

Processo SGP-e nº: DPE 00001064/2024

Interessada: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

Assunto: IV Concurso Público – ingresso na carreira de Defensor Público Substituto

DECISÃO GAB/DPG nº 433/2024

Os autos do presente processo administrativo vieram conclusos para a prolação de decisão meritória sobre os diversos pedidos constantes na impugnação da requerente.

Em 19 de setembro de 2024, por meio da DECISÃO GAB/DPG Nº 323/2024, a Defensoria Pública-Geral decidiu o seguinte:

(...)

Analisa-se requerimento firmado e protocolizado pela defensora pública Ana Carolina Dihl Cavalin e que deflagrou o processo administrativo DPE 00001064/2024.

Tal requerimento menciona os processos administrativos DPE nº 00000147/2024 e DPE nº 00000170/2024 e notícia a possível existência de vícios de ilegalidade, insanáveis no entender da requerente, que teriam eivado de nulidade os atos praticados nas fases preparatória e externa dos processos administrativos destinados à contratação da instituição organizadora da realização do IV Concurso Público para Ingresso na Carreira de Defensor Público Substituto do Estado de Santa Catarina.

Foram apontados os seguintes vícios:

(...)

I. NULIDADE DA PESQUISA DE PREÇOS REALIZADA COM PROJETO BÁSICO ALTERADO SEM CIÊNCIA, APRECIÇÃO, APROVAÇÃO E ASSINATURA DA COMISSÃO ORGANIZADORA – VIOLAÇÃO AO ART. 9º, INC. II E IX, DA RESOLUÇÃO CSDPESC nº 127/2023 C/C ART. 16, INC. XI E XII DA LCE 575/2012

(...)

II. INOBSERVÂNCIA DO ITEM 6 DO PREJULGADO N. 1213 DO TCE/SC (REFORMADO EM 13/09/2023 NO PROCESSO N. @CON 22/00444650) – VIOLAÇÃO AO ART. 167, INCISOS I E II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, AOS ARTS. 3º, 4º, 6º E 56 DA LEI Nº 4.320/64 E ART. 11, PARÁGRAFO ÚNICO, E 18, DA LEI Nº 14.133/21 – ABERTURA DE PROCEDIMENTO E CONTRATAÇÃO SEM RESPALDO NA LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL (LEI Nº 18.836/2024) - PRECEDENTES DE RESPONSABILIZAÇÃO PELO TCE/SC (@REP 18/00657770 E REP-13/00617516)

(...)

III. INOBSERVÂNCIA DOS ITENS 1 E 2 DO PREJULGADO N. 1213 DO TCE/SC (REFORMADO EM 13/09/2023 NO PROCESSO N. @CON 22/00444650) – INOBSERVÂNCIA DO ART. 18, IV, DA LEI Nº 14.133/2021 – INOBSERVÂNCIA DO ART. 4º, II, DA RESOLUÇÃO CSDPESC nº 130/2024 (QUE EXIGE O ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR DESCRITO NO ART. 18, §§ 1º E 2º, DA LEI Nº 14.133/2021) - INSTITUIÇÕES ORGANIZADORAS RENOMADAS QUE

6/65

DEIXARAM DE APRESENTAR PROPOSTAS POR INADEQUAÇÃO DO PROJETO, DADO O ELEVADO CUSTO DA REMUNERAÇÃO DE EXAMINADORES E MEMBROS DA COMISSÃO - INDÍCIOS DE INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA DA FUNDATEC (ART. 34 DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME 73, DE 30/09/2022) - RECENTE ANULAÇÃO DE OUTRO CONCURSO PARA A CARREIRA DE DEFENSOR PÚBLICO POR FALHAS GRAVES E INSANÁVEIS NA SUA EXECUÇÃO PELA FUNDATEC

(...)

IV. INCLUSÃO NO ITEM 9.11 DO PROJETO BÁSICO DE REMUNERAÇÃO DA COMISSÃO ORGANIZADORA PELO SERVIÇO DE “ORGANIZAÇÃO DO CERTAME” – COMISSÃO ORGANIZADORA QUE É AUTORA DO PROJETO BÁSICO - VIOLAÇÃO DO ART. 14, INC. I, DA LEI Nº 14.133/21 E ART. 5º, II, DA LEI Nº 12.813/13 – COMISSÃO ORGANIZADORA COMO ÓRGÃO COM ATRIBUIÇÃO INSTITUCIONAL DE PLANEJAR A CONTRATAÇÃO

(...)

V. TERMO ADITIVO CELEBRADO SEM OBSERVAR RECOMENDAÇÃO CONSTANTE NO PARECER Nº 21/2024 DA DIRETORIA DE CONTROLE INTERNO

(...)

VI. ANULAÇÃO DA DECISÃO DA COMISSÃO ORGANIZADORA, CONSIGNADA NA ATA DA 4ª REUNIÃO, QUE INDICOU EXAMINADORES IGNORANDO OS CRITÉRIOS ENUNCIADOS NO EDITAL Nº 01/2024 – EXAMINADORES REMUNERADOS COM RECURSOS PÚBLICOS – SELEÇÃO QUE DEVE SE MOTIVAR PELOS CRITÉRIOS OBJETIVOS ENUNCIADOS NO EDITAL E PELO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

(...)

O pedido se fez acompanhar de diversos documentos extraídos dos processos administrativos que embasam a pretensão.

Ao final, a defensora pública requereu o seguinte:

(...)

Ante o exposto, nos termos do art. 147 da Lei 14.133/21 c/c arts. 74 a 76 do Regimento Interno da Defensoria Pública (Resolução CSDPESC nº 95/2018) c/c Súmula 473/STF (princípio da autotutela administrativa), a signatária submete as ilegalidades expostas nos tópicos acima à apreciação de Vossa Excelência, para que, entendendo pertinentes e relevantes, adote as providências que entender cabíveis, inclusive de forma cautelar (suspensão da execução do contrato), com vistas a resguardar o interesse público e restaurar a legalidade.

(...)

Pois bem.

Esquadrinha-se primeiramente os itens I a V do requerimento, pois da alçada direta do signatário na qualidade de Defensor Público-Geral e, portanto, ordenador primário da Instituição.

A análise do pedido anteriormente colacionado e de ambos os processos administrativo por ele citados, especificamente dos itens I a V, demonstra que as possíveis irregularidades reclamam uma acurada e urgente apuração.

Não se pode deixar de anotar, contudo, que as decisões tomadas pela Administração Pública gozam da presunção de legalidade, legitimidade e veracidade, ou seja, são presumidamente verdadeiras no que toca à parte fática e adequadas no que se refere à realidade.

É bem por isso que todo aquele que se propõe a infirmar algum ato administrativo deve, para além da postulação de tal infirmação, produzir prova sobre o alegado, pena de perpetuação das presunções que guarnecem as condutas administrativas.

Lado outro, a Administração Pública atua de acordo com o princípio da autotutela, possuindo o poder de rever os seus próprios atos, tanto por meio da anulação, quando ilegais, quanto por intermédio da revogação, quando inconvenientes ou inoportunos.

No caso em apreço e como já dito, entende-se que as questões apresentadas devem ser devidamente analisadas.

Não obstante, é inegável que inexistente tempo hábil para isso neste momento.

Assim, dois caminhos são possíveis. O primeiro deles é no sentido de indeferir o pedido de suspensão da execução do contrato ou de adoção de outras medidas impeditivas da abertura das inscrições do concurso público. O outro, deferir o pleito e suspender o andamento do certame.

In casu, tem-se que os elementos necessários ao acolhimento do pedido cautelar de suspensão do concurso estão presentes.

O *fumus boni iuris* consiste na plausibilidade das alegações tecidas pela parte postulante, que narrou, de forma detalhada, diversos vícios que teriam ocorrido ao longo dos procedimentos atrelados ao certame, apontando quando e onde cada um deles foi em tese praticado.

Por sua vez, o *periculum in mora* reside no fato de as inscrições serem efetuadas a partir do dia 24 de setembro de 2024, ou seja, já na próxima terça-feira, podendo-se e devendo-se evitar os enormes prejuízos que podem advir para a Defensoria Pública, os candidatos e a parte contratada.

Diante disso, entendo que a urgente situação que me foi apresentada reclama medida adequada e proporcional ao resguardo do interesse público e, ainda, capaz de evitar os prejuízos decorrentes de eventual acolhimento dos pedidos vertidos no requerimento, razão pela qual determinarei a suspensão cautelar da execução do contrato com a Fundação Universidade Empresa de Tecnologia e Ciências - FUNDATEC.

Em seguida e no bojo do processo administrativo, os interessados poderão exarar suas respectivas manifestações.

Sendo o caso, a suspensão poderá ser levantada, eventuais vícios sanáveis corrigidos e a execução da avença prosseguir, mas o contrário não é possível, ao menos sem prejuízos.

Quanto ao item VI do requerimento, entendo que a situação é completamente diversa.

A requerente pretende a anulação da decisão da Comissão Organizadora, assim ementando suas razões:

(...)

VI. ANULAÇÃO DA DECISÃO DA COMISSÃO ORGANIZADORA, CONSIGNADA NA ATA DA 4ª REUNIÃO, QUE INDICOU EXAMINADORES IGNORANDO OS CRITÉRIOS ENUNCIADOS NO EDITAL Nº 01/2024 – EXAMINADORES REMUNERADOS COM RECURSOS PÚBLICOS – SELEÇÃO QUE DEVE SE MOTIVAR PELOS CRITÉRIOS OBJETIVOS ENUNCIADOS NO EDITAL E PELO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

(...)

Passa-se à análise deste último item.

Como se sabe, o exercício da autotutela administrativa no caso de anulação ou revogação de atos administrativos com efeitos concretos favoráveis aos respectivos destinatários exige a disponibilização de oportunidade de manifestação, em homenagem ao contraditório.

Essa é a regra que deve ser seguida, podendo obviamente ser postergada em casos específicos, notadamente em situações urgentes e com a presença da plausibilidade do que se alega e do perigo da demora decorrente da ausência da decisão.

Não é o caso.

Sem embargo da presença da plausibilidade do que foi alegado, fato é que inexistente qualquer prejuízo atrelado à postergação da análise do pedido da requerente, pois a Banca Examinadora das Etapas Discursiva e Oral só será acionada no ano de 2024, segundo o cronograma do certame, de modo que o assunto pode ser examinado mais à frente.

Por tais motivos, este pleito deverá ser submetido ao rito ordinário, com o exercício do contraditório por todos os interessados e, então, voltar para a respectiva decisão.

Assim sendo, consigno que postergarei a análise do pedido de anulação da decisão da comissão organizadora para depois das manifestações dos respectivos interessados.

Ante o exposto, com fulcro no art. 37, caput, da CRFB c/c art. 10 da LCE 575/12 c/c art. 74 do R.I. da DPE/SC c/c Súmula 473 do STF, e forte no princípio da autotutela administrativa:

a) ACOELHO parcialmente as razões externadas pela parte requerente e SUSPENDO a execução do Contrato DPE nº 45/2024, devendo a Fundação Universidade Empresa de Tecnologia e Ciências – FUNDATEC abster-se de praticar qualquer ato referente ao prosseguimento do certame, bem como dar publicidade à presente decisão nos mesmos moldes e locais da publicação do edital de abertura das inscrições;

b) DETERMINO a intimação de todos os integrantes originários da Comissão Organizadora para que, querendo, exararem manifestação no prazo de 5 (cinco) dias úteis e, ainda, o agendamento de reunião com os atuais membros para alguma data da próxima semana; e

c) REMETO aos autos à Assessoria Jurídica - ASSEJUR para que, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, elabore parecer jurídico acerca do pedido da parte requerente.

Cientifique-se da maneira mais expedita, com as devidas respectivas certificações.

Escoados os prazos, voltem conclusos para deliberação.

Publique-se.

Cumpra-se.

(...)

Aportaram aos autos manifestações dos membros da Comissão Organizadora e da FUNDATEC e, além disso, tanto Assessoria Jurídica e Legislativa – ASSEJUR quanto a Diretoria de Controle Interno exararam seus respectivos pareceres.

Ou seja, o feito está devidamente instruído e a autoridade administrativa pode e deve proferir a respectiva decisão.

A requerimento apontou a possível existência de vícios de ilegalidade e que teriam eivado de nulidade os atos praticados nas fases preparatória e externa dos processos administrativos destinados à contratação da instituição organizadora da realização do IV Concurso Público para Ingresso na Carreira de Defensor Público Substituto do Estado de Santa Catarina.

Para uma melhor compreensão dos assuntos, a decisão analisará de forma individualizada cada um dos seis itens constantes no requerimento ensejador da impugnação, de modo a permitir o posterior escrutínio por parte dos respectivos interessados.

Dito isso, passa-se à decisão propriamente dita.

Consigna-se, por oportuno e necessário, que a decisão abaixo vertida enfrentará todos os itens à luz do interesse público e levará em conta, sem prejuízo das demais disposições constitucionais e legais pertinentes, os dispositivos abaixo listados.

Ei-los.

(...)

LINDB

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (Regulamento)

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

(...)

Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III - motivação social e ambiental do contrato;

- IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;
- V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;
- VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;
- VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;
- VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;
- IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;
- X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;
- XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 147 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.

§ 1º Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

§ 2º Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez.

(...)

Como se sabe, as decisões administrativas devem ser devidamente motivadas.

Mais não é só.

Atualmente, em razão das modificações legislativas que geraram os dispositivos legais anteriormente colacionados, o conteúdo da motivação deverá demonstrar, de forma precisa, que a decisão tomada pela autoridade administrativamente competente é a mais adequada ao caso concreto, justificando-a e, sendo possível, explicando as razões pelas quais a adoção de outros caminhos não se mostra a melhor escolha para o momento.

E assim o é porque o norte do administrador sempre deve ser a preservação do interesse público.

Para tanto, o prolator do *decisum* pode se socorrer de argumentação própria ou aproveitar alegações das partes ou de outros atores processuais, socorrendo-se, caso queira, da motivação *per relationem*.

Para se chegar à conclusão acerca da necessidade de convalidar ou anular algum ato administrativo, deve-se sempre levar em conta a proporcionalidade, a razoabilidade, a gravidade do vício apontado, a necessidade de preservação da avença, a possibilidade de asseguração da execução contratual, a presença/ausência de má-fé, etc, tudo, como já dito, à luz do interesse público.

Giza-se, por relevante, que os trechos das manifestações das partes serão colacionados sem a formatação original, sendo que todas podem ser completamente analisadas, inclusive com os respectivos anexos, no bojo do processo administrativo, que tramita sob o signo da publicidade.

Consignadas tais premissas, analisa-se o primeiro item do requerimento ensejador do processo administrativo.

E o primeiro ponto a ser enfrentado foi assim ementado pela parte requerente:

(...)

I. NULIDADE DA PESQUISA DE PREÇOS REALIZADA COM PROJETO BÁSICO ALTERADO SEM CIÊNCIA, APRECIACÃO, APROVAÇÃO E ASSINATURA DA COMISSÃO ORGANIZADORA – VIOLAÇÃO AO ART. 9º, INC. II E IX, DA RESOLUÇÃO CSDPESC nº 127/2023 C/C ART. 16, INC. XI E XII DA LCE 575/2012

(...)

Para fundamentar a impugnação acima colacionada, aduziu o que segue abaixo transcrito:

(...)

Nos termos do art. 16, incisos XI e XII, da Lei Complementar nº 575/2012, compete ao Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina (CSDPESC) “deliberar sobre a organização de concurso para ingresso na carreira”, “designar os representantes da Defensoria Pública que integrarão a Comissão de Concurso”(Comissão Organizadora) e “organizar os concursos para provimento dos cargos da carreira de Defensor Público e editar os respectivos regulamentos”.

No exercício desta competência, o CSDPESC aprovou a Resolução CSDPESC nº 127/2023, que instituiu o Regulamento do IV Concurso Público para Ingresso na Carreira de Defensor Público Substituto do Estado de Santa Catarina.

Nos termos do art. 9º, Incisos II e IX, da Resolução CSDPESC nº 127/2023, compete à Comissão Organizadora designada pelo CSDPESC definir a formatação do concurso, bem como apreciar todas as questões a ele inerentes, dentre elas, evidentemente, o PROJETO BÁSICO respectivo, no qual são definidas a execução das etapas e das provas, do cronograma, delineados os mecanismos de segurança, definidos os locais, horários e dias

da semana para aplicação das provas, a forma de interposição dos recursos administrativos, entre outras.

No caso em exame, para documentar as atividades e as decisões da Comissão Organizadora, órgão de natureza institucional e de caráter provisório, em 06/02/2024 foi instaurado o processo DPE nº 147/2024.

A Comissão Organizadora foi designada pelo CSDPESC através da Manifestação CSDPESC nº 237/2023, publicada no DOE-DPESC n. 0195 de 12/12/2023, juntado nas fls. 4 do processo supra.

Nos termos do art. 6º da Resolução CSDPESC nº 127/2023, a Comissão Organizadora do IV Concurso Público é presidida pelo(a) Defensor(a) Público(a)-Geral(membro nato)e também composta por 3(três)Defensores(as) Públicos(as) do escolhidos(as) pelo Conselho Superior e 1(um)representante da OAB, indicado(a) pelo Conselho Seccional de Santa Catarina. O mesmo dispositivo prevê 2 suplentes, sendo um(a) deles(as) Defensor(a) Público(a) do Estado e o(a) outro(a) da OAB.

Em suma, são cinco membro(a)s titulares que compõem a Comissão Organizadora. No caso em exame, conforme a já citada MANIFESTAÇÃO CSDPESC nº 237/2023, o CSDPESC designou, como membros titulares, além do Defensor Público-Geral, RENAN SOARES DE SOUZA, a Subdefensora Pública-Geral, DAYANA LUZ, a defensora pública LUDMILA GRADICI CARVALHO DRUMOND, a defensora pública FERNANDA APARECIDA ROCHA SILVA DE MENEZES e, como representante da OAB, a advogada DANIELLE MASNIK.

Nos termos do art. 8º da Resolução CSDPESC nº 127/2023, a Comissão Organizadora do Concurso reúne-se com a presença da maioria absoluta de seus(suas) membros(as) e suas deliberações serão tomadas pelo voto da maioria dos(as) presentes(as), tendo, o(a) Presidente(a), voto de membro(a) e de qualidade.

Pois bem, analisando o processo DPE nº 147/2024, verifica-se que no dia 08/02/2024, os cinco membros se reuniram, por videoconferência, ocasião em que deliberaram e aprovaram a Minuta do PROJETO BÁSICO, conforme se extrai da ATA da 1ª REUNIÃO (anexa), por todos assinadas e juntada na fl. 44, abaixo copiada: (*cópia da Ata)

Importante destacar que, apesar da reunião ter ocorrido no dia 08/02/2024, apenas no dia 17/06/2024 que a ATA da 1ª REUNIÃO foi juntada no processo DPE nº 147/2024, conforme se observa do extrato abaixo copiado. (*tela do SGPE)

No dia 16/02/2024, o PROJETO BÁSICO aprovado em 08/02/2024 pela Comissão Organizadora, foi juntado do processo DPE nº 170/2024 (fl.s 24/48), o qual trata do procedimento de contratação direta da instituição organizadora: (*tela SGPE)

Este PROJETO BÁSICO de fl.s 24/48, único que foi apreciado e aprovado pela Comissão Organizadora em 08/02/2024 - assim como os projetos básicos aprovados nos II e III Concursos Públicos (em anexo) -, estabelecia dentre os REQUISITOS MÍNIMOS da CONTRATADA que esta comprovasse “que organizou, nos últimos 06(seis) anos, ao menos 03 (três) Concursos Públicos para ingresso na carreira de membros da Defensoria Pública Estadual ou Federal, do Ministério Público Estadual ou Federal e/ou do Tribunal de Justiça Estadual ou Federal” (alínea d.1 do item 6.1.1).

Também neste novo PROJETO BÁSICO que aprovou, a Comissão Organizadora do IV Concurso, não só elevou os percentuais e a base remuneratória dos examinadores, mas também inovou criando novo custo contratual, ao prever que os membros da Comissão Organizadora - que elaboram o projeto básico -, também seriam remunerados por “organizar o certame”. Veja o quadro comparativo dos 3 projetos: (*Quadro comparativo dos 3 projetos).

Aliás, esta novidade de remunerar membros da Comissão Organizadora em razão da designação que receberam do Conselho Superior para organizar o certame (não prevista nos projetos básicos dos concursos de 2017 e 2021) será objeto de impugnação no tópico IV, pois viola dispositivo da nova Lei de Licitações, no ponto em que veda os autores do

projeto básico de participar, direta ou indiretamente, da execução do contrato (art. 14, inciso I), sem dizer da violação ao princípio da moralidade e do patente conflito de interesses (art. 5º, II, da Lei nº 12.813/13).

De todo modo, a exponencial elevação do custo do certame em benefício (exagerado) dos examinadores e (ilegal) dos membros da Comissão Organizadora, inviabilizou que instituições de excelência e experientes na realização de concursos públicos para carreiras jurídicas (de alta complexidade), tal como FCC (Fundação Carlos Chagas) e FGV (Fundação Getúlio Vargas), apresentassem propostas (conforme será aduzido no tópico III), assim como fez com que a CEBRASPE apresentasse proposta na qual a DEFENSORIA PÚBLICA não receberia nenhum recurso das inscrições.

Diante da falta das propostas da FCC e da FGV, e da informação dada pela FUNDATEC e pela CONSUPPLAN (fls. 261 e 267) que elas não atendiam ao requisito mínimo previsto na alínea d.1 do item 6.1.1 (“que organizou, nos últimos 06(seis) anos, ao menos 03 (três) Concursos Públicos para ingresso na carreira de membros da Defensoria Pública Estadual ou Federal, do Ministério Público Estadual ou Federal e/ou do Tribunal de Justiça Estadual ou Federal”), a Chefe de Gabinete da Defensoria Pública-Geral à época sugeriu o seguinte para o Defensor Público-Geral à época, através do Memorando GAB/DPG nº 02/2024 (fls. 271): (*cópia do Memorando GAB/DPG nº 02/2024 (fls. 271)

Na sequência, o Defensor Público-Geral à época, através do DESPACHO DPG 102-2024 (assinado em 19/04/2024), acolheu as sugestões, “a fim de se proceder as alterações necessárias ao avanço do objeto, com posterior reenvio a entidades organizadoras” (fls. 362).

Ocorre que as duas alterações efetuadas (para suprimir a alínea “d.1” do item 6.1.1 e para reduzir percentuais de remuneração dos examinadores e membros da Comissão de 20% para 15% – itens 9.10 e 9.11) foram realizadas sem que os demais membros da Comissão Organizadora tivessem ciência, pior, sem que a sugestão fosse submetida à apreciação e à aprovação deste órgão colegiado designado pelo CSDPESC.

Frisa-se, novamente, que é a Comissão Organizadora que tem a competência de apreciar todas as questões afetas a realização do certame, inclusive os requisitos mínimos da contratada, além das outras definições do concurso contidas no PROJETO BÁSICO.

Com efeito, em 22/04/2024, aporta no processo DPE 170/2024, um novo PROJETO BÁSICO, às fls. 363/387, com as tais alterações acima sugeridas, o qual foi assinado em 26/06/2024 SOMENTE pelo Defensor Público-Geral à época.

Ocorre que este novo PROJETO BÁSICO, como dito, não foi submetido à apreciação e aprovação dos demais membros da Comissão Organizadora.

Neste ponto, importante rememorar que o primeiro PROJETO BÁSICO foi aprovado pela Comissão Organizadora em 08/02/2024, constante nas fls. 24/48 do processo DPE 170/2024, e ele previa o requisito mínimo suprimido. Mas “curiosamente” este PROJETO BÁSICO aprovado pela Comissão não foi juntado no processo DPE 147/2024, mas apenas naquele processo de contratação direta.

Pior, no processo DPE 147/2024, em 17/06/2024, foi apenas juntado o novo PROJETO BÁSICO, em folhas que antecedem à ATA da 1ª REUNIÃO, ocorrida em 08/02/2024, esta que também só foi juntada na mesma data de 17/06/2024 (conforme o print da tela constante na pág. 4 supra).

Abaixo copia-se o print da tela que mostra a data da juntada do PROJETO BÁSICO alterado e não apreciado pela Comissão Organizadora. (*tela – movimentação Processo DPE nº 147/2024)

Em suma, o PROJETO BÁSICO de fls. 363/386 do processo DPE nº 170/2024, que no timbre enuncia ter sido elaborado pela Comissão Organizadora, foi alterado à revelia de seus demais integrantes, bem como assinado apenas pelo Defensor Público-Geral em 26/06/2024.

E foi com base neste novo PROJETO BÁSICO de fl.s 363/386, apreciado e assinado unicamente pelo Defensor Público-Geral à época, que foi realizada nova pesquisa de mercado que, posteriormente, resultou na contratação da FUNDATEC.

Por tais fundamentos, nos termos do art. 147 da Lei 14.133/21c/c arts. 74 a 76 do Regimento Interno da Defensoria Pública (Resolução CSDPESC nº 95/2018) c/c Súmula 473/STF (princípio da autotutela administrativa) deve ser declarada a NULIDADE da contratação da FUNDATEC, desde a fase preparatória, eis que baseada em PROJETO BÁSICO que não foi apreciado pela Comissão Organizadora, subtraindo desta a competência prevista art. 9º, Incisos II e IX, da Resolução CSDPESC nº 127/2023, c/c art. 16, incisos XI e XII, da Lei Complementar nº 575/2012.

(...)

Cientificada, a FUNDATEC optou por não se manifestar a respeito deste primeiro item.

A Comissão Organizadora, por sua vez, apresentou a seguinte argumentação:

(...)

DA LEGALIDADE DOS ATOS E DECISÕES EM RELAÇÃO AO PROJETO BÁSICO E À CONTRATAÇÃO DA ENTIDADE. COMPETÊNCIAS NORMATIVAS E ADMINISTRATIVAS DEVIDAMENTE REALIZADAS COM PRESERVAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.

O requerimento de anulação aventa que o processo de contratação seria eivado de vício insanável pelo fato de o projeto básico, aprovado pela Comissão Organizadora, ter sido alterado para suprimir o item 6.1.1. –d.1 e adequar os valores dispostos nos itens 9.9 a 9.12 por ato unilateral do Defensor Público-Geral, enquanto, ao ver da requerente, referida alteração somente poderia ocorrer mediante aprovação da Comissão Organizadora.

Inicialmente, verifica-se que que a leitura da Resolução CSDPESC n. 127/2024, mais precisamente do art. 9º, não permite que se obtenha tal conclusão, já que em nenhum dos incisos do referido dispositivo se infere a competência legal para a Comissão Organizadora aprovar o projeto básico, de modo que tal situação é uma praxe administrativa e apresentada como pressuposto das atividades da comissão pela autoridade competente quando da deflagração das atividades pertinentes à organização do concurso público que competem à Comissão e que são parte integrantes do próprio projeto.

O inciso II mencionado pela requerente trata de providência estranha ao projeto básico, a qual, inclusive, foi objeto de deliberação da Comissão, observado o disposto no regulamento. Já o inciso IX prevê que a comissão deve apreciar e decidir outras questões inerentes ao concurso. Contudo, o projeto básico é instrumento instrutório da fase interna do processo de contratação direta, conforme previsto no art. 6º, XXV, c/c art. 72, I, da Lei n. 14.133/2021, não se tratando de um ato “inerente ao concurso”.

Art. 6º.

(...)

XXV -projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação

do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

(...)

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

Por outro lado, conforme escólio doutrinário abaixo, a aprovação final do projeto básico cabe à autoridade competente para firmar o futuro contrato ou por aquela que aja sob sua delegação, que evidentemente, não se trata da comissão de concurso:

Não basta a elaboração do projeto básico. É necessária a sua aprovação, por ato formal e motivado da autoridade competente, a qual deverá avalia-lo e verificar sua adequação às exigências legais e aos interesses supra individuais. A autoridade, ao aprovar o projeto, responsabiliza-se pelo juízo de legalidade e de conveniência adotado. Será competente para aprovar o projeto básico a autoridade competente para determinar a contratação da obra ou do serviço a que tal projeto se refere. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.p. 153.)

A autoridade competente é a responsável pela licitação pública e pela celebração do futuro contrato, conduzindo diretamente a fase interna, decidindo os pedidos de impugnação ao edital, os recursos contra atos da comissão de licitação ou do pregoeiro, bem como sobre a homologação final do processo. A autoridade competente costuma ser o agente que reúne competência para assinar o contrato, isto é, representar a entidade administrativa perante terceiros. (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013).

O projeto básico, portanto, trata-se de documento instrutório do processo de contratação direta (art. 72, I, da Lei n. 14.133/2021), de modo que sua aprovação definitiva é de competência da autoridade responsável pela contratação em si, mostrando-se absolutamente insubsistente o argumento de uma nulidade total da relação jurídica decorrente de alteração pontual relativa a questões que visaram a ampliação da competitividade e a execução do objeto, procedida pela autoridade administrativa competente enquanto Presidente da Comissão e sem qualquer alteração substancial com os regramentos do concurso público propriamente dito, a qual, ademais, foi ratificada em deliberação posterior e quando da sugestão de contratação da entidade por manifestação formal e regular dos integrantes da Comissão.

Não fosse isso, nota-se que a Comissão Organizadora, na Manifestação 01/2024 –fls. 877-880 dos autos DPE 170/2024 –fundou-se no projeto básico já justificadamente alterado e conhecido para subsidiar a escolha da entidade organizadora:

1. RELATÓRIO

Sem prejuízo à futura análise jurídica do procedimento e a efetiva ratificação de responsabilidade da Subdefensora Pública-Geral, por delegação, cumpre observar que o projeto básico objeto do processo em epígrafe estabelece como pressuposto a dispensa de licitação com base no art. 75, XV, da Lei 14.133/21, para a contratação de instituição brasileira, sem fins lucrativos, incumbida estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional e dotada de inquestionável reputação ético-profissional, para a realização do IV Concurso Público para ingresso na carreira de Defensor Público Substituto do Estado de Santa Catarina. Com efeito, a escolha do fornecedor nesta hipótese legal não se determina pelo menor preço, não obstante a necessidade de se proceder a

justificativa do preço, ou seja, a demonstração de que proposta apresenta preço compatível com os praticados no mercado. Também se faz necessária a explicitação das razões técnicas da escolha deste fornecedor. Para colher elementos aptos a justificar o preço da instituição que viesse a ser contratada, a Comissão Organizadora do IV Concurso elaborou o projeto básico com informações detalhadas sobre o objeto, a especificação dos serviços a serem contratados, as características do concurso, a forma de contratação, os requisitos mínimos da contratada, as obrigações das partes e o pagamento, incluindo o valor da inscrição (fl. 363/387). Aprovado o projeto básico na 1ª Reunião da Comissão do IV Concurso, o Presidente da Comissão determinou a Diretoria Geral-Administrativa –DIAD, e a Gerência de Compras e Contratos -GECON que promovessem pesquisa de mercado, enviando o referido projeto básico e a Resolução CSDPESC nº 127/2023 (regulamento do concurso) e demais normativas correlatas para instituições especializadas em processos seletivos. Segundo informa o Memorando GECON 048/2024 (fl. 783), após adaptações pontuais no projeto básico, sete instituições receberam o projeto básico sendo que três enviaram proposta, três declinaram e uma não encaminhou a proposta mesmo se manifestando pelo interesse. O quadro seguir resume a pesquisa de preço:

(...)

Nota-se, portanto, que a Comissão Organizadora expressamente avaliou as alterações do projeto básico em sua análise, utilizando-o como fundamento para julgar as propostas apresentadas e mencionando-o expressamente, acarretando, por corolário lógico, em sua ratificação e aprovação de alteração pontual, que em nada vicia o processo, devendo-se consignar que a alteração, inclusive, teve como objetivo aumentar a concorrência dentre entidades interessadas na execução do certame, tendo-se, ademais, sido ratificada nas decisões de competência regulamentar da comissão e de seus integrantes.

Outrossim, inexistente qualquer mácula que possa gerar a nulidade da contratação, ressaltando que a anulação de atos administrativos se mostra como medida extrema, cabendo à autoridade fundamentar expressamente a impossibilidade de saneamento, o que não é o caso, já que sustenta-se vício de competência, convalidado pela própria manifestação da Comissão, ao julgar as propostas e definir pela contratação, bem como os atos posteriores no sentido de prosseguimento das etapas internas e externa do IV Concurso Público para ingresso na carreira.

(...)

Instada pelo signatário, a Assessoria Jurídica e Legislativa – ASSEJUR opinou da seguinte maneira:

(...)

1. Alteração do projeto básico sem ciência da Comissão Organizadora;

(...)

A requerente alegou que o projeto básico foi alterado exclusivamente pelo então Defensor Público-Geral, Renan Soares, sem a ciência e aprovação da Comissão Organizadora do Concurso. Por sua vez, a Comissão rebateu afirmando que, além da competência ser do Defensor Público-Geral firmar contrato final na contratação da banca examinadora, as alterações foram avaliadas e ratificadas na ata da 2ª reunião da Comissão, conforme fl. 876 do processo administrativo DPE 170/2024. Neste ponto, a alteração do projeto básico realizada pelo DPG, com posterior ratificação pela Comissão Organizadora, encontra

respaldo na Lei 14.133/21, que confere à autoridade administrativa a competência para alterações contratuais e celebrações, desde que fundamentadas.

Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

Conforme o referido artigo, cabe à autoridade competente (no caso, o DPG) a aprovação e a condução dos atos administrativos necessários para a contratação pública, incluindo a aprovação final do projeto básico. A Comissão Organizadora tem a função de assessorar tecnicamente e garantir a regularidade dos atos relativos ao certame. Entretanto, sua competência é auxiliar, e decisões finais cabem à autoridade administrativa responsável, salvo disposição expressa em norma interna.

Sendo o DPG autoridade máxima da Defensoria Pública, é sua a prerrogativa de aprovar e implementar alterações no projeto básico. A Comissão Organizadora atua como órgão consultivo, e sua assinatura no projeto básico não é condição de validade, salvo previsão normativa específica.

Assim, se a ata da 2ª reunião da Comissão Organizadora registra a apreciação e ratificação das alterações, isso confirma a lisura e a legalidade do processo, pois garante que as alterações foram discutidas em instância técnica e, conseqüentemente, não há prejuízos.

Além do mais, as alterações visaram aprimorar o certame, o que está alinhado com os princípios de planejamento e competitividade da Lei nº 14.133/2021, desde que não tenham violado normas legais ou prejudicado a igualdade entre os candidatos.

Consigna-se, também, que todas as Bancas consultadas para realização do IV Concurso Público para Defensor Público Substituto, depois das modificações realizadas pelo Defensor Público-Geral no Projeto-Edital, ratificadas pela Comissão Organizadora, foram cientificadas acerca das mudanças realizadas, manifestando novamente que não teriam interesse em participar do Edital, salvo a FUNDATEC, razão pela qual inexistia vício a ser sanado (SGPE 170/2024).

Assim, conclui-se que o procedimento foi regular, tendo sido documentado e fundamentado, e que os princípios da legalidade, isonomia e eficiência foram observados.

(...)

Pois bem.

Anoto logo de saída que o arcabouço normativo que cuida dos processos administrativos inerentes às contratações da natureza da que se está a analisar já foi bem delineado pela requerente e pelo demais que se manifestaram nos presentes autos.

Por isso, adentra-se diretamente no âmago das questões a serem solvidas, ou seja, se o projeto básico foi alterado sem ciência, apreciação, aprovação e assinatura da do órgão colegiado competente e, caso isso tenha ocorrido, se acarretou a nulidade da pesquisa de preços.

Analise-se.

A minuta do projeto básico foi aprovada pelos membros da Comissão Organizadora na 1ª reunião, ocorrida em 8.2.24 e, em 16.2.24, o projeto básico decorrente da mencionada aprovação foi juntado ao respectivo processo administrativo.

Em 19.4.2024 a Defensoria Pública-Geral exarou decisão determinando a realização das alterações necessárias ao avanço da contratação, etc, com envio às entidades organizadoras.

As demais movimentações referentes às alterações do projeto básico já foram bem descritas pela requerente.

A questão acerca da necessidade de submissão do projeto básico à Comissão Organizadora é por demais singela, pois ele deveria sim ter sido submetido ao órgão colegiado.

Tanto é assim que a minuta inaugural seguiu tal rito, ainda que a máxima autoridade institucional à época tenha advogado que isso ocorreu por praxe administrativa.

Ora, se a Comissão Organizadora foi chamada para analisar e aprovar a minuta original, também deveria ter sido convocada para avaliar eventuais mudanças posteriores, mas isso não ocorreu.

E tudo isso, diga-se de passagem, sem prejuízo de posterior análise pela Defensoria Pública-Geral, órgão que pode, sendo o caso, declarar a nulidade parcial/total dos procedimentos internos ou da própria contratação, forte na autotutela.

Acontece que em 21.6.24 a Comissão Organizadora foi convocada para tratar do concurso, mais especificamente para analisar as propostas enviadas pelas instituições, optando então pela FUNDATEC.

Ao fazê-lo, teve acesso pleno a todas as informações e alterações produzidas até aquele momento, inexistindo insurgências por parte de seus então integrantes.

É óbvio que o procedimento seguido se mostrou incomum, e que processo administrativo tão importante deveria ter sido tratado de forma mais zelosa pelos respectivos condutores.

Apesar disso, a Comissão Organizadora, órgão competente para tanto – lembrando-se que se está a falar de possível vício de competência –, chancelou as respectivas alterações ao se reunir e deliberar sobre a contratação da FUNDATEC para a realização do concurso público.

Ou seja, o órgão colegiado convalidou o vício que até então inquinava do processo administrativo e aqui escrutinado.

Não fosse isso, salta aos olhos que a opção pela declaração de nulidade referente à alteração do projeto básico traria bem mais prejuízo que benefícios ao interesse público.

Giza-se que a opinião da ASSEJUR, veiculada por meio do PARECER DPE-ASSEJUR nº 238/2024 também está sendo levada em conta para a prolação desta decisão.

Por tais razões, mesmo reconhecendo que o proceder foi por demais atrapalhado, indefiro o pedido de declaração de nulidade, mantendo, neste particular, a validade do projeto básico.

O segundo ponto arguido e que deve ser verificado foi possui a seguinte ementa:

(...)

II. INOBSERVÂNCIA DO ITEM 6 DO PREJULGADO N. 1213 DO TCE/SC (*REFORMADO EM 13/09/2023 NO PROCESSO N. @CON 22/00444650*) – VIOLAÇÃO AO ART. 167, INCISOS I E II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, AOS ARTS. 3º, 4º, 6º E 56 DA LEI Nº 4.320/64 E ART. 11, PARÁGRAFO ÚNICO, E 18, DA LEI Nº 14.133/21 – ABERTURA DE PROCEDIMENTO E CONTRATAÇÃO SEM RESPALDO NA LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL (LEI Nº 18.836/2024) - PRECEDENTES DE RESPONSABILIZAÇÃO PELO TCE/SC (@REP 18/00657770 E REP-13/00617516)

(...)

Além de ementar o tópico, a postulante disse que:

(...)

Pleno do TRIBUNAL DE CONTAS DE SANTA CATARINA, no julgamento do Processo n. @CON 22/004446501, realizado em 13/09/2023, reformou integralmente o PREJULGADO N. 1213, que trata da forma de contratação de entidades para realizar concursos públicos, procedendo a alteração integral do texto, adotando, em substituição, a seguinte redação para o verbete 6:

Prejulgado n. 1213

(...)

6. O valor pago a título de inscrição em concurso público deve ser registrado e recolhido na conta do órgão público, conforme determina o art. 56 da Lei n. 4.320/64.

No respectivo acórdão (em anexo), quanto à fundamentação do verbete 6, o TRIBUNAL PLENO assentou:

Item 6 –O valor pago a título de inscrição em concurso público deve ser registrado e recolhido na conta do órgão público, conforme determina o art. 56 da Lei nº 4.320/64. Durante algum tempo, remanesceram consideráveis embates doutrinários acerca da natureza jurídica das taxas recolhidas por candidatos como requisito para inscrição em concursos públicos. Administrativistas e tributaristas lançavam-se a debater se os valores recolhidos pelos candidatos pertenciam à espécie tributária taxa ou se deveriam ser considerados preços públicos. Embora a discussão teórica pormenorizada não importe à consecução da análise que ora se empreende, impende consignar que se consolidou a compreensão, ao menos no âmbito dos Tribunais brasileiros que integram o Sistema de Controle, que os recursos auferidos com taxas de inscrição em concursos compõem a receita pública e não devem ser operacionalizados diretamente pelas entidades organizadoras dos certames, sob pena de configuração de omissão e renúncia de receita e de violação dos ditames da contabilidade pública. Porque representativo da controvérsia e do entendimento a que chegaram os órgãos de controle externo, reproduz-se, ante o didatismo conferido à fundamentação da decisão, trecho do voto trazido à colação pelo auditor Marcelo de Almeida Sarkis no relatório de instrução, o qual foi proferido pelo Conselheiro Cláudio Couto Terrão, quando do julgamento da Consulta nº 810914, que tramitou perante o Tribunal de Contas de Minas Gerais. Observe-se: (...)

O excerto demonstra que, independentemente da classificação que se pretenda atribuir às taxas de inscrições em concursos públicos, o fato é que os valores amealhados consubstanciam receita pública e integram o patrimônio do órgão arrecadador. Por essa razão, o recolhimento e operacionalização do numerário deve observar o preceito pelo artigo 56 da Lei nº 4.320/64, que impõe que “o recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio da unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais”.

Pois bem, analisando o processo SGPE/DPE nº 170/2024, cujo o objeto é a contratação direta de Instituição Organizadora para a realização do IV Concurso Público para ingresso na Carreira de Defensor Público Substituto do Estado de Santa Catarina, verifica-se que o PROJETO BÁSICO, nos itens 9.5, 9.6 e 9.7, juntado nas fls. 363/387, e a Cláusula Quartado CONTRATO DPE Nº 45/2024, este juntado nas fls. 1015/1019 e assinado pelas partes em 19/07/2024, violaram o artigo 56 da Lei nº 4.320/64 e desrespeitaram o PREJULGADO N. 1213 no ponto em que previam que “a CONTRATADA receberá o valor arrecadado com os pagamentos da taxa de inscrição, retendo o valor do preço devido a título de contraprestação dos serviços contratados e repassando a diferença à Defensoria Pública de Santa Catarina, a qual não arcará com qualquer valor adicional, independentemente do número de inscrições homologadas ou do número de isenções deferidas” e que “A CONTRATADA deverá abrir contabilidade específica para o certame”.

Ou seja, o projeto e o contrato estabeleceram que os recursos auferidos com as taxas de inscrição do concurso público (receita pública) seriam arrecadados e

21/65

operacionalizados diretamente pela FUNDATEC, o que, conforme entendimento consolidado no prejulgado acima, viola o art. 56 da Lei nº 4.320/64.

No dia 09/09/2024, na véspera de assumir a Defensoria Pública-Geral, Vossa Excelência, diante de tal novel entendimento, através do Memorando Transição 2024/2026 nº 29/2024 (juntado nas fls. 1038/1042) notificou a gestão anterior dando ciência da violação ao dito prejulgado, bem como ressaltando que, conforme a jurisprudência do TCE/SC2, a inobservância de seus prejulgados configura erro grosseiro do ordenador primário, inclusive passível de responsabilização com a sanção de multa. Com efeito, Vossa Excelência notificou o gestor anterior e a FUNDATEC para se ABSTER de publicar o edital do referido concurso.

Sobre tal notificação, o Assessor Jurídico e Legislativo, Defensor Público FERNANDO CORREA (após ser escolhido como examinador de Processo Civil, conforme se extrai da ATA da 4ª REUNIÃO da Comissão Organizadora realizada em 19/08/2024, pelo que será remunerado no valor de R\$ 15.026,39 através de pagamento feito por intermédio da CONTRATADA, com os recursos públicos oriundos das inscrições, conforme cláusula 8ª c/c item 9.103 do Projeto Básico Processo DPE nº 147/2024, páginas 4991/2, portanto interessado na manutenção do contrato), em 11/09/2024, emitiu o PARECER DPE-ASSEJUR 176-2024 (fls. 1048/1068), no qual “OPINA pelo saneamento da irregularidade apontada no Memorando Transição 2024/2026 n. 29/2024, mediante a formalização de termo aditivo em que sejam adequadas as cláusulas contratuais ao item 6 do Prejulgado n. 1213 do TCE-SC”.

Após tal parecer ser acolhido pelo Despacho DPG 300-2024 (fls. 1069/1073), assinado em 12/09/2024, pelo Defensor Público-Geral à época, RENAN SOARES DE SOUZA (também membro da Comissão Organizadora responsável pela elaboração do projeto básico, nele inserindo o item 9.114 prevendo que a instituição CONTRATADA remunerará os membros da Comissão, inclusive ele, pela “organização do certame” e exame de títulos, no valor de R\$ 6.010,57), aportou aos autos o Memorando GEFIC nº 206/2024 de fls. 1085.

Neste memorando, a GEFIC alerta sobre a inexistência de dotação orçamentária específica, a impossibilidade da utilização da fonte 1.500.100.000 e a necessidade de criação de fonte orçamentária específica, o que se efetiva através da abertura de crédito orçamentário via Decreto Executivo do Governador do Estado.

Assim, diante da inexistência de previsão orçamentária, foi instaurado o Processo DPE 1040/2024 (em anexo), no qual o Defensor Público-Geral à época requereu ao Poder Executivo a abertura de crédito orçamentário (o que se faz mediante a expedição do decreto executivo do Governador), para o fim de incluir no orçamento anual a receita e a despesa para a contratação da instituição organizadora que realizará o referido concurso público.

Abaixo copia-se o extrato do processo. (* tela do Processo DPE nº 140/2024)

Ocorre que, a teor do disposto no art. 167, incisos I e II, da Constituição Federal, arts. 3º, 4º e 6º da Lei nº 4.320/64 e art. 11, parágrafo único, da Lei nº 14.133/21, para a celebração de qualquer contrato em que a Administração Pública assumira obrigações, é necessária a PRÉVIA existência de previsão orçamentária, sob pena de nulidade da contratação, além da responsabilização do agente público que efetivou.

A propósito, cita-se a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO:

22/65

7.4) A previsão de recursos orçamentários

O dispositivo aplica-se não apenas a "obras e serviços". Qualquer contratação que importe dispêndio de recursos públicos depende da previsão de recursos orçamentários.

Assim se impõe em decorrência do princípio constitucional de que todas as despesas deverão estar previstas no orçamento (art. 167, incs. I e II), somente podendo ser assumidos compromissos e deveres com fundamento na existência de receita prevista. Consultem-se os comentários ao art. 8º, a propósito de execução parcial de objetos.

E óbvio que a previsão orçamentária envolve estimativas aproximadas, pois a licitação apurará o montante a ser desembolsado. (...) Daí deriva que a instauração da licitação não pressupõe a liberação dos recursos, mas se vincula à existência concomitante de a) previsão na lei orçamentária e b) realização satisfatória das receitas e despesas, que permita inferir a possibilidade de disponibilidade efetiva, no futuro, dos recursos necessários.

A ausência de um desses dois dados inviabiliza a instauração da licitação.

Em paradigmas semelhantes –contratação sem prévia previsão orçamentária-, citam-se dois precedentes do TCE/SC (em anexo):

@REP 18/00657770UNIDADE GESTORA: Prefeitura Municipal de Brusque
ASSUNTO: Comunicação à Ouvidoria n. 113/2018 –Irregularidades referentes a atos de abertura de créditos orçamentários adicionais.(...)1 - Realização de despesas sem respaldo orçamentário, devido à publicação extemporânea dos Decretos Municipais n.ºs 8.082/2017, 8.083/2017 e 8.084/2017, que autorizaram a alteração orçamentária da Lei (municipal) n.º4.038/2016 (Lei Orçamentária Anual 2017), contrariando o art. art. 59 da Lei n.º 4320/64.(...)Conforme se extrai da documentação anexa aos autos, os Decretos Municipais n.ºs 8.082/2017 (fls. 1537-1540), 8.083/2017 (fls. 1621-1622) e 8.084/2017 (fls. 1590-1591), que propugnavam a abertura de crédito orçamentário, somente foram publicados entre janeiro e fevereiro de 2018, projetando não oportunidade sua eficácia para o passado (ao designar a expressão “a partir de” para fixar o terminus a quo de eficácia do ato). Desta forma, considerando que a publicidade é requisito de eficácia dos atos administrativos, a intentada retroação dos atos afrontaria os ditames do art. 37da Constituição Federal. Isto posto, e, considerando que a abertura de créditos adicionais suplementares analisadas no presente caso somente produziram efeitos após a data de publicação dos decretos em veículo oficial e considerando que não havia permissão para retroação destas normas, entendo como irregulares as despesas realizadas com base nestes atos, por terem ocorrido previamente às respectivas publicações, ocasionando a falta respaldo orçamentário para tais gastos, razão pela qual mantenho a presente restrição.(...)3. VOTO:3.1 Julgar irregular, na forma do artigo 36, § 2º, “a” da Lei Complementar n.º 202/2000, o ato abaixo relacionado, aplicando ao Sr. (...) a multa de R\$ 1.136,52 (mil cento e trinta e seis reais e cinquenta e dois centavos), prevista no art. 70, II, da Lei Complementar nº 202/2000, fixando-lhes o prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação do acórdão no Diário Oficial Eletrônico desta Corte de Contas para comprovar ao Tribunal o recolhimento da multa ao Tesouro do Estado, sem o que fica desde logo autorizado o encaminhamento da dívida para cobrança judicial,

23/65

observado o disposto nos artigos 43, II, e 71 da Lei Complementar nº 202/2000, em face de:

3.1.2 Realização de despesas sem respaldo orçamentário, devido à publicação extemporânea dos Decretos Municipais n.ºs 8.082/2017, 8.083/2017 e 8.084/2017, que autorizaram a alteração orçamentária da Lei (municipal) n.º 4.038/2016 (Lei Orçamentária Anual 2017), contrariando o art. 59 da Lei n.º 4320/64.***

1. Processo n.: REP 13/006175162. Assunto: Representação de Agente Público acerca de supostas irregularidades concernentes à licitação e contrato para obras de recuperação da Avenida Calistrato Muller Salles(...)

6.1. Julgar procedente a representação que trata de irregularidades praticadas no âmbito da Prefeitura Municipal de Laguna para considerar irregular os atos abaixo indicados, na forma do artigo 36, § 2º, "a" da Lei Complementar n. 202/2000.

6.2. Aplicar ao Responsável, Sr. Everaldo dos Santos – Prefeito Municipal de Laguna, CPF n. 542.328.309-44, com fundamento no art. 70, II, da Lei Complementar n. 202/2000 c/c o art. 109, II, do Regimento Interno, as multas abaixo relacionadas, fixando-lhe o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação deste Acórdão no Diário Oficial Eletrônico desta Corte de Contas, para comprovar ao Tribunal o recolhimento ao Tesouro do Estado das multas cominadas, sem o que, fica desde logo autorizado o encaminhamento da dívida para cobrança judicial, observado o disposto nos arts. 43, II, e 71 da Lei Complementar n. 202/2000:

6.2.1. R\$ 400,00 (quatrocentos reais), em face da ausência de previsão do projeto (obra de pavimentação asfáltica) na Lei de Orçamento do Município, contrariando o disposto nos arts. 4º e 6º da Lei Federal n. 4.320/64 e art. 14 da Lei Federal n. 8.666/93, bem como do lançamento do referido processo licitatório sem a previsão de recursos orçamentários, contrariando o disposto no inciso III do § 2º do art. 7º da Lei Federal n. 8.666/93;

6.2.2. R\$ 400,00 (quatrocentos reais), em face da classificação de despesas em categoria econômica imprópria, contrariando o disposto no art. 12 da Lei n. 4.320/64 e a Portaria Interministerial n. 163/2001.

6.3. Recomendar à Prefeitura Municipal de Laguna, na pessoa do Chefe do Executivo, que passe a observar a necessidade de previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de reformas ou obras a serem executadas no respectivo exercício financeiro, em cumprimento ao disposto no inciso III do § 2º do art. 7º da Lei n. 8.666/93.

Por tais fundamentos, nos termos do art. 147 da Lei nº 14.133/21 c/c arts. 74 a 76 do Regimento Interno da Defensoria Pública (Resolução CSDPESC nº 95/2018) c/c Súmula 473/STF (princípio da autotutela administrativa) deve ser declarada a NULIDADE da contratação da FUNDATEC, desde a fase preparatória, eis que efetuada sem prévia previsão de recursos orçamentário, o que viola o art. 167, incisos I e II, da Constituição Federal, os arts. 3º, 4º e 6º da Lei nº 4.320/64 e o art. 11, parágrafo único, da Lei nº 14.133/21.

(...)

A FUNDATEC permaneceu inerte a respeito do conteúdo do presente tópico.

A Comissão Organizadora abordou o assunto do seguinte modo:

(...)

II. DA PLENA OBSERVÂNCIA DO PREJULGADO N. 1213 DO TCE/SC COMO FUNDAMENTO DO ADITIVO CONTRATUAL A PERMITIRO PROSSEGUIMENTO DA RELAÇÃO JURÍDICA. REGULARIDADE DA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA E PUBLICAÇÃO DE ATO DELA DECORRENTE COMO AJUSTE À ORIENTAÇÃO DO TCE. PARECER JURÍDICO E DEVER DO GESTOR EM CONVALIDAR VÍCIOS SANÁVEIS DE MODO A RESGUARDAR O INTERESSE PÚBLICO.

Primeiramente, é de se registrar que houve formalização de aditivo para adequar a contratação à novel redação do Prejulgado n. 1213 do TCE-SC, conforme se verifica às fls. 1038-1100 dos autos DPE 170/2024, baseando-se, de forma extremamente sintética, no caráter sanável do vício apresentado e no dever do gestor de convalidar vícios em prol do interesse público, em detrimento da anulação, cuja utilização restringe-se à hipótese de ilegalidade insanável, a teor do art. 5º e art. E art. 147 a art. 150 da Lei n.14.133/2021, Lei n. 13.655/2018 e robusta doutrina especializada e jurisprudência do TCU.

Quanto à alegação trazida pela requerente, no sentido de que a formalização do aditivo realizara-se de forma ilegal, uma vez que efetuada sem prévia previsão [SIC] de recursos orçamentários, violando o disposto no art. 167, I e II, da CRFB; os arts. 3º, 4º e 6º da Lei n. 4.320/64, e o art. 11, parágrafo único, da Lei n. 14.133/2021, é necessário que se analise a temática sob os auspícios da Lei n. 14.133/2021, norma que rege a contratação em tela. O art. 150 dispõe que “[n]enhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa”.

Ao tratar das cláusulas dos contratos, a norma traz a seguinte disposição:

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

(...)

VIII -o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

Acerca da matéria, leciona Marçal Juste Filho:

A formalização da contratação não depende propriamente da efetiva disponibilidade dos recursos necessários para o pagamento.

Esse é requisito necessário, mas não suficiente.

É indispensável verificar a adequação financeira da futura contratação. Isso significa exame dos recursos efetivamente disponíveis no momento da contratação e da consideração às receitas e despesas futuras –mas não apenas sob o ponto de vista das projeções realizadas por ocasião da elaboração do orçamento.

Devem ser examinados os dados concretos acerca da execução do orçamento. O ordenador da despesa tem o dever de manifestar-se, indicando se a realização das despesas e o ritmo das receitas permitem estimar a existência de recursos suficientes para propiciar a liquidação oportuna das despesas derivadas da contratação. (Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1571).

Constata-se que o mandamento da Lei 14.133/2021 consiste na constatação, prévia à contratação, de que haverá suporte orçamentário para fazer frente à despesa que se gera. No presente caso, infere-se que a GEFIC certifica que “em que pese a Lei de Licitações determinar que seja emitido o pré-empenho em toda e qualquer contratação², frisa-se que,

no caso em tela, a organização e realização do aludido concurso público não trará nenhum impacto financeiro negativo a essa Instituição”-fl. 1.085 dos autos DPE 170/2024.

O mesmo setor, na fl. 985, registra:

(...)

Além disso, segundo proposta encaminhada pela Fundação Universidade Empresa de Tecnologia e Ciência -FUNDATEC (fls. 744-758), a instituição contratada arcará, através dos valores das inscrições, com todos os custos do presente processo licitatório. Desta forma, as despesas para a organização e realização do aludido concurso público não trará nenhum impacto financeiro a essa Instituição, ao contrário, a cada inscrição realizada a Defensoria Pública receberá o valor de R\$ 100,00 (cem reais) por candidato pagante; não havendo, portanto, necessidade de reserva financeira.

Ademais, lançando comentário ao art. 150, o Tribunal de Contas da União, mais uma vez, dá cabo de que o que se exige para a contratação é a indicação de que haverá recursos aptos à satisfação da obrigação.

4.3.10. Adequação orçamentária

Uma vez definido o objeto que se quer contratar, definidas as quantidades a contratar dos itens da solução e estimado o seu valor total, é necessário verificar se há orçamento disponível para a contratação. A indisponibilidade orçamentária frente aos valores estimados pode levar a organização a adiar ou desistir da contratação.

(...)

Por sua vez, o art. 72, inciso IV, dispõe que o processo de contratação direta deverá ser instruído com a demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido. (Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU –disponível em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/16/04/09/B2/2DEB19104CE08619E18818A8/Licitacoes-e-Contratos-Orientacoes-e-Jurisprudencia-do-TCU-5a-Edicao.pdf>)

No mesmo sentido sua jurisprudência:

Acórdão 4910/2013-TCU-Segunda Câmara [Enunciado] -As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das respectivas obrigações no exercício financeiro em curso.Acórdão 956/2010-TCU-Plenário [Enunciado]-É irregular a realização de licitação sem indicação precisa dos recursos orçamentários necessários e suficientes.

Parece bastante claro que a modalidade de contratação, em que a remuneração da contratada é suportada por percentual da receita auferida por meio das inscrições para o concurso, o que foi devidamente registrado, em duas oportunidades pela GEFIC, corrobora que não houve realização de despesa sem prévia indicação do crédito orçamentário.

A abertura de crédito orçamentário processada no processo DPE 1040/2024 se trata de mera regularização operacional, com o escopo de que o pagamento da remuneração da contratada, após a devida arrecadação do recurso, seja realizada sob o código 1.501.140.226 em vez da fonte 1.500.100.000, em conformidade com o Decreto Estadual n. 2.141/2022, que aprova a Classificação das Fontes ou Destinações de Recursos, situação que se mostrou necessária para adequação à própria jurisprudência do TCE-SC, tratando-se que estão de natureza operacional que fora devidamente ajustada para o prosseguimento do concurso público.

Perceba-se, inclusive, que já houve a publicação de Decreto n. 727 de 23 de setembro de 2024, que atendeu à solicitação da Defensoria Pública-Geral, em abertura de crédito na lei orçamentária do corrente ano, referente ao valor previsto para as inscrições no certame: (cópia do Decreto nº 727, de 23.9.24).

Dessa forma, de acordo com o novo regime de nulidades trazido pela Lei n. 14.133/2021, caso se entenda que houve antecipação no firmamento do contrato e/ou do aditivo em relação à efetiva abertura do crédito orçamentário, o que se deu, repisa-se, para mera regularização operacional e já perfectibilizada, já que não se está falando de ausência de demonstração da prévia existência de recursos para fazer frente à despesa, seria caso de convalidação, pois benéfica e necessária ao interesse público, por decorrer de ajuste à orientação do TCE, em detrimento da anulação total da relação jurídica, a teor do art. 147 da Lei n. 14.133/2021.

(...)

E o parecer da ASSEJUR:

(...)

II.II. Da abertura de procedimento de contratação sem respaldo na LOA

A requerente afirmou que os recursos auferidos com a taxa de inscrição do Concurso Público arrecadados e operacionalizados pela FUNDATEC, conforme prejulgado 1213 do TCE/SC, viola o art. 56 da lei 4320/64, pois o valor pago na inscrição do certame deve ser registrado e recolhido na conta do Órgão Público.

Disse que, conforme processo SGPE 170/2024, no que refere ao projeto básico, prevê que a contratada receberá o valor arrecadado com os pagamentos da taxa de inscrição, retendo o valor do preço devido a título de contraprestação dos serviços contratados e repassando a diferença à Defensoria Pública de Santa Catarina, a qual não arcará com qualquer valor adicional, independentemente do número de inscrições homologadas ou do número de isenções deferidas e que a contratada deverá abrir contabilidade específica para o certame, ou seja, violando os mandamentos mencionados acima.

O então DPG, adotando parecer do então ASSEJUR, saneou a irregularidade apontada. Após, a GEFIC alertou sobre a inexistência de dotação orçamentária específica e a necessidade de criação de fonte orçamentária específica, o que se efetiva através da abertura de crédito orçamentário via Decreto Executivo do Governador do Estado.

Sobreveio o processo DPE 1040/2024, no qual o então DPG requereu abertura de crédito orçamentário ao Poder Executivo para que fosse incluso no orçamento anual receita e despesa para realização do certame.

Continuando, a requerente disse que a CF, artigo 167, I e II; arts. 3º, 4º e 6º da lei 4320/64, bem como parágrafo único da lei 14.133/21 preveem que para a Administração assumir obrigações, é necessária prévia existência de previsão orçamentária, sob pena de nulidade da contratação e responsabilização do administrador.

A anterior Comissão Organizadora rebateu a questão e disse (a) que foi realizada a adequação ao prejulgado 1213 do TCE e (b) que a alegação de violação Constitucional e legal por não haver indicação de créditos orçamentários prévios devem ser analisados sob a ótica da lei 14.133/21. Neste sentido, disse que a remuneração da contratada é suportada por percentual da receita auferida pelas inscrições no certame, não gerando, assim, despesas sem prévia indicação de crédito orçamentário.

Alegou que a abertura de crédito orçamentário (DPE 1040/2024), se trata de mera regularização operacional, para que a remuneração da contratada, após a devida arrecadação do recurso, seja realizada sob o código 1.501.140.226 em vez da fonte 1.500.100.000, em conformidade com o Decreto Estadual n. 2.141/2022, que aprova a classificação das fontes ou Destinações de Recursos, situação que se mostrou necessária para adequação à própria jurisprudência do TCE-SC.

Analisando as alegações da requerente e da Comissão Organizadora anterior, verificou-se que a alegação de violação constitucional e legal, por ausência de crédito orçamentário prévio, é avaliada à luz da Lei 14.133/2021. Neste ponto, nota-se que a remuneração da

27/65

contratada se baseia em um percentual das receitas oriundas das inscrições no certame, o que não gera despesas sem crédito prévio.

Neste sentido, a abertura de crédito orçamentário (DPE 1040/24) regularizou operacionalmente a fonte de recursos, conforme o Decreto Estadual n. 2.141/2022, em consonância com a jurisprudência do TCE-SC.

No que tange ao Prejulgado 1213 do TCE, entende-se que a Comissão Organizadora o seguiu adequadamente, o que elimina qualquer alegação de nulidade do ato, pois a regularização da receita foi realizada em atendimento às exigências de registro e contabilização das taxas.

A abertura de crédito orçamentário posterior foi realizada para adequar as receitas e despesas do certame à classificação de fontes de recursos exigida pelo Decreto Estadual nº 2.141/2022, configurando uma regularização operacional em conformidade com o Prejulgado 1213 do TCE-SC. Não havendo gasto efetivo de recursos públicos (apenas repasse direto das taxas à contratada), a necessidade de registro orçamentário ocorre para adequação contábil e não como condição essencial de validade da contratação.

Com efeito, a regularização orçamentária posterior (Processo DPE 1040/24) demonstra o compromisso da Administração em atender às exigências normativas sem comprometer o processo de contratação.

Portanto, conclui-se que não há fundamento para nulidade do ato, visto que as medidas tomadas garantiram a adequação do procedimento à legislação e à jurisprudência pertinente.

(...)

Como se sabe, desde que a Corte de Contas reformou de forma integral o Prejulgado nº 1213, que versa sobre contratação de entidades para a realização de concursos públicos, *“O valor pago a título de inscrição em concurso público deve ser registrado e recolhido na conta do órgão público, conforme determina o art. 56 da Lei n. 4.320/64 (item 6 do mencionado Prejulgado)”*.

Desse modo, os valores recolhidos a título de inscrição no certame devem ser registrados e recolhidos à conta do respectivo órgão público, em estrita obediência aos comandos vazados no art. 56 da Lei nº 4.320/64.

E é assim porque se considera que o montante arrecadado compõe o que se chama de receita pública, não podendo nem devendo, em regra, ser gerido diretamente por entes outros que não órgão público.

In casu, a violação à disposição legal regedora da espécie é por demais nítida, pois o projeto básico previu que a organizadora receberia os valores decorrentes das inscrições e, em seguida, reteria o montante referente aos seus serviços, repassando a diferença à Defensoria Pública.

Foi por isso que a Defensoria Pública-Geral foi notificada pelo signatário acerca da ilegalidade tal proceder.

A inexistência de previsão orçamentária foi reconhecida e, no mesmo lance, determinou-se a instauração de processo para postular a expedição de Decreto Executivo do Governador do Estado no sentido de incluir no orçamento anual a receita e a despesas referentes ao concurso público.

Acontece que a Constituição Federal, a Lei nº 4.320/64 e a Lei nº 14.133/21, nos dispositivos já mencionados pelas partes, dizem que a dotação orçamentária deve ser prévia, sob pena de nulidade da entabulação, além das demais sanções daí decorrentes.

E isso não ocorreu, como já dito, de modo que a despesa foi “realizada” sem o respectivo respaldo orçamentário, sendo socorrida posteriormente por publicação extemporânea do Decreto Executivo.

Ao se manifestar, a Comissão Organizadora empreendeu vigorosos esforços no sentido de demonstrar que o vício apontado pela parte requerente não ocorreu.

No entanto, não logrou êxito. E tal conclusão deriva da minuciosa verificação dos argumentos constantes na manifestação, que tangenciaram a questão sem demonstrar a existência da previsão orçamentária.

O que se mostrou foi que a antecipação da contratação em relação à efetivação das providências legalmente exigidas foi posteriormente regularizada, abrindo margem para juízo referente à (in)possibilidade de regularização.

O juízo que se faz aqui é diferente daquele exarado por ocasião do primeiro vício apontado, pois neste ponto inexistente decisão do gestor sobre eventual convalidação da irregularidade.

E é essa análise que se faz nesse momento.

Na qualidade de ordenador primário e, portanto, responsável direta e/ou indiretamente pelos atos que resultam em emissões de empenhos, autorizações para pagamentos, liberações de suprimentos e dispêndios diversos, reconheço que a contratação da FUNDATEC ocorreu sem prévia previsão dos recursos orçamentários, conforme apontado pela requerente.

Em tempo, salienta-se que tanto o Defensor Público-Geral quanto o Subdefensor Público-Geral adotaram as providências necessárias à correção do vício (reuniões com o Banco do Brasil, com a Secretaria da Fazenda para viabilizar a

expedição do Decreto do Governador do Estado, etc), tudo com o objetivo de proteger o interesse público.

Diante de tudo isso, e anotando expressamente que a declaração de nulidade do contrato não é a medida que, a meu sentir, mais salvaguarda o interesse público, busco amparo no art. 147, *caput*, da Lei nº 14.133/21, nos arts. 21, 22 e 23 do Decreto-Lei nº 4.657/42 e no Decreto Executivo nº 727/24, afasto a anulação postulada e, por conseguinte, convalido o vício consistente na contratação sem existência de previsão orçamentária.

O terceiro tópico da impugnação também diz respeito à inobservância de julgado do Tribunal de Contas.

Veja-se.

(...)

III. INOBSERVÂNCIA DOS ITENS 1 E 2 DO PREJULGADO N. 1213 DO TCE/SC (*REFORMADO EM 13/09/2023 NO PROCESSO N. @CON 22/00444650*) – INOBSERVÂNCIA DO ART. 18, IV, DA LEI Nº 14.133/2021 – INOBSERVÂNCIA DO ART. 4º, II, DA RESOLUÇÃO CSDPESC nº 130/2024 (*QUE EXIGE O ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR DESCRITO NO ART. 18, §§ 1º E 2º, DA LEI Nº 14.133/2021*) - INSTITUIÇÕES ORGANIZADORAS RENOMADAS QUE DEIXARAM DE APRESENTAR PROPOSTAS POR INADEQUAÇÃO DO PROJETO, DADO O ELEVADO CUSTO DA REMUNERAÇÃO DE EXAMINADORES E MEMBROS DA COMISSÃO - INDÍCIOS DE INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA DA FUNDATEC (*ART. 34 DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME 73, DE 30/09/2022*) - RECENTE ANULAÇÃO DE OUTRO CONCURSO PARA A CARREIRA DE DEFENSOR PÚBLICO POR FALHAS GRAVES E INSANÁVEIS NA SUA EXECUÇÃO PELA FUNDATEC

(...)

Os apontamentos da impugnante são os seguintes:

(...)

A Lei nº 14.133/21, em seu art. 18, reforçou a necessidade de planejamento prévio para a realização de contratações pela Administração Pública, aprimorando e explicitando de modo pormenorizado os elementos mínimos que devem compreender a fase preparatória dos certames e, nessa medida, compor o “estudo técnico preliminar” que irá respaldar a licitação.

O *caput* do art. 18 trata da fase preparatória do processo licitatório –em sentido amplo, incluindo casos de dispensa ou inexigibilidade–determinando ao ente público que realize um planejamento abordando todas as considerações técnicas, mercadológicas e de

30/65

gestão que podem interferir na contratação, dentre elas a confecção do orçamento estimado para a contratação, com as composições dos preços utilizados para sua formação (inciso IV).

No caso da contratação em exame, o seu objeto é o serviço de “o planejamento geral, a assessoria e a execução operacional do concurso público”(conforme item 3 do Projeto Básico de fls. 363/387).

Contudo, o PROJETO BÁSICO foi elaborado sem suporte em “estudo técnico preliminar”, bem como não contempla a estimativa do número de candidatos que participarão do certame, nem quaisquer variáveis, tão pouco estabelece quais são os valores mínimos e/ou máximos da remuneração da instituição organizadora.

Vale dizer, não realiza nenhum levantamento de custos, deixando, portanto, de apresentar o orçamento estimado para a contratação, com as composições dos preços, elemento essencial na etapa do planejamento da contratação, a teor do disposto no § 2º do art. 18. Por seu turno, como mencionado no tópico anterior, no julgamento do Processo @CON 22/004446509, realizado em 13/09/2023, o Pleno do TRIBUNAL DE CONTAS DE SANTA CATARINA reformou integralmente o PREJULGADO N. 1213, que trata da forma de contratação de entidades para realizar concursos públicos, procedendo a alteração integral do texto, adotando, em substituição, a seguinte redação para os verbetes 1 e 2:

Prejulgado n. 12131.

A administração deve realizar o planejamento das licitações para a contratação dos serviços de organização de concurso público, nos termos do art. 7º e seguintes da Lei n. 8.666/93 e 18 e seguintes da Lei n. 14.133/2021.2. Na fase de planejamento, a Administração deverá considerar o nível de complexidade do concurso público que pretende realizar, se de provas ou de provas e títulos, o número de etapas previstas, as características dos exames a serem aplicados, a estimativa do número de candidatos que participarão do certame, dentre outras variáveis a serem sopesadas, para definir o valor da remuneração da instituição a ser contratada para organizá-lo e executá-lo. Uma vez definido o valor da remuneração da contratada, a quantia a ser paga pela execução dos serviços dependerá do número de candidatos com inscrição homologada e efetivo pagamento da taxa de inscrição.(...)

No respectivo acórdão (em anexo), quanto à fundamentação do verbeta2, o TRIBUNAL PLENO assentou:

Item 2 –O valor a ser pago pela execução dos serviços dependerá do número de candidatos com inscrição homologada e efetivo pagamento da taxa de inscrição.

(...) Como asseverado anteriormente, há diversos tipos de concursos públicos, com diferentes níveis de complexidade, número de etapas e fases distintas. Eles exigirão, porventura, maior ou menor qualificação intelectual para a formulação e correção das provas, maior ou menor estrutura logística e a contratação de profissionais envolvidos para a consecução das atividades em quantitativo proporcional à dimensão do certame. Assim, para além do número de candidatos com inscrição homologada e do efetivo pagamento da taxa de inscrição, parece razoável supor que o nível de complexidade dos certames impactará no custo para a realização da operação.

Mesmo porque, conforme acentuado pelos auditores no relatório de instrução, “é na fase de planejamento que a Administração vai definir o valor da remuneração da contratada, SENDO NECESSÁRIO PREVER AS DESPESAS com a realização do concurso, inclusive para as hipóteses de não ser alcançada a previsão de candidatos inscritos, bem como a destinação dos recursos com as taxas de inscrição que eventualmente extrapolem o total das despesas previstas”.

Sendo que, a estimativa do número de candidatos poderá ser avaliada pelos órgãos e entidades contratantes a partir do histórico dos concursos anteriores e da realidade atual em outros certames semelhantes.

Com efeito, de acordo com a área técnica, O PLANEJAMENTO DO CERTAME:22

[...] envolve além da elaboração da estimativa de candidatos de acordo com os critérios técnicos adequados, a realização do orçamento estimado e a apresentação das composições dos preços utilizados para sua formação com o objetivo de possibilitar ao Administrador prever as hipóteses e suas variáveis para a realização de concursos públicos, como a locação de espaços para realização de provas, materiais, transporte, logística, contratação de pessoal para aplicação de provas e correções, dentre outros custos sujeitos à variação em decorrência do número de candidatos efetivos.

Logo, acolhe-se parcialmente a proposta de redação do item, pois além da previsão consignada, as unidades gestoras jurisdicionadas também deverão ser orientadas de que, na fase de planejamento, a Administração deverá considerar o nível de complexidade do concurso público que pretende realizar, se de provas ou de provas e títulos, o número de etapas previstas, as características dos exames a serem aplicados, a estimativa do número de candidatos que participarão do certame, dentre outras variáveis a serem sopesadas, para definir o valor da remuneração da instituição contratada para organizá-lo e executá-lo.

Contudo, como acima dito, em novo confronto com o prejulgado supra, no PROJETO BÁSICO de fls. 363/387 não há qualquer menção à estimativa de candidatos e/ou outras variáveis (custos com locação, com materiais, transporte, logística, contratação de pessoal, aplicação e correção de provas, dentre outros), tão pouco consta o orçamento estimado do valor mínimo e/ou máximo da remuneração, adotando como parâmetro a estimativa de candidatos.

Neste ponto, a toda evidência, verifica-se que a gestão anterior inobservou o entendimento constante no Prejulgado n. 1213 também nos itens 1 e 2, bem como descumpriu as exigências do art. 18 da Nova Lei de Licitações.

Ressalte-se que a indefinição dos parâmetros remuneratórios e a inexistência de fixação dos valores máximo e mínimo a serem pagos à instituição organizadora poderão implicar riscos para a Administração, porque, na intenção de maximizar a remuneração e reduzir custos, a contratada poderá preferir a qualidade da prestação de serviços.

Nesta senda, cita-se a fundamentação contida no Parecer nº 183/2018–G3P do Ministério Público de Contas do Distrito Federal (anexo) acerca da necessidade de se estimar o valor remuneratório para a contratação:

13. Pretendendo amoldar a tese doutrinária ao caso concreto, o Corpo Técnico destaca que, na hipótese examinada, embora, de fato, seja possível a definição objetiva do serviço para contratação de empresa organizadora do concurso público, as variações de qualidade do serviço dos inúmeros prestadores são relevantes, porquanto o objetivo principal do edital não é a mera contratação de empresa organizadora e a realização do concurso público.

14. Nessa linha, entende que o certame examinado não se destina à singela aquisição de bens ou à prestação de serviços comuns, mas à seleção 96 empregados, dentre eles engenheiros civis, agrônomos e advogados, a partir dos serviços prestados pela contratada, visando ao alcance da missão institucional da Novacap; motivo pelo qual destaca a importância da escolha de instituição que atenda padrões de qualidade e excelência que não devem ser menosprezados pela Administração, sob pena de dar margem à prestação imperfeita de serviços, implicando riscos de inadimplência e de fraude.

(...)

AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DE VALOR REMUNERATÓRIO MÁXIMO NO EDITAL 22.

Acerca da inexistência de valor máximo a ser pago à empresa organizadora e de cláusula dispondo sobre a destinação de eventual excesso de arrecadação, o competente Corpo Técnico assevera que, conforme registrou a Jurisdicionada em seus esclarecimentos 18 e corroboram os itens 15.1 e 15.2 do Edital 19, a taxa de

inscrição é a única forma de remuneração da contratada, não havendo desembolso por parte da Administração.

23. Sobre esta opção, em síntese, aduz que, a despeito de aparentemente atender ao interesse público e à economicidade, carece de esclarecimentos adicionais e suporte de fundamentação, porquanto a configuração adotada, havendo arrecadação superior ao custo do contrato poderá, implicar diferença positiva a favor da contratada, em detrimento dos cofres públicos, caso haja elevado número de inscritos; ou, de outro lado, na hipótese de não ser alcançada a expectativa do número de inscritos, lesão à contratada e conseqüente enriquecimento ilícito da Administração.

24. Assim, destacando que na elaboração de um concurso público é necessário assegurar que o certame se desenvolva observando a qualidade, a segurança e o sigilo, registra que entende essencial que o instrumento convocatório defina todas as exigências necessárias, entre elas, o orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, em consonância com o art. 7º, §2º, II, da Lei n.º 8666/93.

25. No caso concreto, porém, assegura que não consta orçamento detalhado em planilhas, falha inclusive registrada nos autos do Processo n.º 41.571/2017. Nesse sentido, a despeito de reconhecer que há certo grau de incerteza quanto à estimativa de arrecadação de receitas e previsão de custos, considerando que as receitas variam na proporção da quantidade de inscritos e as despesas se alteram ao talante de variáveis, tais como isenções legais de pagamento; salienta que a Administração não se desonera do dever de cumprir a lei(...)

27. Desse modo, anota que a indefinição dos parâmetros remuneratórios e a inexistência de fixação dos valores máximo e mínimo a serem pagos à empresa organizadora poderão implicar riscos para a Administração, porquanto, na intenção de maximizar lucros e reduzir custos, a contratada poderá preferir a qualidade da prestação de serviços.

28. Diante desse quadro, a Unidade Técnica propõe que a Representação seja considerada procedente neste ponto.(...)

79. Em face do exposto, sugiro ao e. Plenário que, no mérito, considere procedente a Representação oferecida pela sociedade empresária E F Pesquisas e Projetos Ltda. –ME (Instituto Machado de Assis), em relação aos seguintes pontos: depósito irregular das taxas de inscrição diretamente à conta da contratada; e a ausência de fixação de valor remuneratório máximo no Edital. (...)

81. Em complemento, a teor do art. 277 do RITCDF, o Parquet especializado sugere à Corte que, ad cautelam, determine a suspensão do certame, até ulterior deliberação e:a) ordene à Novacap que, no prazo de 5 dias, remeta à Corte esclarecimentos adicionais pormenorizados quanto aos custos do certame, apresentando planilha que fundamentou a decisão pela exequibilidade da proposta da Inaz do Pará de Serviços de Concursos Públicos Ltda., ao cotejo dos custos operacionais fixos e variáveis, a par de demonstrar que o montante arrecadado pela contratada não excedeu os valores previstos; no contexto das irregularidades inquinadas;

De outra banda, além da violação ao prejulgado, verifica-se outro grave vício insanável no procedimento de contratação direta em exame, consistente na ausência de estudo técnico preliminar, documento que dá base ao projeto básico, conforme o art. 6º, inc. XX10, da Lei nº 14.133/21, o qual deve ser elaborado observando os requisitos do art. 18, §§ 1º e 2º da mesma lei.

Neste ponto, foi descumprido o art. 4º, inciso II, da Resolução CSDPESC nº 130/2024, o qual determina que o processo de contratação direta, no âmbito da DPESC, deverá ser instruído com o estudo técnico preliminar.

Por seu turno, no caso concreto, outro aspecto que reforça a necessidade de cumprir o comando legal do art. 18, IV e §§ 1º e 2º, da Lei nº 14.133/21, é o elevado percentual de diferença entre os valores das propostas apresentadas pela FUNDATEC, CONSULPLAN e CEBRASPE, assim como a justificativa para a não apresentação de proposta pela FGV e FCC.

De início, cumpre ressaltar a disposição contida na Instrução Normativa SEGES/ME nº 73, de 30/09/2022, que estabelece o critério de inexequibilidade das propostas:

Art. 34. No caso de bens e serviços em geral, é indício de inexequibilidade das propostas valores inferiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração.

Pois bem, no processo de contratação em exame, analisando as propostas comerciais enviadas, verifica-se que apenas o Instituto CONSULPLAN (fl.395-568), a CEBRASPE (fl. 569-736) e a FUNDATEC (fls. p.737-740 e 742-782) as encaminharam.

A FEPESE, a FGV e a FCC não encaminharam proposta, a CESGRANRIO informou que não poderia atender (fl. 51).

Assim, conforme MANIFESTAÇÃO Nº 001/2024 da Comissão Organizadora constante nas fls. 877/880, o quadro a seguir resume a pesquisa de preço e respostas obtidas: (*quadro de pesquisa de preço).

Do quadro acima verifica-se a elevada desproporcionalidade de valores orçados. Apenas duas apresentaram valor de repasse, sendo que a diferença de valor de repasse entre a “primeira” e a “segunda” colocada é superior a 50%.

Também chama a atenção as justificativas da não apresentação de propostas por parte da FCC (fls. 60) e FGV (fls. 388), bem como a observação feita pela CEBRASPE, para não apresentar proposta de “repasse” (fls. 360) – não mencionadas e nem analisadas pela Comissão, todas abaixo copiadas: (*e-mails)

Nota-se que a impossibilidade de apresentação de propostas, justificada pela inviabilidade da contratação por contrato de risco e/ou pela necessidade de se prever preço mínimo fixo, conforme alertado pelas organizadoras de maior prestígio atualmente (FCC, FGV e CEBRASPE), que costumemente realizam os concursos complexos para carreiras jurídicas da Magistratura, Ministério Público e Defensoria Pública, reforçam os indícios de que a proposta da FUNDATEC oferece sério risco de inexequibilidade ou de execução deficiente do concurso, deixando de atender os padrões de qualidade, excelência e segurança.

Observe-se que no concurso realizado pela DPESC no ano de 2021, tanto a FGV, quanto à FCC encaminharam propostas, sendo que a última foi a contratada para realizar este certame (conforme documentação anexa constante do Processo SGPE DPE nº 827/2021 – fls. 206 e ss), bem como foi ela que também realizou o certame de 2017, sem qualquer anulação de etapa ou outro tipo incidente, com elevado padrão de qualidade.

Ocorre que, para o concurso de 2024, a Comissão Organizadora elevou de forma desproporcional e exponencialmente os custos do certame para remunerar com valores elevados Defensores Públicos da instituição designados para serem examinadores e membros da Comissão Organizadora, conforme se verifica do quadro comparativo constante na página 5 supra.

Frise-se que os Defensores Públicos examinadores, inclusive, vão se afastar de suas funções ordinárias, conforme permite o art. 11, § 2º, da Resolução CSDPESC nº 127/2024, além de serem remunerados no percentual somado de 75% do subsídio e defensor público substituto, percentual que equivale a remuneração de cada examinador no patamar de R\$ 15.026,39. Somando a remuneração dos 10 (dez) examinadores da 2ª e 3ª etapa, mais os custos de remuneração dos 5 (cinco) membros da Comissão Organizadora (itens 9.10 e 9.11 do PROJETO BÁSICO), verifica-se que o dispêndio do valor de R\$ 180.316,75, custo este que se soma aos demais custos operacionais da instituição

organizadora, incluindo examinadores da primeira etapa, a comissão de especial de aferição dos candidatos cotistas, locação, material, logística, etc. (*quadro de pagamentos) Nota-se, ainda, que só o custo com os examinadores da 2ª e 3ª etapa e com os membros da Comissão é superior a 21% do crédito orçamentário adicional requerido no processo DPE 1040/2024, no qual, extemporaneamente, estimou-se o valor a ser arrecado com as inscrições.

É notória a desproporcionalidade dos valores previstos para a remuneração de membros designados para a banca e para a Comissão, o que acaba por prejudicar a oferta de propostas de instituições organizadoras com larga experiência em concursos com o nível de complexidade ora posto.

Por consequência, instituições de renome e larga experiência em concursos complexos de carreira jurídica, que atendiam a suprimida alínea d.1 do item 6.1.1(“que organizou, nos últimos 06(seis) anos, ao menos 03 (três) Concursos Públicos para ingresso na carreira de membros da Defensoria Pública Estadual ou Federal, do Ministério Público Estadual ou Federal e/ou do Tribunal de Justiça Estadual ou Federal”), deixaram de apresentar propostas alertando pela inviabilidade de sua execução no modelo e preços propostos pela contratante.

Então fez-se necessária a relativização dos requisitos mínimos da contratada, para que outras instituições menos experientes sem concursos complexos de carreira jurídica, que não atendiam tal requisito mínimo, como a FUNDATEC e a CONSULPLAN, pudessem apresentar suas propostas.

Neste ponto, retornando ao quadro comparativo da página 20 supra, verifica-se a elevada desproporcionalidade de valores orçados. Apenas duas apresentaram valor de repasse, sendo que a diferenciado valor de repasse entre a “primeira” e a “segunda” colocada é superior a 50%. Como já dito, tal percentual, a teor do art. 34 da Instrução Normativa SEGES/ME nº 73, de 30/09/2022, consiste em indício de inexecuibilidade da propostas apresentada pela FUNDATEC.

Tal indício de inexecuibilidade da proposta da FUNDATEC e/ou de que ela não atenda adequadamente os padrões de qualidade e excelência necessários para o nível de complexidade do concurso público em exame, torna-se mais patente diante da decisão do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado do Paraná, proferida na OITAVA REUNIÃO ORDINÁRIA realizada em 12/09/2024, de ANULAR a prova dissertativa aplicada no dia 31 de agosto de 2024, relativa ao V Concurso para Defensor(a) Público(a) que é conduzido pela FUNDATEC.

Isso sem dizer que a FUNDATEC disponibilizou, indevidamente, uma planilha excel contendo o nome e outros dados dos candidatos, o que viola Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) –conforme nota esclarecimento anexa.

Quanto à anulação da etapa da prova dissertativa, são estaremecedoras e alarmantes as razões e as recomendações constantes na respectiva ATA publicada no Diário Oficial da DPEPR em 18/09/2024 (em anexo), que demonstram a falta de capacitação adequada e da devida orientação dos colaboradores da FUNDATEC, assim como problemas com materiais e equipamentos de fiscalização.

Abaixo copia-se trecho da dita ATA: (*DOE-DPE/PR)

Por tais fundamentos, nos termos do art. 147 da Lei 14.133/21 c/c arts. 74 a 76 do Regimento Interno da Defensoria Pública (Resolução CSDPESC nº 95/2018) c/c Súmula 473/STF (princípio da autotutela administrativa) deve ser declarada a NULIDADE da contratação da FUNDATEC, desde a fase preparatória, eis que não observado o planejamento recomendado nos itens 1 e 2 do Prejulgado n. 1213 DO TCE/SC (reformado em 13/09/2023 no processo n. @CON 22/00444650), descumpriu o art. 18, IV, da Lei nº 4.133/21 (inexistência de orçamento estimando o valor da remuneração dos serviços contratados), e descumpriu o art. 4º, II, da Resolução CSDPESC nº 130/2024 (que exige o

“estudo técnico preliminar” descrito no art. 18, §§ 1º e 2º, da Lei nº 14.133/21), além da existência de indícios de inexecutabilidade não analisados pela Comissão Organizadora.

(...)

A FUNDATEC apresentou a seguinte manifestação:

(...)

Por intermédio do Despacho nº 323/2024 o Contrato e, por conseguinte, o Concurso foi suspenso, para apuração das possíveis irregularidades apontadas.

A maioria das possíveis irregularidades apontadas diz respeito diretamente à Defensoria Pública e suas questões internas, inclusive políticas internas.

Especificamente em relação à FUNDATEC há basicamente duas referências no item III, a saber:

1 –Indícios de inexecutabilidade da sua proposta, e

2 –Anulação de outro concurso da Defensoria por falhas graves e insanáveis.

Tais alegações não se sustentam, como agora se verá.

1 –Indícios de inexecutabilidade da sua proposta:

Essa alegação é totalmente despropositada e subjetiva.

Jamais a FUNDATEC faria uma proposta inexecutável.

Ela já realizou mais de 900 concursos públicos e processos seletivos em todo o território nacional (devendo chegar ao concurso público nº 1.000 neste ano), concursos federais, estaduais e municipais, e nunca deixou de cumprir um contrato sequer em razão de inexecutabilidade de seu preço.

A FUNDATEC é uma instituição séria que vem realizando há décadas os mais variados concursos públicos, inclusive de alta complexidade e elevado número de candidatos, sempre cumprindo com suas obrigações contratuais e finalizando os concursos de forma correta e satisfatória.

Por outro lado, a alegada inexecutabilidade não traz qualquer fundamento fático e palpável, sendo fruto de cálculo e comparação simplórios, sem embasamento técnico, no visível afã de macular a proposta vencedora e o contrato assinado, com estranha preferência por outras instituições, que apresentam proposta financeira mais onerosa que a Fundatec.

A proposta da FUNDATEC é sim executável, e não há qualquer risco, mínimo que seja, para essa Defensoria Pública.

2 –Anulação de outro concurso da Defensoria por falhas graves e insanáveis:

Não houve a anulação de concurso público executado pela FUNDATEC, em particular o promovido pela Defensoria Pública do Estado do Paraná.

Tal afirmação não espelha a realidade do acontecido.

O que houve foi a anulação de uma prova dissertativa, com sua reaplicação, o que já está sendo preparado.

Na ata anexada aos autos, pertinente ao concurso do Estado vizinho, consta expressamente que será instaurado um procedimento para “averiguação de falta contratual”.

Tal procedimento sequer foi instaurado, e falha contratual não foi constatada. E quando instaurado, a FUNDATEC poderá e deverá apresentar suas razões.

O que não pode se julgar no presente caso (Santa Catarina) que a FUNDATEC cometeu falta contratual no Estado do Paraná, se nem lá houve ainda qualquer apuração, constatação e/ou penalização.

Embora não diga respeito ao presente caso, mas como houve a citação, mister esclarecer que o problema surgido no Paraná decorreu de dubiedade de um item do Edital de

Abertura, Edital esse conferido e aprovado pela própria Defensoria Pública. Mas isso será apresentado, discutido e analisado lá, e não aqui.

Certo é que a FUNDATEC jamais teve um concurso anulado, e eventuais problemas surgidos sempre foram corrigidos no âmbito dos próprios contratos/concursos.

Por tudo isso, a FUNDATEC rebate as acusações de indícios de inexecuibilidade da sua proposta e anulação de concurso público, mencionadas na peça inaugural deste procedimento administrativo.

Diante do exposto, espera e solicita a continuidade do contrato e do concurso público.

(...)

Por seu turno, a Comissão Organizadora aduziu que:

(...)

II. DA CONTRATAÇÃO DIRETA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA DO ETP –CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA ANTERIOR E JUSTIFICATIVAS FUNDAMENTADAS –INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO INTERESSE PÚBLICO –EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA.

O estudo técnico preliminar configura-se como inovação legislativa trazida pela Lei n. 14.133/2021, embora a jurisprudência já o adotasse como boa prática administrativa, possuindo por finalidade caracterizar o interesse público envolvido e a sua melhor solução, dando base para o anteprojeto, termo de referência ou projeto básico (art. 6º, XX).

A partir da vigência da indigitada norma, de fato, o ETP passou a ser considerado como obrigatório por via de regra, havendo, contudo, hipóteses em que a própria lei prevê a sua facultatividade, como é o caso da contratação direta decorrente de dispensa de licitação:

As contratações de obras, serviços e soluções de tecnologia da informação que demandam análise atual da necessidade da instituição não podem, via de regra, se abster da elaboração do Estudo Técnico Preliminar. Com relação às compras, com efeito, ecoam-se queixas quanto à exigência da realização de Estudo Técnico Preliminar em toda e qualquer situação. Vejam, se já existe o ETP que analisou as diferentes soluções, considerando o aspecto econômico e qualitativo em termos de benefícios para o alcance do objetivo da contratação, não há necessidade de novo estudo. É suficiente que o registro elaborado para se chegar à solução seja resumido na justificativa do termo de referência ou faça menção ao processo que consta o ETP (art. 6º, inciso XXIII, letra “b”), sob pena do trâmite que levará à contratação se desvirtuar de seu caminho e gerar retrabalho com a produção de documentos desnecessários. No artigo “Maturidade e qualificação da etapa de planejamento das contratações públicas”, Isabella Brito e eu detalhamos melhor essa questão. Especificamente em relação às compras, a orientação dos órgãos de controle sinaliza a necessidade de refinamento do histórico dos bens que se pretende adquirir e que integram as demandas recorrentes da organização, não fazendo sentido a realização de estudo aprofundado daquilo que já é conhecido e adotado. Além disso, tem sido recomendada a elaboração de uma política de estoque, onde devem constar regras de governança com os parâmetros mínimos para a gestão de materiais, além de outras diretrizes que orientarão as unidades responsáveis pelas aquisições e reposição de itens. Entretanto, diferente da hipótese acima, em que uma justificativa bem elaborada, baseada no histórico e na projeção do consumo do órgão, pode garantir a transparência e a fundamentação exigidas, a compra de equipamentos como ar condicionado, lâmpadas, bens móveis e outros materiais, cuja complexidade e elementos estruturantes da demanda a ser atendida devem ser levantados e avaliados com vistas à escolha da melhor

alternativa, mostra-se necessária a evidenciação de estudos preliminares melhor fundamentados. De todo modo, para tais itens, a escolha apontada no ETP de adotar um determinado tipo de equipamento ou material poderá subsidiar as próximas aquisições, não sendo necessária, a cada nova aquisição, a elaboração de novo documento, uma vez que a solução já foi identificada. Portanto, até que se mude a estratégia ou a necessidade, as compras futuras de tais materiais estarão resguardadas, bastando para tanto a referência ao estudo realizado em momento anterior e a juntada de justificativa que fundamente as novas quantidades a serem adquiridas. Enfim, não faz sentido realizar estudo de solução do que já é conhecido.

E:

Por fim, cabe dizer que o estudo técnico preliminar deve acompanhar as aquisições feitas pela Lei nº 14.133/21. Quando a lei quis, ela mencionou os casos em que o estudo poderá ser dispensado. Como dito, para contratação de obras e serviços comuns de engenharia o estudo não é dispensado, mas o §3º do art. 18 permite que o agente de licitação ou quem de direito demonstre a inexistência de prejuízos para a aferição dos padrões de desempenho e qualidades almejados, o que garante que a especificação do objeto poderá ser indicada apenas em termo de referência, dispensada a elaboração de projetos. Veja que, quando o legislador quis que o estudo técnico preliminar fosse dispensado, disse expressamente. Então, em tese, para os demais casos o estudo se mostra necessário –e isso, como dito, pode levar a uma burocracia, custo e morosidade sem precedentes e sem sentido. Por isso, interpretando o dispositivo de modo utilitarista, compreendemos que, se em outras aquisições que não a contratação de obras e serviços comuns de engenharia também puderem ser auferidos os padrões de desempenho e de qualidades almejados, entendemos que a especificação do objeto poderá ser indicada apenas no Termo de referência. Em outras palavras, o texto do §3º do art. 18 poderia ser estendido a outras situações.

Nota-se que a doutrina propaga a possibilidade de ampliação das hipóteses de dispensa do ETP com base nos mesmos fundamentos do art. 18, § 3º, qual seja, a inexistência de prejuízo para aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados por meio de termo de referência ou projeto básico.

Entende-se que esse é o caso dos autos: a demonstração do interesse público e a necessidade e adequação de contratação de entidade organizadora para realização do concurso já é concretizada nos processos administrativos anteriores que trataram da mesma matéria e levaram à contratação para organização do II e III concursos.

Ademais, os elementos essenciais do ETP foram devidamente inscritos no projeto básico, não se constatando qualquer prejuízo na ausência de formalização do documento especificamente, já que, como dito, sua finalidade encontra-se retratada nos autos.

Não fosse isso, tratando-se de contratação direta realizada mediante dispensa de licitação, a própria NLLC relativiza a utilização do ETP:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos: I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

Nota-se que o legislador, ao empregar no dispositivo legal a expressão “se for o caso”, revela ao intérprete da norma que nem todo processo de contratação direta necessitará ser precedido de estudo técnico preliminar.

Esse é o entendimento, por exemplo, de Joel de Menezes Niebuhr:

Advirta-se que, pelo teor do artigo 18 da Lei nº 14.133/2021, o estudo técnico preliminar é obrigatório, e a Administração não tem faculdade de dispensá-lo. Admite-se o estudo simplificado, na forma §2º do mesmo artigo 18. Entretanto, não

se admite a não realização do estudo, ainda que se trate de uma licitação simples, recorrente e sem maiores vulnerabilidades. A exceção é a contida no inciso I do caput do 72 da Lei nº 14.133/2021, que, a rigor, não versa sobre licitação, e sim sobre contratação direta. O aludido dispositivo preceitua que o estudo técnico preliminar não é obrigatório nas contratações diretas, dado que deve ser produzido “se for o caso”. Os casos podem ser mais bem detalhados em regulamento.

Nessa mesma linha, o TCE-SC publicou o Prejulgado 2414, que trata especificamente da matéria:

1. O Estudo Técnico Preliminar –ETP -é instrumento essencial ao planejamento das contratações, servindo de subsídio para as demais fases da licitação e de amparo para as decisões do gestor público.

2. Embora, em regra, a Lei n. 14.133/21 não possibilite a dispensa do ETP, o art. 18, §2º, permite que seja elaborado “ETP simplificado”, hipótese em que o gestor deve justificar a omissão das exigências facultativas.

2.1. A fim de proporcionar maior segurança jurídica, recomenda-se que conste em regulamento as hipóteses em que se poderá elaborar “ETP simplificado” ou dispensar as exigências facultativas.

3. Nas contratações que utilizem catálogo eletrônico de padronização, previsto no art. 19, II, da Lei n. 14.133/21, poderá o ETP ser dispensado, desde que já tenha sido realizado por ocasião da inclusão do item em tal catálogo e conste declaração de que os parâmetros utilizados no estudo anterior não se modificaram.

4. O art. 72, I, da Lei n. 14.133/21 possibilita a dispensa do Estudo Técnico Preliminar nos casos de contratação direta, devendo tal procedimento ser adotado em situações excepcionais, nos termos de regulamento.

4.1. Cabe ao ente federativo com competência regulamentar realizar uma análise de proporcionalidade das situações em que permitirá a dispensa do ETP, considerando o tempo disponível para a contratação, o valor e a complexidade do objeto, em especial, quanto ao prévio conhecimento da solução a ser contratada.

4.2. Ainda que regulamentadas as situações em que seja dispensado o ETP, é necessário que conste no processo a devida justificativa para sua dispensa.

4.3. A elaboração de ETP simplificado nas licitações ou sua dispensa, nas hipóteses de utilização de catálogo eletrônico de padronização e de contratação direta, deve ser alvo de avaliação e justificação exarada pela autoridade competente, dada a importância de tal instrumento para o planejamento das aquisições públicas, bem como para garantir maior segurança jurídica aos envolvidos na tomada de decisão. (TCE/SC, Plenário, Prejulgado n. 2414, Decisão n. 337/2024, Processo n. 2300306020, Relator Sabrina Nunes Locken, Sessão 28/02/2024, Disponibilização no DOTC-e: 12/03/2024, Situação: Em vigor)

Denota-se que a própria NLLC prevê a possibilidade de não materialização do ETP na hipótese de contratação direta por dispensa de licitação (art. 72, I), embora seja recomendado que as hipóteses estejam previstas em regulamento, conforme prejulgado acima.

No caso concreto, a experiência administrativa decorrente das recentes contratações anteriores com o mesmo objeto e o juízo de proporcionalidade, todas satisfatoriamente realizadas com o objetivo da contratação devidamente cumpridos com êxito, permitem que se entenda pela validade do processado, mormente diante da confecção de projeto básico em que foram retratados os escopos materiais do ETP, inexistindo qualquer prejuízo ao interesse público.

No que toca especificamente à realização de concursos públicos, extrai-se do Acórdão 111/2010 Plenário do TCU que há exigência de projeto básico para a realização da contratação por dispensa de licitação, porém, não há menção à realização obrigatória do ETP:

(...)

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. 7º, 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.

Por fim, conforme leciona Marçal Justen Filho⁶ “infração às determinações do art. 18”, que elenca elementos necessários à fase preparatória da licitação, “acarreta a invalidade dos atos infringentes. No entanto, é indispensável assinalar que o regime jurídico da invalidação adotado pela Lei 14.133/2021 não implica o automático desfazimento, com efeitos retroativos, dos atos defeituosos”.

Dessa forma, ainda que fosse correta a tese da suscitante, de irregularidade pela ausência do ETP, o que não é o caso, diante da sua facultatividade para a hipótese de contratação direta por dispensa de licitação, a situação seria passível de convalidação com fulcro no art. 147 a 149 da Lei n. 14.133/2021 e na Lei n. 13.655/2018.

No que tange à alegação de inexecuibilidade da proposta, é de se registrar que a apresentação de valor em percentual aquém do mínimo legal conduz à presunção relativa de inexecuibilidade, sendo possível que a administração permita à licitante a demonstração da capacidade de execução, a teor da SÚMULA 262 DO TCU.

Ademais, a Lei n. 14.133/2021 não traz percentual de diferença entre as propostas para contratações como a presente para que seja considerada inexecuível, sendo até desnecessário mencionar que a IN SEGES/ME 72/2022 não tem qualquer aplicabilidade sobre a DPESC, além de sequer possuir caráter cogente, ante sua natureza normativa.

Apesar disso, por boa-fé, colaciona-se o dispositivo que trata do tema em sua completude, o que não foi realizado pela requerente:

Art. 34. No caso de bens e serviços em geral, é indício de inexecuibilidade das propostas valores inferiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração.

Parágrafo único. A inexecuibilidade, na hipótese de que trata o caput, só será considerada após diligência do agente de contratação ou da comissão de contratação, quando o substituir, que comprove:

I -que o custo do licitante ultrapassa o valor da proposta; e

II -inexistirem custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta.

Vê-se que o parágrafo único atribui à administração o ônus de comprovar a inexecuibilidade mediante diligências que demonstrem que o custo ultrapassa o valor da proposta E que inexistem custos de oportunidade capazes de justificar a oferta.

Portanto, ainda que se fosse ater ao critério de percentual recomendado pela Instrução Normativa à administração pública Federal, verifica-se que a questão limitou-se ao indício, não havendo a imperiosa comprovação descrita no texto da norma.

(...)

Já a ASSEJUR assim entendeu:

(...)

II.III. Da contratação direta por dispensa de licitação e da falta de estudo prévio ao projeto básico

A requerente alegou que não houve estudo técnico prévio ao projeto básico, questão que afronta ao prejulgado 1213 do TCE.

Aduziu que a indefinição dos parâmetros remuneratórios e a inexistência de fixação dos valores máximo e mínimo a serem pagos à instituição organizadora poderão implicar riscos para a Administração, porque, na intenção de maximizar a remuneração e reduzir custos, a contratada poderá preterir a qualidade da prestação de serviços. Além disso, disse que deve ser declarada a nulidade da contratação da empresa FUNDATEC por não observância de prejulgado do TCE, descumprimento da lei 14.133/21 e de resolução 130/24 do CSDPESC.

Por sua vez, a Comissão Organizadora anterior disse que, no caso em apreço, o estudo prévio preliminar é facultativo. Disse que a demonstração do interesse público e a necessidade e adequação de contratação de entidade organizadora para realização do concurso já é concretizada nos processos administrativos anteriores que trataram da mesma matéria e levou à contratação para organização do II e III concursos. Ainda, que os elementos essenciais do ETP foram devidamente inscritos no projeto básico, não se constatando qualquer prejuízo na ausência de formalização do documento especificamente, já que, como dito, sua finalidade encontra-se retratada nos autos. Citou a NLLC, em seu artigo 72, I, que (se for o caso) haverá o estudo técnico.

Por fim, disse que a alegação de inexecuibilidade da proposta, por apresentar valor em percentual aquém do mínimo legal, conduz à presunção relativa de inexecuibilidade.

A contratação direta por dispensa de licitação, com flexibilização da exigência do Estudo Técnico Preliminar (ETP), pode ser justificada com base em contratações administrativas anteriores e em fundamentações que comprovem a inexistência de prejuízo ao interesse público. As contratações anteriores com o mesmo objeto (II e III concursos) foram realizadas de forma satisfatória, indicando experiência administrativa suficiente para dispensar um ETP específico, fato que se amolda ao Prejulgado 2414 do TCE/SC.

O processo deve demonstrar que a proposta é exequível, ou seja, viável tecnicamente e financeiramente, e que a ausência de licitação não compromete a legalidade e transparência da contratação, mantendo o interesse público protegido.

A Lei 14.133/2021, em seu artigo 72, prevê a obrigatoriedade do ETP apenas quando se tratar de situações em que sua elaboração seja essencial para a análise de viabilidade técnica e econômica da contratação, o que não se aplicaria no contexto apresentado, dada a natureza específica do objeto e o histórico administrativo que o embasa.

Ademais, o Tribunal de Contas da União, no Manual de Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudência (fl. 219)¹, retrata que o Estudo Técnico Preliminar nem sempre é exigível, embora a regra seja a obrigatoriedade, podendo ser dispensado em casos de licitação frustrada, dispensa de licitação por valor etc (arts. 75, incs. I, II VII da NLLCA, em consonância também com a IN-Seges 58/2022 do Governo Federal).

Portanto, a conclusão é de que não houve prejuízo ao interesse público nem irregularidade na ausência formal do ETP, uma vez que os objetivos do estudo foram atingidos por outros meios e o projeto básico atendeu às necessidades do certame.

(...)

Percebe-se que as alegações constantes na impugnação dizem respeito à ausência de estudo técnico preliminar e seus possíveis desdobramentos na continuidade do processo administrativo que ensejou a contratação da FUNDATEC, ao possível elevado custo da remuneração dos examinadores e membros participantes, à presença de indícios de inexecuibilidade da proposta apresenta pela

contratada e à recente anulação de concurso público por ela realizado em razão da presença de falhas graves e insanáveis.

Pois então.

Registra-se, de partida, que o estudo técnico serve de subsídio para as fases posteriores da contratação, amparando todas as futuras decisões do gestor público.

Tal importância é ressaltada pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina no bojo do Prejudicado 2414/2024.

Consigna-se também que o estudo técnico preliminar pode servir como base para o projeto básico em casos como o que se está a analisar.

E se diz que pode porque ele não é obrigatório, existindo hipóteses em que sua utilização é facultativa e depende do juízo de discricionariedade.

Por isso, apesar de recomendável, não se pode entender que a sua falta maculou o processo administrativo.

O mesmo raciocínio é utilizado para afastar a alegação de que outras instituições deixaram de apresentar proposta, pois o estudo preliminar era facultativo, como já dito e, além disso, o projeto se fez acompanhar dos dados mínimos necessário à elaboração de proposta.

E aqui se reconhece, mais uma vez, que o caminho adotado poderia ter sido outro, mas, como reiteradamente consignado, é preciso decidir à luz de tudo o que está envolvido, salvaguardando o interesse público e garantindo o prosseguimento do certame, desde que possível, obviamente.

Quanto aos possíveis indícios de inexecuibilidade da proposta apresentada pela empresa contratada, faz-se duas ponderações.

A primeira delas diz respeito aos entendimentos constantes no processo administrativo, sendo que tanto a impugnante quando os membros da Comissão Examinadora apresentaram razões substanciais para anular ou manter o certame em curso.

A segunda, é que a questão é mais simples do que parece, devendo ser solvido sob o olhar da boa-fé.

É cediço que a boa-fé é presumida e que a má-fé precisa ser provada, de modo que os apontamentos efetuados, ainda que robustos, tais como aqueles referentes às falhas na condução de outros concursos, não conduzem à conclusão de

que a empresa não possui capacidade de honrar com o objeto contratual nos termos em que se comprometeu.

Caso não consiga, e aqui se está meramente a aventar uma hipótese, os instrumentos jurídicos podem e devem ser utilizados para a proteção do interesse da Administração Pública.

Assim sendo e consignando novamente que o processo administrativo deveria ter sido conduzido de outra maneira, rejeito o pedido de nulidade efetuado pela requerente no tópico ora analisado.

O quarto ponto da impugnação esquadrihada trata sobre a inclusão, no projeto básico, de item referente à remuneração dos defensores membros da Comissão Organizadora.

Sobre tal assunto, além de postular a nulidade, a requerente apresentou os seguintes argumentos:

(...)

IV. INCLUSÃO NO ITEM 9.11 DO PROJETO BÁSICO DE REMUNERAÇÃO DA COMISSÃO ORGANIZADORA PELO SERVIÇO DE “ORGANIZAÇÃO DO CERTAME” – COMISSÃO ORGANIZADORA QUE É AUTORA DO PROJETO BÁSICO - VIOLAÇÃO DO ART. 14, INC. I, DA LEI Nº 14.133/21 E ART. 5º, II, DA LEI Nº 12.813/13 – COMISSÃO ORGANIZADORA COMO ÓRGÃO COM ATRIBUIÇÃO INSTITUCIONAL DE PLANEJAR A CONTRATAÇÃO

Como já visto em tópico anterior, o(a)s cinco membro(a)s da Comissão Organizadora do IV Concurso Público para Ingresso na Carreira de Defensor Público Substituto do Estado de Santa Catarina, autores do PROJETO BÁSICO originário (posteriormente alterado de forma unilateral pelo Defensor Público-Geral à época), incluíram no item 9.11 que eles seriam remunerados pela execução do “serviço” de “organização do certame”.

Com a devida vênia, é inconcebível que os membros da Comissão Organizadora, ao elaborarem o PROJETO BÁSICO, tenham incluído cláusula estipulando remuneração para si próprios por executar serviços correlatos à organização do certame. Mais que inconcebível, tal previsão é ILEGAL, eis que viola o art. 14, inciso I, da Lei nº 4.133/21, que expressamente PROÍBE os autores do PROJETO BÁSICO de participar da execução, direta ou indireta do contrato, e, por ÓBVIO, de serem remunerados pela CONTRATADA. Também o art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.813/13 (que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de função pública), estabelece que configura conflito de interesses o exercício de atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe.

O dispositivo acima abrange também o ASSESSOR JURÍDICO E LEGISLATIVO que deu parecer no processo de contratação e no aditivo, mesmo já sabendo que foi escolhido e será remunerado como prestador do serviço da CONTRATADA, na qualidade “examinador”, pela bagatela de R\$ 15.026,39.

Ademais, a Comissão Organizadora se constitui em um órgão de natureza público-institucional, de caráter transitório, previsto no art. 16, inciso XI, da Lei Complementar

Estadual nº 575/12, cujos membros exercem uma FUNÇÃO PÚBLICA ao desempenhar as atividades administrativas de organizar o certame. Ora, os membros da Comissão do Concurso, por exercerem a função pública de organizar administrativamente o certame, jamais poderiam ser remunerados como prestadores de serviços privados.

A propósito, nos termos do art. 19, inciso I, § 3º da Lei Complementar Estadual nº 717/2018 “as Comissões de Concurso da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina são consideradas Comissões Especiais de Trabalho”, logo os seus integrantes devem ser remunerados mediante a atribuição de Função Gratificada, cujos valores, importa registrar, equivale, aproximadamente, a 7,5% da remuneração do defensor público substituto (no Anexo VI da dita lei, a remuneração por Comissão de Concurso recebe a Função Gratificada 2 no coeficiente de 1,55 sobre o piso de vencimentos).

Em suma, a remuneração prevista no item 9.11 do PROJETO BÁSICO é ilegal (e imoral) e, por consequência, eiva o todo o processo de cotação e de contratação com vício de ilegalidade insanável, por violar as normas legais acima transcritas (art. 14, inc. I, da Lei nº 14.133/21, art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.813/13 e art. 19, § 3º da Lei Complementar Estadual nº 717/2018). Com efeito, nos termos do art. 147 da Lei nº 14.133/21 c/carts. 74 a 76 do Regimento Interno da Defensoria Pública (Resolução CSDPESC nº 95/2018) c/c Súmula 473/STF (princípio da autotutela administrativa) deve ser declarada a NULIDADE da contratação da FUNDATEC, desde a fase preparatória, na qual se insere a elaboração do PROJETO BÁSICO, eis que este prevê remuneração ILEGAL para os membros da Comissão do Concurso.

A Comissão Organizadora disse que:

(...)

IV. DA POSSIBILIDADE E LEGALIDADE DA INCLUSÃO NO PROJETO BÁSICO DE CLÁUSULA PREVENDO A REMUNERAÇÃO DOS INTEGRANTES DA COMISSÃO DE CONCURSO E DA BANCA EXAMINADORA AO ENCARGO DA ENTIDADE ORGANIZADORA DE CONCURSO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE CONCORRENTES E EVENTUAIS CONTRATADOS. NECESSIDADE E INTERESSE PÚBLICO JUSTIFICADAS. CONTRATAÇÃO LÍCITA.

Suscita a impugnante a ilegalidade da contratação da entidade pelo fato de o projeto básico prever cláusula estipulando remuneração para os membros da Comissão de Concurso, para o mister de “executar serviços correlatos à organização do certame”. Inicialmente, cabe destacar que não há no regime jurídico da DPE-SC previsão para que membros de comissão e de banca organizadora recebam qualquer gratificação pelo desenvolvimento das inúmeras tarefas extraordinárias e correspondentes responsabilidades que realizam quando do exercício daqueles encargos.

Isso porque a remuneração dos Defensores Públicos se dá exclusivamente por subsídio, fixado em parcela única, sendo vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, exceto as gratificações por exercício de cargo de direção, chefia ou assessoramento (art. 25, da LCE n. 575-12):

“Art. 25. A carreira de Defensor Público é composta das seguintes categorias: (...) § 2º Os Defensores Públicos serão remunerados por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, exceto as gratificações por exercício de cargo de direção, chefia ou assessoramento, de caráter pessoal e eventual e as verbas de caráter indenizatório”.

A partir dessa premissa, verifica-se, primeiramente, que suscitante se equivocou sobre a possibilidade de pagamento de gratificações aos defensores públicos integrantes da comissão. Isso porque o dispositivo citado em sua manifestação (art. 19, inciso I, § 3º)

refere-se à Lei Complementar Estadual nº 717/2018, que “Instituiu o Plano de Cargos, Carreira e Vencimentos dos servidores da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina”, possibilitando que haja tal gratificação (FG2) aos servidores da DPE-SC -, e não a seus membros, Defensores Públicos.

A eventualidade de extensão dessa gratificação, sem previsão legal, sim, é que caracterizaria uma ilegalidade, por se tratar de pagamento de verba pública não prevista em lei em favor de determinada categoria do serviço público. Daí que a defensoria pública suscitante quer induzir em erro a autoridade administrativa no ponto que cogita a aplicação de um regime jurídico criado para uma determinada categoria (servidores de apoio da DPE-SC) a outra (Defensores e Defensoras Públicas), cujo recebimento de gratificação é expressamente vedado.

Por tais razões, nos concursos da DPE-SC, a avaliação acerca da remuneração da banca examinadora e da comissão de concurso foi estabelecida nos diferentes certames realizados como parte integrante do projeto básico e como elemento da proposta administrativa de contratação das entidades organizadoras de concurso públicos, que executarão o contrato, de modo a possibilitar uma justa e devida remuneração pelas atividades e tarefas realizadas, assim como as correspondentes responsabilidades inerentes ao serviço de natureza excepcional, essencial e relevante, a ser prestado pelos integrantes da Comissão e da Banca do Concurso. A inclusão da remuneração, no projeto de contratação, é também necessária e justa para compensar o trabalho adicional e especializado realizado na organização de todo do concurso e durante sua realização, que excede as funções habituais de seus integrantes.

É cediço que organizar um concurso público é uma atividade extremamente complexa e que requer tempo, dedicação e conhecimento técnico específico, além das iminentes responsabilidades jurídicas e administrativas de seus membros. A remuneração traduz pagamento devido e justo por um serviço de natureza extraordinária, inexistindo, pois, qualquer conflito de interesses.

Outrossim, a vedação suscitada pela defensoria pública, no sentido que a lei proíbe os autores do projeto básico de participar da execução do contrato, não se qualifica na situação específica do presente contrato diante da justificativa para o estabelecimento da remuneração aos integrantes da Comissão e da Banca de Concurso, porquanto as atividades por eles realizadas é inerente à natureza do trabalho do órgão e de seus integrantes, em atividades excepcionais e temporárias. Veja-se que, neste caso, a participação da comissão na organização do concurso traduz parte das atribuições do órgão público, sendo a execução do contrato atribuída a entidade contratada.

Outrossim, é importante bem compreender que o artigo 14, I, da NLLC tutela a isonomia entre os concorrentes do processo licitatório ou de contratação, pois o dispositivo almeja evitar que pessoas com conhecimento prévio das necessidades da administração possam participar do procedimento licitatório ou da contratação em posição de vantagens perante os demais concorrentes.

Veja-se que inexistente qualquer conflito de interesses o estabelecimento da previsão de remuneração pelas atividades exercidas pela comissão e banca examinadora no projeto básico do objeto a ser contratado, pois, ao estabelecer tal previsão no contrato a ser avençado, não visa obter vantagem em favor de algum dos eventuais concorrentes à contratação. Aliás, os membros da comissão não são licitantes ou sócios de empresas ligadas à organização de concurso público, inexistindo qualquer ilegalidade ao se estabelecer a previsão contratual de que a remuneração fique ao encargo da entidade contratada.

Exemplificativamente, a vedação legais e aplicaria no caso em que uma empresa executasse o projeto básico de uma contratação pública e tivesse interesse em também executar o objeto principal, de modo que, para preservar a isonomia entre os concorrentes e contratantes, a legislação estabelece traz a proibição descrita no artigo 14, I, da NLLC,

dirigida aos particulares licitantes e concorrentes, situação completamente diversa do presente caso, na qual o projeto básico foi previamente definido pela própria comissão, ou seja, pela administração institucional, e devidamente encaminhado a entidades organizadoras de concurso público, para que avaliassem as condições da contratação e seus custos inerentes, situação plenamente lícita e válida e que não se confunde com a execução do contrato, que, no presente caso, compete à fundação regularmente contratada.

Nesse sentido:

“Antes da realização de qualquer licitação, é obrigatória a elaboração dos projetos básico e executivo, que nada mais são do que instrumentos por meio dos quais serão estabelecidos os elementos necessários para a execução de uma obra ou para a prestação de um serviço.

Esses instrumentos são essenciais, uma vez que se embasam em estudos técnicos que definem a viabilidade técnica de determinada obra ou serviço a ser contratado, possibilitando a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e dos prazos de execução.

Via de regra, os projetos básico e executivo podem ser executados pelo próprio órgão público que está promovendo a licitação, por intermédio de seu corpo técnico. No entanto, para obras e serviços mais complexos e de valores mais elevados, é imprescindível a realização de uma licitação prévia apenas para a contratação de uma empresa para a execução do projeto básico.

Nesses casos, é comum que a empresa que executou o projeto básico tenha interesse em executar também o objeto principal da licitação, sob o argumento de ter mais familiaridade e conhecimento técnico sobre a obra ou o serviço a ser executado.

No entanto, nem sempre a empresa que executou o projeto básico poderá concorrer na licitação referente à execução do objeto principal, pois existe expressa vedação legal prevista no art. 9º, incs. I e II, da Lei nº 8.666/1993, que assim disciplina:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I –o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II –empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;(Grifamos)

A referida vedação foi mantida na nova Lei de Licitações e Contratos(Lei nº 14.133/2021), sancionada em 01.04.2021[1], e tem por claro objetivo evitar que empresas, ao participarem da elaboração de projetos básicos e/ou executivos, insiram elementos que direcionem a licitação do objeto principal, incluindo diretrizes ou soluções que lhes permitam beneficiar-se quando da apresentação das propostas, ou que impeçam a participação no certame de outras licitantes possivelmente aptas para a execução da obra ou do serviço.(<https://zenite.blog.br/a-empresa-que-elabora-o-projeto-basico-ou-executivo-vo-pode-participar-da-licitacao-para-execucao-do-objeto-principal/>)

Nota-se, pois, que o artigo 14, inciso I, da Lei nº 14.133/2021 proíbe a participação do autor do projeto básico licitação ou na execução do contrato. Essa proibição tem como foco evitar conflitos de interesses em projetos de obras ou fornecimentos de bens e serviços, onde o autor poderia usar informações privilegiadas para obter vantagens indevidas, por exemplo, prejudicando a concorrência entre demais participantes interessados na adjudicação do objeto a ser contratado.

No presente caso, a participação da Comissão na elaboração do projeto básico e a fixação de remuneração para a comissão e banca organizadora, ao encargo da entidade a ser

contratada, não enseja qualquer ilegalidade e nem sequer um conflito de interesse, inexistindo qualquer concorrência em relação ao objeto contratado envolvendo os integrantes da comissão e da banca, pois não são sócios ou administradores de qualquer entidade organizadora de concursos, muito menos da entidade contratada para o IV Concurso Público. Os membros da comissão e da banca não são licitantes ou contratados da entidade.

A inclusão de cláusula no projeto básico, prevendo a remuneração por atividades e tarefas durante o concurso, pela comissão e banca, não deriva de uma competição de mercado, mas sim de uma função específica relacionada ao objeto cuja execução é realizada pela entidade contratada. O único e exclusivo interesse dos integrantes da comissão foi o de organizar o concurso de forma eficiente e transparente, com a regular contratação de entidade apta ao desenvolvimento das atividades do certame, sendo a previsão de remuneração incluída no projeto básico de forma transparente e enviada a diversas entidades organizadoras, seguindo os procedimentos adequados e parecer jurídico, com ciência das partes interessadas na contratação, inexistindo qualquer violação legal. A remuneração dos membros da comissão e da banca examinadora, como justa e devida compensação pelas atividades e tarefas realizadas, enquanto prática administrativa legítima e adequada ao interesse público, jamais pode ser interpretada como ilegalidade, conclusão a toda evidência temerária e evitada de má-fé, consideradas as diligências e atos concernentes à organização e ao desenvolvimento das atividades iminentes a um concurso público.

Relativamente a eventual conflito de interesses mencionado na Lei nº 12.813/13, tem-se primeiramente, que a norma é inaplicável ao presente caso, pois se trata de preceito normativo referente ao poder executivo da União e a determinados cargos federais (art 1º, e 2º, da Lei).

A DPE-SC, instituição constitucional autônoma (CF-88, art. 134), de natureza estadual e regulada em lei específica (LCE n. 575-12), evidentemente não se sujeita a normas estipuladas e dirigidas ao Poder Executivo Federal, o que seria fundamento suficiente para afastar a alegação da suscitante, que, no ponto, mostra-se extremamente confusa e atécnica, tudo com o aparente objetivo de induzir a autoridade administrativa em erro.

De todo modo, mesmo se a legislação federal fosse aplicável ao presente caso, tem-se, como já acima demonstrado, que não existe qualquer conflito de interesses neste feito, inclusive a suscitante argumenta um mero exercício de suposições não demonstrando em nenhum momento como a previsão no projeto básico de remuneração aos membros da comissão e da banca examinadora pelas atividades regular e devidamente exercidas afetaria negativamente as decisões do concurso e do interesse público pressuposto à organização e desenvolvimento das atividades voltadas à realização da contratação da entidade e à organização do concurso. O vínculo que geraria o impedimento se daria em relação à pessoa que desempenha função de autoridade no processo licitatório ou na gestão do contrato, por ser o ator com poder de potencialmente influenciar a condução ou o resultado do certame ou da contratação em benefício de outrem, o que evidentemente não é o caso.

Ademais, também é importante analisar a natureza da função da comissão de concurso, um órgão público-institucional, e cujos membros exercem uma relevante função de organizar e acompanhar todo o concurso. Nesse sentido, tanto a banca quanto a comissão são órgãos cujas atividades possuem natureza transitória e específica, que, indiscutivelmente, exige dedicação e responsabilidade além do que é normalmente exigido das funções públicas rotineiras, afigurando-se lícita a previsão, como componente de projeto básico da contratação de entidades especializada em concurso público, da remuneração da atividade de seus integrantes.

Veja-se que, diferentemente da vedação legal de que Defensores Públicos recebam gratificação ou outra verba remuneratória que não seja o subsídio em parcela única, não

há vedação legal no sentido de proibir que a remuneração de atividades durante da fase de execução do objeto de contratação pelo ente público seja transferida, como componente da própria relação jurídica, à entidade contratada, conforme cláusula contratual, devidamente justificada e aceita pelo contratado.

Ademais, não se trata de remuneração indevida ou eivada de má-fé, alegação que se afiguraria totalmente temerária, considerado o histórico funcional e as relevantes atividades e serviços prestados por todos os integrantes da comissão de concurso, de modo que seria totalmente desproporcional anular todo o processo de contratação da entidade, realizada de maneira transparente, com a inclusão das cláusulas no Projeto Básico e ciência das partes interessadas, devidamente justificada e que não comprometeu a lisura do processo, inexistindo qualquer vício no procedimento capaz de nulificá-lo, considerado também que a nulidade de um contrato é uma medida extrema, e deve ser aplicada apenas diante de indiscutível ilegalidade, o que não ocorre no presente caso.

(...)

Sem manifestação pela FUNDATEC, que abordou apenas as questões que lhe dizem respeito.

A ASSEJUR opinou da seguinte maneira:

(...)

II.IV. Da remuneração da Comissão Organizadora do Concurso. Da remuneração da Banca Examinadora.

A requerente alegou a ilegalidade e imoralidade de os Membros da Comissão Organizadora do Concurso, autores do projeto básico, normatizarem a auto remuneração pela função realizada, além de questionar os valores da gratificação e a falta de observância dos critérios objetos para escolha do Membros da Banca Examinador.

Os Membros da antiga Comissão Organizadora disseram que é devida tal remuneração à própria Comissão Organizadora e também à Banca Examinadora, sendo questão necessária e justa, pois as atividades por eles realizadas são inerentes à natureza do trabalho do órgão e de seus integrantes, em atividades excepcionais e temporárias. Disse que diferentemente da vedação legal de que Defensores Públicos recebam gratificação ou outra verba remuneratória que não seja o subsídio em parcela única, não há vedação legal no sentido de proibir que a remuneração de atividades durante da fase de execução do objeto de contratação pelo ente público seja transferida, como componente da própria relação jurídica, à entidade contratada, conforme cláusula contratual, devidamente justificada e aceita pelo contratado.

Pois bem!

À Comissão Organizadora do IV Concurso para Defensor Público Substituto compete, dentre outras atribuições: acompanhar e prestar informações sobre o certame, elaborar a proposta do Edital, selecionar integrantes da Banca Examinadora, homologar os resultados do Concurso, etc (art. 9º da Resolução n 127/2023 do CSDPESC). As competências trazidas no artigo 9º à Comissão foram outorgadas a ela pelo Conselho Superior da Defensoria Pública.

Aos Membros da Banca Examinadora compete, dentro outras, elaborar a prova de primeira etapa e julgar recursos correspondentes, elaborar e corrigir as provas orais e discursivas, arguir os candidatos submetidos à prova oral (art. 12 da Resolução 127/2023 do CSDPESC).

O ponto central acerca da possibilidade (ou não) do pagamento de gratificação à Comissão Organizadora e à Banca Examinadora do IV Concurso Público passa pela análise da existência de dispositivo legal permitindo à concessão de gratificação.

48/65

A Lei Estadual n 6.745/1985, em seu artigo 85 ss, diz que:

Art. 85. São concedidas ao funcionário as seguintes gratificações:

II - pela participação em grupos de trabalho ou estudo; nas comissões legais; e em órgãos de deliberação coletiva (art. 3º);

V - pela participação em banca examinadora de concurso público;

§ 1º Os valores das gratificações previstas nos itens II, IV e V, do artigo 85, serão fixados por unidade de tempo previsto ou pela presença nas sessões.

Por sua vez, a Lei Complementar Estadual n 717/2018, estabelecendo outras providências trazidas na sua Ementa, estatuiu no parágrafo 3º do artigo 19 que:

§ 3º As Comissões de Concurso da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina são consideradas Comissões Especiais de Trabalho.

Diz ainda a Lei Complementar Estadual n 575/2012 que:

Art. 59. Ficam criados os cargos relacionados nos anexos desta Lei Complementar, conforme especificações e remuneração neles constantes.

§ 2º Aplicam-se aos Defensores Públicos e aos demais servidores da Defensoria Pública o disposto na Lei nº 6.745, de 1985.

A Comissão Organizadora e a Banca Examinadora estão desempenhando trabalho de natureza especial, visando a realização do IV Concurso Público para provimento do cargo de Defensor Público Substituto, tarefa de alta complexidade, que exige especialização dos participantes, tendo como desiderato final a aprovação e chamamento dos candidatos que estão prestando o concurso, a fim de que seja garantida, sempre, a prestação dos serviços públicos prestados à população catarinense (Lei Federal n 13.460/2017).

Além das disposições legais permitindo o pagamento (acima citadas), cabe destacar o que Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, na Consulta 23/00548547, decidiu sobre a autonomia da DPESC:

CONSULTA. DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL. AUTONOMIA FUNCIONAL E ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DO DEFENSOR PÚBLICO GERAL. ATO REGULAMENTOR DE AUXÍLIO EDUCAÇÃO INFANTIL. Não há impedimento para a regulamentação do art. 115, §1º, II e §2º da Lei Estadual n. 6.745/1985 por ato próprio do Defensor Público-Geral, de acordo com as competências legais expressas no art. 59, §2º c/c o art. 10, inciso XIII, da LCE n. 575/2012. A autogestão de cada Poder ou Instituição Autônoma na adoção de parâmetros para regulamentação de benefícios é uma prerrogativa decorrente de sua autonomia administrativa e financeira. Contudo, é fundamental respeitar os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, conforme o art. 134, §2º, e as condicionantes do art. 169, §1º da Constituição Federal.

Portanto, como visto, há possibilidade legal e jurídica para pagamento de gratificação aos Membros da Comissão Organizadora do Concurso e aos Membros da Banca Examinadora pela Defensoria Pública, consignando-se, porém, que o pagamento da respectiva gratificação deve ser arcado pela Defensoria Pública de Santa Catarina.

(...)

Instada pela Defensoria Pública-Geral, a Diretoria de Controle Interno lavrou o Memorando DCI nº 26/2024.

Ei-lo.

(...)

Manifestação

De plano, cumpre destacar que esta UCI não possui atribuição para análise de questões envolvendo eventuais ilegalidades, uma vez que tal fato encarta matéria eminentemente jurídica, hipótese afeta à esfera de atuação da d. ASSEJUR. Os aspectos aqui verificados serão diversos dos jurídicos, atinentes à conformidade contábil, financeira, orçamentária e operacional, pois qualquer atuação fora destes limites poderia refletir usurpação de competência.

Tal conclusão pode ser retirada da Resolução CSDPESC n. 95-2018 (art. 31), que define a Diretoria de Controle Interno como “órgão auxiliar e com competência de exercer a orientação e a fiscalização das atividades exercidas pelos órgãos de gestão administrativa da Defensoria Pública, com o objetivo de assegurar a legalidade, a legitimidade, a economicidade, a eficiência, a eficácia, a publicidade e a transparência da gestão administrativa”.

Ressalta-se que a conduta não configura omissão, ao contrário, apenas a observância do Regimento Interno da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, bem como do princípio da não cogestão, premissa básica de atuação do Sistema de Controle Interno.

Portanto, a manifestação ora apresentada ficará adstrita à conformidade do pagamento da Comissão Organizadora e Avaliadores do IV Concurso Público para ingresso na carreira de Defensor Público.

Ultrapassada a questão, nota-se que o processo surgiu a partir de requerimento elaborado pela Exma. Defensora Pública, Dra. Ana Carolina Dihl Cavalin, a fim de que a Defensoria Pública-Geral verificasse a existência de vícios de ilegalidade insanáveis praticados na contratação da instituição organizadora do Concurso Público acima mencionado, qual seja, FUNDATEC.

Este Controle Interno, em pesquisa sobre o pagamento de comissões organizadoras e avaliadores de concursos equivalentes (Magistratura, Ministério Público, etc), encontrou normativa expedida pelo CNJ, isto é Portaria n. 208/2021, que alterou a Portaria n. 192/2014, que dispõe sobre a gratificação por encargo de curso ou concurso para servidores e magistrados, ato este que se estende a todo Poder Judiciário.

O art. 8º da Portaria antes referida expressa que magistrados podem laborar como examinadores e avaliadores, tendo direito à gratificação por curso ou concurso público. Especificamente em relação à remuneração dos componentes da Comissão de Concurso, nos idos de 2016, o Plenário do CNJ respondeu a uma consulta do TRF3 sobre a possibilidade de se remunerar magistrados integrantes de banca examinadora e de comissão de concurso. A resposta foi positiva para os dois casos.

Ainda, o pagamento de retribuição pecuniária para integrantes de comissão responsável pela organização e planejamento do concurso também foi objeto de regulamentação no âmbito do TJMG, por meio da Resolução n. 910/2020, do Órgão Especial.

Estes órgãos já possuem normativa interna regulamentando a concessão da benesse, ao contrário da DPESC, que ainda não apreciou o tema via Conselho Superior. Até porque, salvo melhor juízo, não se logrou êxito em encontrar na Resolução CSDPESC n. 127/20243 dispositivos prevendo a contraprestação pecuniária, as hipóteses de concessão, os valores, prazo para pagamento, etc.

No caso em tela, a remuneração dos integrantes da comissão de concurso, dos examinadores e dos avaliadores se dá por dispositivo contratual, decorrente da avença firmada com a empresa organizadora.

Diante de tal fato, somadas dúvidas em relação à operacionalização do pagamento em si, esta UCI enviou questionamentos para a Diretoria de Licitações e Contratações (DLC) do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, embora se reconheça o caráter não vinculativo de tal manifestação, apenas seu viés orientativo e pedagógico.

A mensagem foi encaminhada à Diretoria de Contas de Gestão (DGE) por envolver a operacionalização do pagamento da Comissão Organizadora e Avaliadores, a qual respondeu no sentido de ser necessária autorização normativa expressa para o

adimplemento da retribuição pecuniária ao labor dos componentes da comissão antes referida, fato não observado no seio desta Instituição.

Desta feita, diante do alerta realizado pelo Tribunal de Contas do Estado, por meio de sua Diretoria de Contas de Gestão (DGE), incabível o pagamento dos integrantes da Comissão Organizadora e Avaliadores, pois a previsão inclusa apenas em contrato não é suficiente para gerar tal direito.

Assim, RECOMENDA-SE que não seja efetuado o referido adimplemento até que a matéria seja regulamentada no âmbito da DPESC.

Após tal providência ser efetivada, há que se esclarecer que a comissão pode ser remunerada com os recursos auferidos com o recolhimento da taxa de inscrição, desde que observada condicionante ao tempo do pagamento. Explica-se.

Como os trabalhos da Comissão iniciam antes do período de inscrição do concurso, o pagamento desde logo do labor deveria ser realizado pelos cofres da própria DPESC. Contudo, se a remuneração for postergada para o término dos trabalhos, tal adimplemento pode ser realizado com os recursos advindos das taxas de inscrição do certame.

Tal orientação também está descrita na resposta da DGE aos questionamentos elaborados por esse Controle Interno e, se realizados desta forma, também observarão os ditames da Lei n. 4.320/1964.

Além de não onerar o orçamento da DPESC, o pagamento postergado da comissão e avaliadores ao final dos encargos recebidos ainda fica em conformidade com a liquidação da despesa, previsto no art. 63 da norma acima mencionada.

Com isso, seria possível verificar o direito adquirido dos integrantes da comissão em perceber a benesse, já que executado o concurso público. E como o período de inscrição já estaria há muito encerrado, não haveria óbice em se utilizar os recursos arrecadados para o pagamento da comissão organizadora e avaliadores/examinadores.

Por conseguinte, RECOMENDA-SE que o tempo do pagamento da comissão, dos avaliadores e dos examinadores observe o término dos trabalhos, para que a remuneração utilize os recursos advindos do recolhimento da taxa de inscrição, respeitando o previsto no art. 63 da Lei n. 4.320/1964.

Recomendação

Desta feita, considerando o até então exposto, RECOMENDA-SE:

A) Que o pagamento dos integrantes da Comissão Organizadora do IV Concurso Público para ingresso na carreira de Defensor Público seja efetuado após a matéria ser regulamentada no âmbito da DPESC;

B) Que o tempo do pagamento da comissão, dos avaliadores e dos examinadores observe o término dos trabalhos, a fim de que a remuneração utilize os recursos advindos do recolhimento da taxa de inscrição, respeitando assim o previsto no art. 63 da Lei n. 4.320/1964.

(...)

Apesar das diversas divergências, a requerente e os membros da Comissão Organizadora concordam num ponto, a saber, a inexistência, no âmbito da Defensoria Pública, de norma disciplinadora da remuneração pelo exercício de tarefas extraordinárias.

E se registra desde logo que não se está a falar do serviço extraordinário propriamente dito, realizado em sábados, domingos, etc, que possui previsão legal no

âmbito estadual, mas sim naquele que acontece, ou deve acontecer, de maneira concomitante com o ordinário.

A operosa e diligente titular da Diretoria de Controle Interno analisou a questão com o devido afincio, e concluiu, em suma, que: a) a participação de membros em comissões organizadoras de concurso foi regulamentada no seio do Poder Judiciário e do Ministério Público; b) promotores de justiça e magistrados podem laborar como organizadores, examinadores e avaliadores, tendo direito à respectiva remuneração; c) outras Instituições também já regulamentaram o assunto; d) a Defensoria Pública pode regulamentar o tema via Conselho Superior, mas não o fez; e) no presente caso, a remuneração dos integrantes da comissão de concurso, dos examinadores e dos avaliadores decorre da avença firmada com a empresa organizadora; f) há a necessidade de autorização normativa expressa para o adimplemento da retribuição pecuniária ao labor dos componentes da comissão organizadora; e g) por ora, o pagamento é incabível e, caso ocorra futuramente, deverá observar as duas recomendações expedidas.

Não se desconhece que a Defensoria Pública pode, por força de sua autonomia, regulamentar os mais diversos temas, sendo que isso ocorre, em regra, por meio da atuação do Conselho Superior.

Quando e se isso ocorrer, o órgão colegiado deverá dizer qual será a contraprestação, as hipóteses de incidência, os prazos de pagamento, eventuais impedimentos para participar das comissões, etc.

Entretanto, até que isso ocorra não é possível o pagamento dos membros da Comissão Organizadora do certame.

Assim sendo, acolho o pedido da requerente, forte nas razões apresentadas pela DCI, acolho parcialmente o pedido efetuado pela requerente e, por conseguinte, declaro a nulidade do item 9.11 do projeto básico, com os respectivos reflexos.

O quarto item da impugnação aponta que o termo aditivo foi celebrado sem observar recomendação da Diretoria do Controle Interno.

Veja-se.

(...)

V. TERMO ADITIVO CELEBRADO SEM OBSERVAR RECOMENDAÇÃO CONSTANTE NO PARECER Nº 21/2024 DA DIRETORIA DE CONTROLE INTERNO

No Parecer nº 21/2024, de fls. 1086/1090, a DIRETORIA DE CONTROLE INTERNO recomendou a alteração dos itens 9.4 a 9.7, 9.11 e 9.12 do PROJETO BÁSICO (fls. 943-983). Nada teceu acerca da possibilidade de celebrar o termo aditivo antes de tal alteração. Importa salientar que as obrigações constantes no PROJETO BÁSICO obrigam a CONTRATADA, dado o disposto nas CLÁUSULAS SEGUNDA e OITAVA do contrato de fls. 1015/1019.

Por consequência, não poderia ser assinado o TERMO ADITIVO de fls. 1097/1100 sem que, ANTES, fossem feitas, pela Comissão Organizadora, as alterações nas obrigações previstas no PROJETO BÁSICO, já que este integra o contrato.

Com efeito, nos termos do art. 147 da Lei nº 14.133/21 c/c arts. 74 a 76 do Regimento Interno da Defensoria Pública (Resolução CSDPESC nº 95/2018) c/c Súmula 473/STF (princípio da autotutela administrativa) deve ser declarada a NULIDADE do 1º TERMO ADITIVO, eis que pendente a alteração do PROJETO BÁSICO que o referido aditivo menciona na ARTIGO QUARTO (fls. 1099), tal como recomendado no PARECER DCI Nº 21/2024, de fls. 1086/1090.

(...)

Sobre o assunto, os membros da Comissão Organizadora disseram que:

(...)

V. DO TERMO ADITIVO–RECOMENDAÇÕES DE CONTROLE INTERNO –CARÁTER ORIENTATIVO -AUTONOMIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA –AJUSTES CONTRATUAIS PARA ATENDIMENTO AO INTERESSE PÚBLICO E ADEQUAÇÃO À JURISPRUDÊNCIA DO TCE-SC –AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU VÍCIO SUBSTANCIAL.

Alega a suscitante que não foram atendidas recomendações da Diretoria de Controle Interno e que o parecer jurídico do termo aditivo “Nada teceu acerca da possibilidade de celebrar o termo aditivo antes de tal alteração”.

Inicialmente, é importante considerar os aspectos jurídicos que fundamentam a atuação da administração pública e a natureza do procedimento administrativo envolvido.

A administração pública possui autonomia para gerir contratos e adaptar obrigações contratuais conforme as necessidades do serviço público e a adequação às normas legais. No presente feito, o termo aditivo decorreu do ajuste da relação contratual à jurisprudência do TCE-SC (Prejulgado 1213), para o fim de que os valores oriundos das inscrições no certame fossem depositados em conta pública da própria instituição, adequando-se ao prejulgado da corte de contas. Ou seja, o aditivo deu-se para readequação a preceitos do órgão de controle externo, preservando o interesse público sem qualquer mácula contratual.

A Lei nº 14.133/21, ao tratar dos contratos administrativos, permite a celebração de aditivos para adequar o contrato às necessidades administrativas, como ocorreu no presente caso, especialmente na hipótese que teve como objetivo a adequação a preceito do TCE-SC. O termo aditivo observou o princípio da eficiência administrativa, buscando dar continuidade ao andamento do contrato, mesmo que as alterações recomendadas pela DCI não tivessem sido implementadas de imediato. A administração tem o dever de atuar com eficiência, o que pode incluir ajustes contratuais ao longo da execução para melhor atender ao interesse público.

Cabe destacar ainda que as recomendações de controle interno têm caráter orientativo e não possuem força vinculante sobre a administração pública. A decisão final sobre a assinatura do termo aditivo recai sobre o gestor, que pode, justificadamente, optar por não implementar as recomendações de forma imediata. A administração pública possui discricionariedade para analisar a necessidade e o momento oportuno para implementar

53/65

tais alterações, de modo que podem ser realizadas posteriormente sem que isso implique, necessariamente, em nulidade do termo aditivo. Ademais, a prática da autotutela administrativa permite a correção de eventuais vícios de forma a garantir a continuidade da execução do contrato. Outrossim, a nulidade de um ato administrativo, como a assinatura de um termo aditivo, requer a presença de um vício substancial que afete diretamente a legalidade ou legitimidade do ato, que não existe no presente caso.

Note-se que a DCI registrou a conformidade legal do termo aditivo, consignando, tão somente, recomendações de natureza formal, traduzidas em decorrências lógicas e reflexas do próprio ajuste do projeto básico e do contrato ao Prejulgado 1213 do TCE, quais sejam: adequação de cláusula contratual ao prejulgado, para que os valores das inscrições no certame sejam arrecadas pelo ente público e que a conta seja em intuição financeira oficial, ambas providências já estabelecidas.

Com efeito, conforme parecer jurídico n. 177-2024, a Assessoria Jurídica assim se manifestou: “a recomendação DCI para alteração do Projeto Básico se restringe à mera consequência formal inerente ao saneamento do contrato, o que já foi objeto de decisão, e que não afeta a execução contratual, tampouco o firmamento do presente aditivo, pelas razões dispostas no Parecer ASSEJUR n. 176-2024. A utilização de conta em instituição financeira oficial já é materializada no âmbito da DPESC, sendo despcienda a tomada de medidas específicas”.

De fato, o aditivo contratual teve como origem o ajuste da situação jurídica ao Prejulgado 1213 do TCE, estabelecendo na cláusula quartado aditivo, que os valores arrecadados com as inscrições são receitas da instituição contratante, tanto que já fora até mesmo aberto crédito orçamentário no corrente ano, pelo Poder Executivo, destinado a tal finalidade (processo DPE n. 1040-2024), de modo que, conforme certidão da GECON(p. 1123), indicou-se a tomada de providências e ajustes recomendados nas questões formais, com determinação de sua realização pelo setor competente (p. 1136).

Veja-se o 1º termo aditivo contratual, artigo segundo, cláusula quarta, que ajusta o contrato ao prejulgado do TCE-SC(p. 1125-1129):

“CLÁUSULA QUARTA -DO PERCENTUAL RETIDO E DO REPASSE Os valores arrecadados com as taxas de inscrição serão receitas da CONTRATANTE, que repassará à CONTRATADA percentual relativo ao valor arrecadado com as inscrições, conforme a tabela abaixo (...)

Parágrafo terceiro. Os repasses dos percentuais acordados serão efetuados pela CONTRATANTE em favor da CONTRATADA, na seguinte conta: CNPJ: 87.878.476/0001-08; Banco: 001 –Banco do Brasil; Agência: 1899-6; Conta: 109240-5.

Portanto, a recomendação e o próprio aditivo contratual objetivaram o alinhamento da contratação à jurisprudência do Tribunal de Contas (TCE), inexistindo ilegalidade a viciar a relação jurídica, uma vez que a alteração foi devidamente justificada, conforme parecer jurídico e do controle interno; respeitou-se os limites legais da contratação, atendendo-se aos princípios da administração pública, como a legalidade, a eficiência e a economicidade, pois o ajuste do contrato à luz da jurisprudência da corte de contas visou corrigir o rumo da execução contratual, e, por fim, verifica-se que a essência do objeto original da contratação foi devidamente mantida, inexistindo qualquer modificação substancial do objeto contratado, com vistas ao cumprimento das orientações da jurisprudência do TCE. A adequação meramente formal do projeto básico à jurisprudência do TCE-SC, conforme parecer da Assejur, encontra-se aguardando a formalização pela administração, situação não ainda não realizada, acredita-se, em razão da atual suspensão do contrato.

Outrossim, conforme a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal (STF), a administração pública pode anular seus próprios atos, quando ilegais, e revogá-los por razões de conveniência ou oportunidade. No entanto, a anulação é uma medida extrema que exige

a presença de um vício substancial. Se os ajustes realizados posteriormente no Projeto Básico foram de natureza formal e não acarretaram prejuízo ao processo licitatório ou à execução do contrato—especialmente no presente caso cujo aditivo contratual deu-se para ajustes voltados à readequação de preceitos de controle -, a autotutela deve ser exercida apenas para realizar eventuais correções sem que seja necessário declarar a nulidade do aditivo. No caso em questão, os ajustes no Projeto Básico a serem realizados após o aditivo são meras formalidades decorrentes da adequação da relação jurídica ao Prejulgado n. 1213 do TCE, e não comprometem a execução contratual, de modo que, na interpretação dos subscritores, a nulidade não é justificada no caso concreto.

(...)

Entendendo que o ponto não lhe diz respeito, a FUNDATEC não se manifestou.

A douta ASSEJUR exarou o seguinte parecer:

(...)

II.V. Do Termo Aditivo sem observância do parecer da Diretoria de Controle Interno

A requerente alega que o termo aditivo foi firmado sem a observância das recomendações da Diretoria de Controle Interno (DCI), o que, segundo ela, comprometeria a legalidade do ato. Por outro lado, a Comissão Organizadora do Concurso argumenta que as orientações da DCI não possuem caráter vinculante e que o gestor pode, justificadamente, optar por não as seguir.

O art. 74 da Constituição Federal estabelece que os sistemas de controle interno devem avaliar a legalidade, eficiência e economicidade dos atos administrativos, mas não lhes confere poder vinculante ou decisório.

Assim, suas recomendações são de caráter orientativo, cabendo ao gestor público fundamentar suas decisões de forma clara e motivada.

Além disso, a lei 14.133/21, em seus artigos 124 e 125, regula a celebração de aditivos contratuais, impondo a necessidade de (a) fundamentação nas cláusulas contratuais originais, (b) justificativa que demonstre adequação, necessidade e alinhamento ao interesse público e (c) observância dos princípios da eficiência, legalidade e economicidade. Como se vê, em nenhum dispositivo a legislação condiciona a validade de aditivos contratuais à anuência ou aprovação prévia do sistema de controle interno.

Assim sendo, conclui-se que as recomendações do Controle Interno não possuem caráter vinculante, embora tenham a função de alertar para possíveis riscos ou desconformidades. A ausência de caráter vinculante das recomendações da DCI confere autonomia ao gestor público para decidir, desde que sua decisão seja motivada e compatível com os objetivos da administração pública. Portanto, na análise apresentada, o termo aditivo se mostra válido e regular, não havendo vícios que comprometam sua legalidade.

(...)

A análise do processo administrativo que cuida que contratação da entidade organizadora do concurso público mostra que realmente o termo aditivo foi celebrado antes das alterações sugeridas pela Diretoria de Controle Interno.

As alterações recomendadas pelo Controle Interno são as seguintes:

55/65

(...)

- 1) Instar a GECON a alterar os itens 9.4 a 9.7, 9.11 e 9.12 do Projeto Básico (fls. 943-983), para que se adequem a nova redação do Prejulgado n. 1213, da Corte de Contas Catarinense;
- 2) Que a conta utilizada para arrecadação do valor da inscrição do certame seja de instituição financeira oficial, nos termos do art. 164, § 3º, da Constituição Federal.

(...)

Por meio Despacho SUBDPG nº 555/2024, a autoridade administrativa competente acolheu tais recomendações e determinou a adoção das providências necessárias à correção das irregularidades, sendo que processo administrativo aguarda a prolação desta decisão para então retomar seu curso.

Pois bem.

Como bem se sabe, a alteração dos contratos firmados pela administração pública é medida por demais excepcional, de modo que ocorre somente quando as circunstâncias fáticas indicam que tal providência é o melhor caminho para assegurar o interesse público.

Ademais, eventuais alterações exigem motivação idônea e que possa ser sindicada por todos os interessados.

No caso que ora se analisa, diante das arguições constantes na impugnação, a discussão não gira em torno da conveniência administrativa, ou ainda do (des)acerto administrativo/político do gestor, mas sim em volta da (in)existência de ilegalidade.

É certo que a autoridade administrativa deveria ter adotados as providências necessárias à alteração do projeto básico, e fê-lo. O caminho escolhido foi o da legalidade, pois se pretendia ajustá-lo ao Prejulgado 1213 do Tribunal de Contas.

Ou seja, o gestor, valendo-se da autotutela administrativa, corrigiu os vícios que entendeu que existiam.

Quando ao momento, não se vislumbrou vedação legal expressa à alteração do projeto básico em momento posterior ao da celebração do aditivo contratual.

Diante disso, rejeito a arguição de nulidade veiculada na petição da parte requerente.

Por fim, o quinto ponto diz respeito à decisão da Comissão Organizadora que indicou os examinadores do concurso público.

De acordo com a requerente:

(...)

VI. ANULAÇÃO DA DECISÃO DA COMISSÃO ORGANIZADORA, CONSIGNADA NA ATA DA 4ª REUNIÃO, QUE INDICOU EXAMINADORES IGNORANDO OS CRITÉRIOS ENUNCIADOS NO EDITAL Nº 01/2024 – EXAMINADORES REMUNERADOS COM RECURSOS PÚBLICOS – SELEÇÃO QUE DEVE SE MOTIVAR PELOS CRITÉRIOS OBJETIVOS ENUNCIADOS NO EDITAL E PELO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE
Conforme o art. 9º, IV, do Regulamento do IV Concurso Público para Ingresso na Carreira de Defensor Público Substituto do Estado de Santa Catarina (Resolução CSDPESC nº 127/2023), incumbe à Comissão Organizadora selecionar os(as) integrantes da Banca Examinadora das Etapas Discursiva e Oral do Concurso.

Como exposto em tópico anterior, os examinadores escolhidos pela Comissão Organizadora serão remunerados, com recursos públicos, pela execução das etapas discursiva e oral, o valor total de R\$ 15.026,39.

Neste escopo, em 18/07/2024, a Comissão Organizadora encaminhou, por e-mail, o Edital n. 01/2024(em anexo) que convoca os(as) Defensores(as) Públicos(as) do Estado de Santa Catarina interessados(as) em compor a Banca Examinadora da segunda e da terceira etapas do IV Concurso Público.

Os arts. 3º, caput, e 7º do referido Edital dispõem:

Art. 3º. A Banca Examinadora, escolhida pela Comissão Organizadora do Concurso, será composta, preferencialmente, por Defensores(as) Públicos(as) com reconhecida atuação na área e com titulação acadêmica, com abertura de prazo de, no mínimo, 03 (três) dias para inscrição dos(as) interessados(as).

Art. 7º. Serão admitidos e avaliados os currículos dos membros da Defensoria Pública candidatos à Banca Examinadora de acordo com os seguintes critérios:

I. Experiência em concurso jurídico como organizador ou examinador, comprovada mediante certidão ou declaração da instituição ou órgão que o realizou;

II. Exercício de docência em cursos jurídicos de Graduação ou Pós-Graduação(lato e stricto sensu), comprovada mediante certidão ou declaração da instituição de ensino;

III. Titulação acadêmica em nível de Doutorado, Mestrado e/ou Especialização em Direito, reconhecido pela CAPES ou pelo MEC, comprovado por cópia;

IV. Tempo de exercício e atuação na carreira de Defensor ou Defensora Pública;

V. Produção Científica em Direito(obra jurídica com registro no ISBN, devidamente comprovada; publicação de artigos em revistas, boletins, periódicos e sítios da internet com notório reconhecimento acadêmico-profissional, de obras intelectuais de conteúdo jurídico, com registro no ISSN, devidamente comprovadas

Sobre os critérios a serem adotados em seleções públicas, cita-se precedente do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA:

“Seleções promovidas pela Administração (como licitações, concursos vestibulares ou concessão de bolsas de estudo) devem seguir critérios objetivos para prestigiar a impessoalidade. Não é campo para criar escolhas ad hoc em detrimento da regulamentação prévia -à exceção de haver abusividade, como um dispositivo que agrida a racionalidade ou desvirtue os objetivos do certame. (..)(TJSC, Apelação Cível n. 0300299-30.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 14-05-2020).

Importante frisar que nos II e III Concursos Públicos para Ingresso na Carreira de Defensor Público Substituto do Estado de Santa Catarina, as respectivas Comissões Organizadoras assentaram que a seleção dar-se-ia por critérios objetivos, aferidos mediante pontuação: (*Atas das Sessões Públicas – Edital 1/2017 e 1/2024)

Pois bem, a Comissão Organizadora do IV Concurso, nos artigos 3º e 7º do Edital n. 01/2024, enunciou critérios objetivos para selecionar os examinadores, aos quais deve se vincular, não só porque enunciados (teoria dos motivos determinantes¹³), mas também porque a remuneração daqueles será efetuada por verba pública, logo, a seleção deve observar os princípios esculpidos no art. 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Ocorre que, analisando o processo DPE nº 147/2024, em especial a ATA da 4ª REUNIÃO de fl. 4991/4992, abaixo (da qual só participou o Defensor Público-Geral, a Subdefensora Pública Geral e a advogada indicada pela OAB) e os documentos enviados por e-mail pelos candidatos à examinador (fls. 56/4981), verifica-se que a Comissão Organizadora ignorou os critérios que enunciou e, mediante uma “motivação” absolutamente genérica, servível para todo e qualquer um, selecionou os examinadores por critérios subjetivos, quiçá, por preferências pessoais: (*Ata da 4ª Reunião da Comissão Organizadora)

Em anexo junta-se o quadro comparativo feito analisando-se estritamente os e-mails e documentos enviados pelos 22 (vinte e dois) candidatos à examinador, anexados no processo DPE 147/2024, a partir do qual é fácil constatar a total falta de lógica, além da ausência de motivação nas escolhas.

Desprezaram os currículos e documentos juntados por dois defensores doutores, docentes e por três mestres, optando por especialistas em áreas distintas.

A título de exemplo, o Conselheiro JORGE CALIL (fls. 2732/2751), como público e notório no âmbito institucional, faz parte do grupo político do anterior Defensor Público-Geral da anterior Subdefensora Pública-Geral –que fizeram a “seleção” junto com a advogada-, não tem mestrado, não tem experiência em docência, não tem sequer especialização em Direito Constitucional (a especialização dele é em Direito Processual fl. 2741), foi escolhido para aquela disciplina, tendo sido desprezados outros colegas que acumulam vários critérios, como mestrado e/ou especialização na área, experiência em outros concursos, docência, publicações e mais tempo de serviço na carreira, com experiência, inclusive, em cargos da Administração Superior da DPESC, a exemplo do Defensor Público Thiago B. Neves e da signatária, que foram preteridos. Não há racionalidade que explique isso.

O ASSESSOR JURÍDICO E LEGISLATIVO FERNANDO CORREA, que também faz parte do grupo político do Defensor Público-Geral anterior, RENAN SOARES DE SOUZA e no material de campanha o anunciou como o seu Corregedor-Geral, e que deu parecer neste processo, foi escolhido na disciplina de Processo Civil, mesmo apresentando apenas dois documentos junto com o seu formulário de inscrição(fl. 678/682), a saber: uma especialização em disciplina distinta e uma declaração de participação como examinador de direitos difusos, mesmo tendo outros colegas preenchendo mais critérios, dentre eles o tempo de serviço maior.

Outro exemplo é na disciplina de Processo Penal, cuja escolha escanteou a defensora pública FERNANDA MAMBRINI, que juntou comprovação do diploma de doutorado, de docência na UFSC e em cursos de pós-graduação na dita disciplina, com experiência em outros concursos e mais antiga na carreira que o selecionado, o defensor público VALENTIM HODECKER JUNIOR, que também fez parte do grupo político do Defensor Público-Geral anterior e no material de campanha o anunciou como o seu Corregedor-Geral. (* trecho do material de campanha)

Ante o exposto, em RESPEITO ao princípio da IMPESSOALIDADE e da MORALIDADE, e com fulcro na teoria dos motivos determinantes, que no caso afeta os critérios objetivos previstos no Edital n. 01/2024, deve ser declarada NULIDADE da decisão da Comissão

Organizadora, plasmada na ATA da QUARTA REUNIÃO (fls. 4991/4993) ou, subsidiariamente, postula-se que a presente impugnação da escolha da Banca Examinadora seja apreciada pela dita Comissão Organizadora, com fulcro no art. 9º, incisos VII e IX, da Resolução CSDPESC nº 127/2023.

(...)

Sem manifestação da FUNDATEC e com manifestação dos membros da Comissão Examinadora:

(...)

VI. DA LEGALIDADE DOS ATOS DA COMISSÃO E CONCURSO E AVALIAÇÃO DOS CRITÉRIOS ENORMAS RELATIVAS À SELEÇÃO DE EXAMINADORES – OBSERVÂNCIA DA RESOLUÇÃO CSDPESC N. 127-2023E DO EDITAL Nº 01/2024 – CRITÉRIOS OBJETIVOS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL INEXISTÊNCIA DE PONTUAÇÃO RELACIONADA AOS CRITÉRIOS. AUTONOMIA E EFICIÊNCIA – PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE RESPEITADO. DECISÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA.

A suscitante alega que a Comissão Organizadora, ao selecionar a banca examinadora, deveria observar critérios objetivos com estabelecimento de “pontuação”, com base no princípio da impessoalidade e da moralidade, requerendo a nulidade da decisão da comissão de concurso ou, subsidiariamente, que a impugnação seja apreciada pela comissão.

Sobre o assunto, estabelece o regulamento (Resolução n. 127-2023):

Art. 9º Compete à Comissão Organizadora do Concurso:

IV –selecionar os(as) integrantes da Banca Examinadora das Etapas Discursiva e Oral do Concurso;

Art. 11. A Banca Examinadora, escolhida pela Comissão Organizadora do Concurso, será composta, preferencialmente, por Defensores(as) Públicos(as) com reconhecida atuação na área e com titulação acadêmica, com abertura de prazo de, no mínimo, 3 (três) dias para inscrição dos(as) interessados(as).

A Resolução que rege todo o concurso público e as atividades da comissão de concurso (Resolução n. 127-2-23, do CSDPESC), estabelece que a banca "será composta, preferencialmente, por Defensores(as) Públicos(as) com reconhecida atuação na área e com titulação acadêmica".

Não é necessário muito esforço hermenêutico para concluir que a expressão legal "preferencialmente" indica uma diretriz, e não uma obrigação inflexível. Isso permite à Comissão Organizadora certa margem de discricionariedade para selecionar os membros, desde que respeitados os princípios legais e os objetivos do certame. A escolha dos membros da banca examinadora, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo regulamento, é um ato administrativo discricionário. A discricionariedade não implica arbitrariedade; ela permite que a administração escolha, dentro dos critérios do edital, os profissionais que considerar mais adequados, desde que a decisão esteja motivada e em consonância com o interesse público, o que ocorreu na presente hipótese.

Veja-se que a Comissão avaliou sim os diversos critérios para a escolha da banca, conforme decisão constante em atas de reuniões, incluindo experiência, titulação, produção científica e tempo de atuação como Defensor(a). A análise desses critérios pode envolver juízos de valor e ponderação, algo inerente ao processo de escolha da banca neste caso. Aliás, é bom frisar que a própria impugnante também foi selecionada para

banca, como examinadora em 02 disciplinas, na condição de suplente, podendo a qualquer tempo assumir a titularidade nas matérias para as quais foi selecionada. A nulidade de um ato administrativo é medida excepcional e somente deve ser aplicada quando há prova clara de violação aos princípios constitucionais, como desvio de finalidade, favoritismo ou total ausência de critérios objetivos, o que não é o caso, razão pela qual a invocação da teoria dos motivos determinantes para invalidar os atos da comissão é deveras precipitada e descabida.

O ato da Comissão é plenamente válido, conforme previsão do regulamento do concurso e na margem de discricionariedade administrativa conferida à Comissão, tomada com base nos critérios objetivos, a partir da análise em conjunto dos currículos acadêmicos e profissionais dos inscritos, as experiências atuais e pretéritas bem como as documentações juntadas no processo administrativo, mas que, ao contrário do que quer fazer crer a suscitante, não se submetem a uma espécie de “pontuação prévia” para cada um dos fatores considerados, inexistindo irregularidade.

Finalmente, cabe destacar que somente a comissão de concurso poderia reavaliar os atos por ela já praticados, por se tratarem de atos do próprio órgão(escolha da banca examinadora), decididos legitimamente, conforme disposição legal (Resolução n. 127-2023).

Inclusive, o próprio mérito deste ponto da impugnação foi avaliado em reunião da Comissão de Concurso, por conta da análise do pedido de informações da requerente, na qual já se questionava a decisão tomada de modo legal e legítimo pela Comissão, oportunidade em que a Comissão explicitou as razões pela qual não se trata de uma seleção de examinadores baseada em critérios de natureza vinculante ou relativos à quantidade e grau de pontuação dos currículos de interessados, de modo que os fatores de seleção são estabelecidos a nível de diretrizes para avaliação dos inscritos e seus currículos, conforme legislação estadual e regulamento do concurso. Nesse sentido, a manifestação da comissão levada a efeito a partir dos questionamentos da defensora pública:

“(…) O Presidente da Comissão relatou email enviado pela candidata à examinadora, Ana Carolina Cavalin, a qual foi selecionada como suplente nas matérias de direito constitucional e direito do consumidor, levantando questionamentos sobre o certame, requerendo informações. (...) a Comissão de Concurso ratifica integralmente as decisões anteriores, consignando ainda, para registro, que o atual regulamento e edital de examinadores não são regidos por critérios de natureza

Defensoria Pública vinculante e tampouco relativos à quantidade e grau de pontuação dos currículos de interessados, de modo que os fatores de seleção são estabelecidos a nível de diretrizes para avaliação dos inscritos e seus currículos, conforme legislação estadual e regulamento do concurso, não se tratando de um “concurso público para examinador” com regras rígidas, de natureza vinculante para a Comissão organizadora, uma vez que, conforme Resolução CSDPESC nº 127, de 1º de dezembro de 2023 (127/2023), que “Aprova o Regulamento para o IV Concurso Público para ingresso na Carreira de Defensora e Defensor Público do Estado de Santa Catarina”, estabelece, no art. 11, que “A Banca Examinadora, escolhida pela Comissão Organizadora do Concurso, será composta, preferencialmente, por Defensores(as) Públicos(as) com reconhecida atuação na área e com titulação acadêmica (...)”, de modo que, avaliando os currículos dos candidatos e candidatas inscritas, consoante documentação por eles juntada, todos preenchiam pressupostos normativos e critérios para concorrência, conforme regulamento e edital, fator inclusive que resultou em deferimento de todas as inscrições, não havendo preterição de nenhum candidato(a), figurando, todos(as), como examinadores(as), seja na condição de titular, seja como suplentes do

certame, sendo salutar a mescla entre novos examinadores e examinadores experientes, considerando a pluralidade e diversidade relativa relação aos conhecimentos necessárias à avaliação durante o concurso público. Tal mudança, objeto de normativa criada pelo CSDPESC, visa dar maior amplitude no processo de participação de interessados e membros(as) da DPE-SC, mudança, inclusive, que se mostrou adequada à ampliação e maior participação de defensores e defensoras na banca examinadora deste concurso. Por fim, a comissão registra que não houve qualquer impugnação prévia ao Edital n. 01/2024, o qual, regularmente, convocou todos(as) os Defensores e Defensoras Públicas do Estado para comporem a Banca examinadora do concurso de ingresso na carreira, havendo preclusão da matéria para eventual reavaliação sendo, também, descabido, por ausência de previsão normativa, recurso em face das decisões da comissão de concurso em relação ao objeto em discussão. Ainda, pontuou-se que todos e todas os examinadores, sejam titulares ou suplentes, são qualificados para a elaboração e correção das provas, bem como a participação no concurso, sendo salutar que, neste certame, tenha havido o maior número de participantes, na condição de examinadores(as) dentre todos os concursos realizados até hoje pela Defensoria Pública.”

Portanto, a escolha da banca examinadora pelo Comissão Organizadora do Concurso encontra respaldo no regulamento interno e no respectivo edital, que não foram impugnados, sendo devidamente motivada. O regulamento estabelece que a seleção deve ser feita "preferencialmente" por Defensores(as) Públicos(as) com reconhecida atuação e titulação acadêmica, e o edital elenca critérios objetivos para a avaliação dos interessados, como experiência, titulação, e produção científica, os quais foram acostados ao processo administrativo e devidamente considerados.

O equívoco da suscitante se dá pelo fato de que antigamente o regulamento previa que os critérios objetivos para escolha da banca seriam vinculantes. Posteriormente, o Conselho Superior, no exercício de sua competência normativa, alterou a disposição regulamentar para a atual redação, estabelecendo também requisitos e critérios objetivos, tais como atuação na área e titulação acadêmica, mas a partir da expressão "preferencialmente" passou-se a consignar os critérios como diretrizes a serem seguidas, as quais foram devidamente observadas, conforme decisões da comissão de concurso. Assim considerando que a nulidade dos atos da comissão é medida excepcional e depende de demonstração clara e inequívoca de violação normativa, inexistente no caso, razão pela qual a atuação da Comissão Organizadora deve ser considerada válida e legítima, por ter seguido os parâmetros legais e regulamentares previamente estabelecidos pelo Conselho Superior.

(...)

A ASSEJUR opinou no seguinte sentido:

(...)

II.VI. Da seleção dos Examinadores do Certame Público pela Comissão Organizadora do Concurso

A requerente alegou que a escolha da Banca Examinadora pela Comissão Organizadora do Concurso Público não seguiu critérios objetivos, comprometendo a transparência e a impessoalidade do processo. A Comissão, em sua defesa, sustentou que possui margem de discricionariedade para realizar a escolha, desde que baseada no interesse público, e que as recomendações do controle interno, em geral, não possuem caráter vinculante, ou seja, tem apenas caráter orientativo.

A situação apresentada envolve a alegação de que a escolha da Banca Examinadora pela Comissão Organizadora do Concurso não seguiu critérios objetivos, sendo contestada com o argumento de que a Comissão Organizadora possui discricionariedade na seleção dos Membros, e que as recomendações de Controle Interno não são vinculantes.

O ponto central aqui está relacionado ao princípio da discricionariedade administrativa, que concede certa margem para que a Administração Pública tome decisões de acordo com sua conveniência e oportunidade, desde que dentro dos limites legais. Entretanto, essa discricionariedade não significa que a Comissão Organizadora ou o gestor possam agir de maneira arbitrária; suas decisões devem ser fundamentadas no interesse público e seguir os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da Constituição Federal).

No que diz respeito às recomendações de controle interno, de fato, tais recomendações geralmente têm caráter orientativo, salvo quando houver normatização expressa que lhes dê força vinculante. No entanto, se o gestor decidir não seguir essas recomendações, ele deve apresentar justificativas que demonstrem a razoabilidade e a adequação dessa escolha frente aos objetivos da administração pública (Motivação dos Atos Administrativos).

Por outro lado, no que tange à escolha dos Membros da Banca Examinadora, a Comissão Organizadora do Concurso não tem discricionariedade. Pelo contrário, ela deve seguir e observar, rigorosa e estritamente, ponto por ponto, para cada inscrito, os critérios objetos lançados no Projeto Básico-Edital do Certame (ato vinculado).

Portanto, a atitude da Comissão Organizadora pode ser considerada válida se houver justificativa plausível e se o processo seletivo da banca examinadora respeitar os princípios constitucionais e normativos. Caso contrário, a ausência da análise dos critérios objetivos de cada um dos inscritos na seleção e a não observância das recomendações pode ser vista como uma violação do princípio da impessoalidade e transparência no processo.

Assim sendo, a nova Comissão Organizadora do Certame, dentro das competências que lhe foi atribuída pelo CSDPESC, pode adotar dois caminhos: a) não tendo sido observados os critérios objetivos lançados no Edital para escolha dos Membros já escolhido para comporem a Banca Examinadora, fazer nova avaliação, reclassificando-se os inscritos caso seja necessário; ou b) anular a escolha anterior (Súmula 473 STF) e lançar nova seleção, observando-se os critérios objetivos ao analisar cada inscrito (ato vinculado).

Cabe, por fim, consignar que a escolha dos Membros da Banca Examinadora diz respeito a questão interna do Certame Público, inexistindo prejuízos caso seja dado prosseguimento ao concurso para provimento dos cargos de Defensor Público Substituto, com posterior chamamento e formação da respectiva Banca.

(...)

Não custa lembrar que a Resolução CSDPESC nº 127/2023 é o instrumento normativo interno que aprova e regulamenta o IV Concurso Público para o ingresso na Carreira de Defensora e Defensor Público do Estado de Santa Catarina.

Referida normativa regulamentou as competências administrativas da Comissão Organizadora do Concurso. Veja-se.

(...)

Art. 9º Compete à Comissão Organizadora do Concurso:

- I – acompanhar e prestar informações sobre a realização do concurso, da constituição da Comissão até a homologação do resultado final do certame;
- II – definir a formatação e o modo de aplicação das provas, bem como organizar a distribuição das disciplinas a serem cobradas no concurso, observado o disposto neste Regulamento;
- III – elaborar, ouvida a entidade organizadora do concurso, a proposta do Edital do concurso, inclusive com cronograma de datas estimadas de realização de cada etapa.
- IV – selecionar os(as) integrantes da Banca Examinadora das Etapas Discursiva e Oral do Concurso;
- V – ordenar a convocação do(a) candidato(a), a fim de comparecer em dia, hora e local indicados para a realização da prova;
- VI – aferir os títulos dos(as) candidatos(as) e atribuir-lhes nota;
- VII – julgar as impugnações contra os atos praticados com base neste Regulamento e no Edital;
- VIII – homologar os resultados de cada etapa do concurso, inclusive os provisórios, e determinar a publicação das listas dos(as) candidatos(as) habilitados(as) nas respectivas etapas;
- IX – apreciar outras questões inerentes ao concurso, nos termos deste Regulamento e do Edital, e decidir sobre os casos omissos.

(...)

A análise dos dispositivos acima colacionados, especialmente dos incisos VII e IX, conduz à conclusão de que a impugnação à escolha dos examinadores deve ser julgada pela Comissão Organizadora, não pelo prolator deste *decisum*.

Assim sendo, faz-se necessário reconhecer a falta de autoridade legal da Defensoria Pública-Geral para julgar o pedido referente à escolha dos examinadores e, em razão disso, determinar a remessa do assunto à Comissão Examinadora.

Ante o exposto, com fulcro no art. 37, *caput*, da CRFB c/c art. 10 da LCE 575/12 c/c art. 74 do R.I. da DPE/SC c/c arts. 20, 21 e 22 da LINDB c/c art. 147 e 148 da Lei nº 14.133/2021 c/c Súmula 473 do STF, forte no princípio da autotutela administrativa c/c interesse público e considerando que a presente decisão administrativa substitui aquela proferida em 19 de setembro de 2024 por meio da DECISÃO GAB/DPG Nº 323/2024:

a) INDEFIRO o pedido relacionado à “NULIDADE DA PESQUISA DE PREÇOS REALIZADA COM PROJETO BÁSICO ALTERADO SEM CIÊNCIA, APRECIÇÃO, APROVAÇÃO E ASSINATURA DA COMISSÃO ORGANIZADORA – VIOLAÇÃO AO ART. 9º, INC. II E IX, DA RESOLUÇÃO CSDPESC nº 127/2023 C/C ART. 16, INC. XI E XII DA LCE 575/2012”, mantendo, neste particular, o projeto básico;

b) INDEFIRO o pleito referente à “INOBSERVÂNCIA DO ITEM 6 DO PREJULGADO N. 1213 DO TCE/SC (*REFORMADO EM 13/09/2023 NO PROCESSO N. @CON 22/00444650*) – VIOLAÇÃO AO ART. 167, INCISOS I E II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, AOS ARTS. 3º, 4º, 6º E 56 DA LEI Nº 4.320/64 E ART. 11, PARÁGRAFO ÚNICO, E 18, DA LEI Nº 14.133/21 – ABERTURA DE PROCEDIMENTO E CONTRATAÇÃO SEM RESPALDO NA LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL (LEI Nº 18.836/2024) - PRECEDENTES DE RESPONSABILIZAÇÃO PELO TCE/SC (@REP 18/00657770 E REP-13/00617516)”, pois RECONHEÇO a existência da contratação sem previsão orçamentária e, ato contínuo, CONVALIDO o respectivo vício;

c) INDEFIRO a postulação inerente à “INOBSERVÂNCIA DOS ITENS 1 E 2 DO PREJULGADO N. 1213 DO TCE/SC (*REFORMADO EM 13/09/2023 NO PROCESSO N. @CON 22/00444650*) – INOBSERVÂNCIA DO ART. 18, IV, DA LEI Nº 14.133/2021 – INOBSERVÂNCIA DO ART. 4º, II, DA RESOLUÇÃO CSDPESC nº 130/2024 (*QUE EXIGE O ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR DESCRITO NO ART. 18, §§ 1º E 2º, DA LEI Nº 14.133/2021*) - INSTITUIÇÕES ORGANIZADORAS RENOMADAS QUE DEIXARAM DE APRESENTAR PROPOSTAS POR INADEQUAÇÃO DO PROJETO, DADO O ELEVADO CUSTO DA REMUNERAÇÃO DE EXAMINADORES E MEMBROS DA COMISSÃO - INDÍCIOS DE INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA DA FUNDATEC (*ART. 34 DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME 73, DE 30/09/2022*) - RECENTE ANULAÇÃO DE OUTRO CONCURSO PARA A CARREIRA DE DEFENSOR PÚBLICO POR FALHAS GRAVES E INSANÁVEIS NA SUA EXECUÇÃO PELA FUNDATEC”, mantendo, portanto, a contratação;

d) DEFIRO o pedido referente à “INCLUSÃO NO ITEM 9.11 DO PROJETO BÁSICO DE REMUNERAÇÃO DA COMISSÃO ORGANIZADORA PELO SERVIÇO DE “ORGANIZAÇÃO DO CERTAME” – COMISSÃO ORGANIZADORA QUE É AUTORA DO PROJETO BÁSICO - VIOLAÇÃO DO ART. 14, INC. I, DA LEI Nº 14.133/21 E ART. 5º, II, DA LEI Nº 12.813/13 – COMISSÃO ORGANIZADORA COMO ÓRGÃO COM ATRIBUIÇÃO INSTITUCIONAL DE PLANEJAR A CONTRATAÇÃO” e, por conseguinte, DECLARO A NULIDADE do item 9.11 do projeto básico, com os respectivos reflexos;

e) INDEFIRO o pedido relacionado ao “TERMO ADITIVO CELEBRADO SEM OBSERVAR RECOMENDAÇÃO CONSTANTE NO PARECER Nº 21/2024 DA DIRETORIA DE CONTROLE INTERNO”, mantendo a validade da pactuação aditiva;

f) RECONHEÇO a falta de autoridade legal da Defensoria Pública-Geral para julgar o pedido referente à “ANULAÇÃO DA DECISÃO DA COMISSÃO ORGANIZADORA, CONSIGNADA NA ATA DA 4ª REUNIÃO, QUE INDICOU EXAMINADORES IGNORANDO OS CRITÉRIOS ENUNCIADOS NO EDITAL Nº 01/2024 – EXAMINADORES REMUNERADOS COM RECURSOS PÚBLICOS – SELEÇÃO QUE DEVE SE MOTIVAR PELOS CRITÉRIOS OBJETIVOS

ENUNCIADOS NO EDITAL E PELO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE” e, por via de consequência, DETERMINO a submissão do assunto à autoridade competente;

g) DETERMINO a cientificação de todos os interessados, sempre pelo meio mais expedito em seguida; e

h) DETERMINO ainda, sem prejuízo do conteúdo da alínea anterior, a cientificação expressa e explicativa:

h.1) da GEPES, para que adote as providências necessárias à adequação do projeto básico;

h.2) dos membros da Comissão Organizadora, para conhecimento e prévio ajuste de datas para a realização de reunião deliberatória sobre o item IV da impugnação; e

h.3) da FUNDATEC, para o agendamento de reunião a respeito do prosseguimento do certame, especialmente para os ajustes no cronograma de execução e a adoção das demais medidas necessárias ou úteis ao interesse público.

Cumpridas as providências e/ou escoados os prazos, voltem conclusos para deliberação.

Junte-se cópia desta decisão nos processos administrativos nºs 147/2024 e 170/2024.

Publique-se.

Cumpra-se.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2024.

Ronaldo Francisco, Defensor Público-Geral.