo do Edital de Concurso Público n. 886243, que foi considerado regular e arquivado na sessão da 2ª Câmara do dia 21/08/2014, o Concurso SEPLAG n. 05/2012 foi concluído e atendeu às exigências deste Tribunal.

Nesse contexto, verifica-se que a omissão, no contrato firmado com a FUNCAB, das cláusulas previstas nos incisos V e XII do art. 55 da Lei de Licitações não prejudicou a execução contratual e, portanto, considero que a falha é passível de recomendação para que em futuras contratações não se repita a falha apontada neste item.

III – VOTO

Não acolho a preliminar de nulidade do inquérito civil que deu origem à presente representação, suscitada pelos defendentes.

Acolho, a preliminar de ilegitimidade passiva alegada e excluo da relação processual os Srs. Luciano de Abreu Condessa e Tércio Leite Drummond, nos termos da fundamentação.

No mérito, **julgo parcialmente procedente** a Representação, todavia analisando as nuances do caso concreto determino, apenas, a emissão de recomendação à atual Administração da SEPLAG para que observe as recomendações constantes na fundamentação deste voto.

Cumpridas as disposições regimentais arquivem-se os autos fundamento no art. 176, I, da Resolução n. 12/2008.

Intimem-se o Representante e o Representado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** não acolher a preliminar de nulidade do inquérito civil que deu origem à presente representação, suscitada pelos defendentes; **II)** acolher, a preliminar de ilegitimidade passiva alegada e excluir da relação processual os Srs. Luciano de Abreu Condessa e Tércio Leite Drummond, nos termos da fundamentação; **III)** julgar parcialmente procedente a Representação, no mérito, todavia analisando as nuances do caso concreto e determinar, apenas, a emissão de recomendação à atual Administração da SEPLAG para que observe as recomendações constantes na fundamentação deste voto; **IV)** determinar o arquivamento dos autos fundamentado no art. 176, I, da Resolução n. 12/2008, cumpridas as disposições regimentais; **V)** determinar a intimação do Representante e do Representado.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho e o Conselheiro Sebastião Helvecio.

Presente à sessão a Procuradora Cristina Andrade Melo.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de abril de 2018.

MAURI TORRES
Presidente e Relator

(assinado eletronicamente)

jc/jb

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/____.

Coord. de Sistematização, Publicação das
Deliberações e Jurisprudência