



PODER JUDICIÁRIO

ESTADO DO MARANHÃO

1ª VARA CÍVEL COMARCA DE CAXIAS

PJe nº 0801874-17.2018.8.10.0029

AUTOS DE: [Anulação]

AUTOR: MUNICIPIO DE CAXIAS

RÉU: ESTADO DO MARANHAO - TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

DECISÃO

Trata-se de ação anulatória de ato administrativo mediante a qual o Município de Caxias/MA questiona a legalidade de decisão de natureza cautelar proferida pelo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão.

O Município Autor identifica em sua exordial que o Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, no bojo do processo administrativo nº 5274/2018, deferiu medida de natureza cautelar compelindo o Ente Público a suspender o Concurso Público (Edital nº 001/2018) até a realização de inspeção que verifique a lisura do seletivo, assim como a proibição de praticar quaisquer medidas administrativas decorrentes da interrupção cautelar.

Pontuo que ao analisar a decisão acostada aos autos, a deliberação cautelar do TCE/MA teve como amparo o entendimento que a contratação de empresa especializada em realização de concurso público seria na modalidade melhor técnica ou técnica e preço, pois sobressai o aspecto intelectual, ao passo que questiona o recolhimento das taxas diretamente à empresa contratada.

Nesse contexto, liminarmente, o Município de Caxias/MA, apresentando argumentos contrários à conclusão do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, requereu a concessão de medida de natureza provisória de

urgência no sentido de ser determinada a imediata suspensão dos efeitos do ato administrativo questionado, pleiteando, em mesma medida, a autorização para realização das provas do seletivo designadas para os dias 20 e 27 de maio de 2018.

Para arrimar a pretensão da Municipalidade, este, em síntese, aduziu a regularidade procedimental na contratação mediante procedimento licitatório na modalidade pregão presencial, sustentando que existem parâmetros objetivos para aferição da capacidade técnica da empresa contratada e que esta apresentou documentos comprobatórios de sua capacidade técnica, assim como entende que inexistente prejuízo ou lesão ao erário público no que atine a permanência das taxas de inscrição em conta própria da contratada.

Arrima a sua pretensão provisória de urgência em precedentes que tratam sobre a matéria, e com base em tais, indica a existência de equívoco na medida acautelatória determinada pelo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, ressaltando que esta, em concreto, cria prejuízo concreto ao Município de Caxias/MA e aos próprios candidatos inscritos para realização do certame público.

Nesse aspecto, não concordando com a decisão cautelar, afirmando a existência de regularidade procedimental no ato de contratação, o autor ingressa em juízo visando à declaração de nulidade do ato administrativo formulado pelo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, requerendo autorização para realização de ato programado do concurso público já previsto para ocorrer nos dias 20 e 27 de maio do ano corrente.

É o breve relato.

Passo a decidir.

Convém assinalar que o caso vertente reveste-se do caráter da urgência diante da proximidade da realização do certame já no dia 20 próximo vindouro.

O artigo 300 do Código de Processo Civil exige para deferimento dessa modalidade de tutela provisória de urgência, os seguintes requisitos: 1) "elementos que evidenciem a probabilidade do direito" e 2) "perigo de dano ou risco".

A tutela de urgência tem o sentido de dar resposta rápida às situações ou demandas com fundamento na urgência. No feito, com os elementos juntados e argumentos apresentados, o Município autor trouxe elementos aos autos, principalmente precedentes jurisprudências que demonstram a plausibilidade do direito invocado, bem como da urgência que a situação demanda em razão da proximidade das datas designadas para a realização das etapas do concurso.

No que se refere à probabilidade do direito, entendo que, *a priori*, inexistente a necessidade de que a modalidade de licitação visando a contratação de empresa para promoção de concurso público seja, exclusivamente, na modalidade técnica e preço, ou melhor técnica, na forma que fundamentado pelo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão.

Com efeito, perfilho o entendimento que no que atine à realização de concurso público, o aspecto intelectual é somente um atributo lateral, sobressaindo à necessidade maior de gerenciamento cuja aferição da capacidade para prestação, à evidência, pode ser objetivamente definida em Edital com a demonstração de acervo de capacidade técnica que ateste a execução de certames anteriores.

Entendo, nesse norte, que a prestação em estudo pode ser passível de contratação mediante a modalidade pregão, em razão da atividade encontrar-se compreendida no conceito cunhado no parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520/2002: *“Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”*.

Tanto é verdade se tratar de prestação de serviço comum, tornando-se despicienda a modalidade técnica e preço ou melhor técnica, que o Tribunal de Contas da União se posiciona de modo até mesmo de admitir a contratação direta de serviço de promoção de concurso público, que, de igual modo ao pregão presencial, não se centra na contratação de serviço de natureza intelectual, podendo-se constatar a partir do seguinte julgado: *“é lícita a contratação de serviço de promoção de concurso público por meio de dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, desde que sejam observados todos os requisitos previstos no referido dispositivo e demonstrado o nexó efetivo desse objeto com a natureza da instituição a ser contratada, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado (TCU. Processo TC nº 032.017/2011-1. Acórdão nº 3094/2014 – Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 nov. 2014. Seção 1, p. 127-128)”*.

Em mesma linha, há vários julgados do Conselho Nacional de Justiça que permitem a contratação de

empresa para realização de concurso público pela modalidade dispensa de licitação (art. 24, XIII, da Lei 8.666/1993), a qual também não é analisada por técnica e preço:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. EDITAL Nº 001/2012. CONCURSO PÚBLICO PARA OUTORGA DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAIS. CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA PARA PLANEJAMENTO E EXECUÇÃO DO CERTAME. DISPENSA DE LICITAÇÃO. LEGALIDADE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. (CNJ - PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0004168-55.2012.2.00.0000 - Rel. BRUNO DANTAS - 165ª Sessão - j. 19/03/2013).

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. EDITAL Nº 01/2012. CONCURSO PÚBLICO PARA OUTORGA DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAIS. CONTRATAÇÃO DIRETA DE INSTITUIÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DO CERTAME. DISPENSA DE LICITAÇÃO. LEGALIDADE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. (CNJ - PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 0006361-43.2012.2.00.0000 - Rel. FABIANO SILVEIRA - 174ª Sessão - j. 10/09/2013).

Com efeito, se é reconhecida a possibilidade de contratação de empresa para realização de concurso mediante dispensa de licitação, óbice não há para que haja a contratação mediante pregão, pois, ressalta-se que tais modalidades de licitação não se destinam a contratação de serviço de natureza intelectual. Para corroborar a possibilidade de contratação promovida pelo Município de Caxias/MA, observo que o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (em recente precedente da Relatoria do Ilustre Des. Lourival de Jesus Serejo), referendando o entendimento do Conselho Nacional de Justiça, entendeu pela adequação do pregão para contratação de empresa responsável por realização de concurso público, justamente por se tratar de serviço comum, vejamos:

PROCESSUAL CML. APELAÇÃO. AÇÃO POPULAR. PEDIDO DE NULIDADE DE LICITAÇÃO E DOS ATOS SUBSEQUENTES. ALEGAÇÃO DE VÍCIO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE, BEM COMO DE FRAUDE NO CONCURSO. RESPEITO ÀS DECISÕES DO CNJ. 1. O CNJ já decidiu que "(...) é reconhecida por este Conselho a possibilidade de contratação de instituição para realização de concurso público por meio de procedimento licitatório na modalidade pregão" (Procedimento de Controle Administrativo nº. 0005714-09.2016.2.00.0000 que está diretamente relacionado do concurso de notários promovido pelo TJMA no ano de 2016). Outros precedentes do CNJ: PCA 0000201-31.2014.2.00.0000; PCA 0004168-55.2012.2.00.0000; PCA 000615609.2015.2.00.0000. 2. Se os valores recolhidos a título de taxas de inscrição, recebidos pela empresa organizadora do certame, foram recolhidos aos cofres do ente público que, posteriormente, pagou o serviço prestado, conforme o contrato, não se pode afirmar que houve prejuízo à coisa pública. Mera irregularidade. 3. Nesse caso, este suposto defeito ou irregularidade oriunda do Edital do certame e não da

vontade da empresa contratada deve ser analisado, analogicamente, à luz do princípio "pas de nullité sans grief", ou seja, sem a comprovação de prejuízo não há nulidade. 4. Inexistindo provas concretas de fraude no concurso, não há o que se cogitar, também, em nulidade do certame. 5. Sentença que se anula. 6. 1º recurso provido; 2º recurso provido. (TJMA, Apelação 43.360/2016, Rel. Des. Lourival de Jesus Serejo, j. 23/02/2017).

Nesses termos, alinhado ao entendimento firmado pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, entendo por regular a contratação procedida pelo Município de Caxias/MA de empresa especializada na realização de concurso público, na modalidade pregão presencial, de modo que alcanço a conclusão de que houve excesso na decisão emanada do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, pois apesar de sua autonomia interpretativa, resta evidente que existem entendimentos jurídicos favoráveis à tese esposada pelo Município Autor.

De igual modo, entendo inexistir irregularidade no recolhimento das taxas diretamente à empresa contratada por ser ausente a demonstração de qualquer prejuízo ao erário público a ponto de impingir ilegalidade ao procedimento de contratação afim de suspender a execução do objeto contratado. Sobre o ponto, sublinho que a taxa de inscrição não é espécie de tributo, pois alheia ao fato gerador previsto no art. 77 do Código Tributário Nacional ante a ausência de utilização de um serviço público ou mesmo a sua disponibilização ao contribuinte.

Entendo que os valores cobrados na inscrição dos concursos públicos são destinados à cobertura dos gastos de empresa contratada com a realização do concurso público. Ou seja, não se podem considerar estes valores como taxas, não obstante se usa essa expressão. Ainda mais porque ausente à facultatividade quanto à utilização do serviço prestado pela instituição organizadora do certame, pois, se o interessado não se inscrever, não poderá concorrer ao cargo almejado.

Quanto ao ponto, mostra-se esclarecedor o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2002314-26.2016.8.26.0000, por ter tratado diretamente do tema, entendendo que as taxas de inscrição cobradas como inscrição de concurso público não possuem feição de recurso público, por não se tratar da espécie tributária taxa, prevista no art. 77 do Código Tributário Nacional e nem de preço público, como se observa dos judiciosos argumentos contidos no voto do Relator, *verbis*:

De acordo com o artigo 77 do Código Tributário Nacional, "as taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição."

Os preços públicos, por sua vez, são valores cobrados por entes privados que, em razão de delegação, prestam serviço público diretamente aos cidadãos, como ocorre com as concessionárias e permissionárias de serviço público.

Nos dois casos, o pagamento é devido em caso de utilização de um serviço público pelo cidadão e, no caso da taxa, também o é na hipótese de colocação desse serviço à disposição do contribuinte.

Ocorre que, caso se entenda que a cobrança em questão se enquadra na categoria de taxa, a competência legislativa é concorrente, nos termos do artigo 24 da Constituição Estadual³. Considerando-se que aquele que tem poder de tributar tem, também, poder de isentar, não se verificaria, no caso, inconstitucionalidade material na legislação em questão.

De outro lado, se se considerar que o valor cobrado quando da inscrição no concurso público tem natureza de preço público, caberá ao Chefe do Executivo fixá-lo, conforme disciplina o parágrafo único do artigo 159 da Constituição Estadual⁴. Nesse caso, será patente a inconstitucionalidade por usurpação de competência pelo Poder Legislativo, em ofensa ao princípio da separação dos poderes e aos artigos 5º, 47, inciso XIV, 159, parágrafo único, e 144 da Constituição Bandeirante.

Contudo, entendo que a cobrança em questão não é propriamente nem taxa de serviço nem preço público.

Não é preço público porque não há prestação de serviço pelo organizador do concurso público que pode ser entidade pública ou privada, diretamente ao candidato. Ademais, inexistente, no caso, facultatividade quanto à utilização do serviço prestado pela instituição organizadora do certame, pois, se o interessado não se inscrever, não poderá concorrer ao cargo almejado. Trata-se de serviço exclusivo e obrigatório prestado aos candidatos. Para o indivíduo que deseja ocupar cargo público de provimento efetivo, a não inscrição não é, de fato, uma opção. De outro lado, não se trata de taxa, pois não há remuneração de serviço público prestado diretamente pelo ente público contratante ao candidato. O fato de a lei vergastada ter denominado como taxa a cobrança ora em análise em nada altera esse entendimento. Ressalte-se que a natureza jurídica específica de um tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevante para tanto "a denominação e demais características formais adotadas pela lei" (artigo 4º, inciso I, do Código Tributário Nacional).

Assim, em não se tratando de espécie tributária, ausente à obrigatoriedade de recolhimento exclusivamente em conta pública municipal, ainda mais que a sua destinação é para quitação dos dispêndios que a empresa organizadora possui na realização do concurso, como informam os precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO PÚBLICO. NULIDADES. INEXISTÊNCIA. EXCLUSÃO DE SERVENTIAS. VEDAÇÃO À ACUMULAÇÃO. [...] 3. Cobrança de taxa de inscrição não caracteriza exação ilegal, uma vez que os concursandos não são contribuintes nem a taxa de inscrição confunde-se com tributo, destinando-se esta apenas a custear os dispêndios da entidade responsável pela organização do concurso. [...] (STJ, RMS 13.858/MG, 6ª Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, j. 21/08/2003, DJ 22/09/2003, p. 385.)

OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME. [...] 2. Não é omissa a decisão que está fundamentada no sentido de que a taxa de inscrição paga em favor da FUMARC destina-se tão-somente a custear os gastos da entidade, [...] (STJ, EDcl no RMS 14.146/MG, 6ª Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, julgado em 15/04/2003, DJ 19/05/2003, p. 255.)

Outrossim, o só recolhimento das taxas em favor de entidade privada não se traduz, contrário do que entendeu o Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, automaticamente em lesão ao erário, sobejando no corpo da decisão emanada da Corte de Contas tal demonstração capaz de arrimar a conclusão alcançada, ainda mais que como frisado pelo Município Autor, inócua qualquer despesa para a municipalidade, o que vem a somar pelo teor exacerbado da cautelar concedida pelo TCE/MA:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REALIZAÇÃO DE CONCURSO. LICITAÇÃO NA MODALIDADE CARTA-CONVITE, DO TIPO MELHOR PREÇO. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA. 1- Não houve prejuízo financeiro algum ao Poder Público Municipal, porquanto não existe qualquer despesa para a municipalidade. Na verdade, é prática reiterada, em determinadas instituições desta natureza, que o produto arrecadado com as inscrições seja destinado, exclusivamente, para a responsável pela condução e elaboração do certame, sem que reste configurada qualquer irregularidade. 2- No caso dos autos, a atividade intelectual não é o serviço predominante, já que a realização de um concurso público exige capacidade logística e de gerenciamento para a distribuição dos candidatos, de modo que o aspecto intelectual não se sobrepõe a ponto de exigir que seja adotado o tipo de licitação técnica e preço, de modo que a estipulação do critério de avaliação exclusivamente no preço do serviço não macula o procedimento licitatório. 3- No que concerne às qualificações da empresa contratada, nota-se que a mesma tem como atividade precípua a realização de concursos públicos, suficiente a demonstrar sua aptidão de gerir, com êxito, a atribuição de realizar o certame. Ainda, é indiscutível que existe relação entre o serviço contratado pela Prefeitura de Flexeiras e a finalidade da atividade desenvolvida pela recorrente. 4- De todas as irregularidades apontadas, o que se percebe é a busca de tumultuar a realização do certame, já que não houve a demonstração de qualquer fato concreto minimamente robusto para comprometer a lisura do concurso. 5- Recurso, por unanimidade, conhecido e, por maioria, provido. (TJ-AL - APL: 00001053020118020011 AL 0000105-30.2011.8.02.0011, Relator: Des. James Magalhães de Medeiros, Data de Julgamento: 19/08/2013, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 21/08/2013)

Esses aspectos demonstram, em meu entender numa análise perfunctória do tema próprio deste momento processual, a existência de plausibilidade jurídica na arguição do Município de Caxias/MA, sendo que, o perigo de dano se caracteriza, justamente, pelo óbice criado para a realização das provas do concurso com data próxima, o que se traduz em prejuízo direto aos candidatos que participarão do certame e ao próprio município, pela possibilidade de ter que realizar novos atos preparatórios de licitação que, naturalmente, se revestirão de novos custos. Por isso, entendo também pela presença do *periculum in mora* a albergar a pretensão municipal nesta sede de cognição não exauriente.

Por fim, entendo que impedir a realização das provas do concurso público, designadas para ocorrer nos próximos dias 20 e 27 de maio do corrente ano, além de extremamente temerário, causaria evidentes e

graves prejuízos à municipalidade e aos cidadãos que irão participar do certame, afrontando o princípio da razoabilidade, ou seja, uma diretriz de senso comum, ou mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao Direito.

Nessa linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que: “O princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. (DI PIETRO, p.80)”.

Face o exposto, com fulcro nos artigos 298 e 300 do CPC, defiro o pedido em caráter liminar, suspendendo os efeitos da decisão cautelar emanada nos autos do processo administrativo nº. 5.274/2018 - TCE/MA, em trâmite no Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, até decisão de mérito da presente demanda, por conseguinte, autorizo à realização dos atos do concurso público, previamente marcados para ocorrer nos dias 20 e 27 de maio do corrente ano.

Determino, outrossim, ao Município Requerente que emende a inicial, fazendo constar a empresa contratada para execução do concurso como litisconsorte passiva necessário, no prazo de 15 (quinze) dias úteis.

Defiro o prazo para juntada do instrumento de poderes ao patrono do Requerente, *ex vi* art. 104, §1º do CPC/2015.

Cite-se o réu para, querendo, contestar a ação, o Estado do Maranhão no prazo de 30 (trinta) dias (artigo 335, III c/c/ art. 183, CPC/2015).

Comunique-se. Cumpra-se. Publique-se.

Caxias (MA), data do sistema.