

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE ANDORINHA

PROCESSO Nº 12535e19

PARECER Nº 01453-19

T.P.B. Nº 52/2019

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE ESCOLAR. PESSOAS FÍSICAS. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDORES E EMPREGADOS PÚBLICOS. CÔMPUTO NO ÍNDICE DE GASTOS COM PESSOAL.

1) A terceirização só é admitida na Administração Pública, sem violar o núcleo essencial do princípio do concurso público, quando cumpridas cumulativamente as seguintes condições: 1) tratar-se de atividade-meio; 2) não constante do quadro de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade; e, 3) inexistentes na relação os elementos de pessoalidade, habitualidade e subordinação direta.

2) No caso de preenchimento dos requisitos acima especificados, é possível a contratação dos serviços de transporte escolar. Os aludidos contratos podem ser firmados com pessoas físicas ou jurídicas.

3) A configuração de emergência deve ser avaliada pelo Gestor, que, diante das especificidades atinentes ao caso concreto, deve investigar o preenchimento de TODOS os requisitos legalmente fixados para a efetivação da contratação direta, por dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/1993.

4) Acaso fique demonstrado, na prática, que as contratações de mão de obra, na verdade, referem-se à substituição de servidores e empregados públicos, os valores dela decorrentes devem ser computados como "Outras Despesas de Pessoal", de acordo com o quanto disposto no §1º do artigo 18 da LRF.

O Prefeito do **MUNICÍPIO DE ANDORINHA**, Sr. Renato Brandão de Oliveira, por intermédio de expediente endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 12535e19, relata que:

“A 5ª Promotoria de Justiça de Senhor do Bonfim, presenteada pelo Excelentíssimo Senhor Promotor de Justiça Titular, o bel. Rui Gomes Sanches Júnior, instaurou o inquérito civil nº 592.0.199109/2014, a fim de apurar a regularidade na prestação do serviço de transporte escolar aos alunos da rede pública de ensino do Município de Andorinha.

No bojo do inquérito civil suso reportado foi proposto pelo Ministério Público Estadual a assinatura de um termo de ajustamento de conduta como forma de resolver a regularidade do serviço de transporte escolar de forma consensual.

O referido TAC estabelece um procedimento administrativo a ser seguido pela Administração Pública Municipal a fim de fiscalizar o correto cumprimento do serviço de transporte escolar por empresa responsável pela prestação do serviço. Em caso de descumprimento contratual ou das legislações federais correlatas ao tema, prevê o termo de ajustamento de conduta, em sua cláusula segunda, a suspensão cautelar do contrato, nos seguintes termos:

“Cláusula Segunda: Caso decida pela suspensão cautelar do contrato ou se extinto ele, o pacto celebrado, durante ou ao final do procedimento administrativo a que alude a cláusula anterior, o Município de Andorinha assumirá a execução do seu objeto, ao escopo de não prejudicar a continuidade do transporte escolar essencial à manutenção do ensino, **engendrando, se necessário, a título emergencial, contratações diretas com os prestadores de serviço**”.

Com efeito, ao analisar o referido dispositivo o Procurador Jurídico Municipal observou que a contratação direta dos prestadores de serviço – registra-se, pessoas físicas – incidiria no índice de pessoal da Administração Pública Municipal, o que impossibilitaria a assinatura do TAC.” (destaques no original)

Indaga “(...) se a contratação direta, a título emergencial, de prestadores de serviço de transporte escolar, pessoas físicas, incidem no cômputo do índice de pessoal do Município”.

Inicialmente, registre-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de caso concreto apresentado.**

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Prestados tais esclarecimentos, tem-se que o conceito de terceirização, na sua acepção ampliada, é utilizado para designar todo e qualquer serviço público delegado pela Administração Pública ao particular. Tal instituto decorre da tendência desestatizadora

dos serviços públicos, através da qual a Administração vem enxugando seus quadros e dinamizando a execução de suas atividades com a contratação de terceiros.

A previsão constitucional da necessidade de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em Lei, para a investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em Lei de livre nomeação e exoneração (artigo 37, II, da Constituição Federal), conduz à interpretação de não ser cabível a terceirização das principais atividades do Ente Público, ou seja, as chamadas atividades próprias/típicas do Estado e, por isso, absolutamente indelegáveis, a exemplo do poder de polícia, definição de políticas públicas, etc..

Permitir-se, portanto, a terceirização das atividades-fim de órgãos e entidades da Administração Pública terminaria por tornar letra morta a regra mencionada acima do concurso público. Afinal, para que o administrador público contrataria servidores concursados, assumindo a Administração o ônus previdenciário (e, no caso dos celetistas, o ônus trabalhista), se pudesse terceirizar a prestação desses serviços?

A regra do concurso público, insculpida no artigo 37, inciso II, da CF, está em consonância com os princípios da impessoalidade e da moralidade. A impessoalidade, enquanto princípio constitucional expresso que rege a Administração Pública (artigo 37, *caput*, da CF) representa a ausência de subjetividade do administrador público no desempenho das suas funções. Isto é, trata-se de uma imposição lógica decorrente dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, que vedam ao gestor a busca de interesses pessoais, próprios ou de terceiros, no exercício de suas competências.

Nesse sentido, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 658.026, que teve como Relator o Exmo. Ministro Dias Toffoli, entendeu que: “A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência”.

Em um de seus aspectos, o princípio da impessoalidade impede que a Administração proceda a discriminações entre os administrados, a fim de lhes beneficiar ou prejudicar. Fundamenta-se em uma faceta do princípio da igualdade, no sentido de que o Estado deve sempre observar a isonomia no tratamento dos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica.

Por outro lado, por intermédio do princípio da moralidade, busca-se a adequação da conduta do agente público aos “padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”, de acordo com o artigo 2º, parágrafo único, IV, da Lei nº 9.784/1999 (“Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”) e com o artigo 3º, § 2º, da Lei nº 12.209/2011 (“Dispõe sobre o processo administrativo, no âmbito da Administração direta e das entidades da Administração indireta, regidas pelo regime de direito público, do Estado da Bahia, e dá outras providências”).

Logo, a Administração, ao celebrar contratos com mero intuito de conseguir mão de obra, em flagrante violação à regra constitucional que determina a realização de concursos públicos, viola, simultaneamente, os princípios da impessoalidade e da moralidade. A fraude inviabiliza o livre acesso democrático aos quadros da Administração Pública pelos indivíduos que preenchem os requisitos necessários à sua ocupação, favorecendo o nepotismo e o apadrinhamento.

Observe-se que, conquanto seja realizado procedimento licitatório para a contratação do particular, os princípios constitucionais em análise continuarão a ser violados. É que, apesar de a licitação ser regida pelos princípios da publicidade e da escolha da proposta mais vantajosa, “uma vez eleito o vencedor do certame, o administrador poderá sob o critério de conveniência e oportunidade, por exemplo, em nome de uma relação harmoniosa para a execução contratual, pleitear a contratação pela terceirizada de pessoas por ele indicadas”, conforme a doutrina de Dora Maria de Oliveira Ramos, na obra anteriormente citada, página 160.

Há quem defenda, com base nas razões acima expostas, que permitir a terceirização irrestrita no setor público seria substituir o recrutamento via concurso público por trabalhadores terceirizados, facilitando, desta forma, a prática do nepotismo, já que a

seleção dos terceirizados pela empresa terceirizadora não obedece a qualquer tipo de controle e fiscalização. Não é sem razão que o E. STF possui reiterada jurisprudência no sentido de que, se houver terceirização de atividades durante a vigência do prazo de validade do concurso público para as mesmas funções, surge o direito subjetivo líquido e certo dos aprovados à nomeação.

Exemplificativamente, cite-se o julgamento proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 776.070, que teve como Relator o Exmo. Ministro Gilmar Mendes:

“(...) Nestes termos, aplica-se ao caso a jurisprudência pacífica desta Corte no sentido de que a ocupação precária, por comissão, terceirização, ou contratação temporária, de atribuições próprias do exercício de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal. (...)”

Ainda que o argumento da obrigatoriedade do concurso público como limitador da ideia da terceirização ampla no setor público não seja acolhido por alguns, ressalte-se que o legislador infraconstitucional reconheceu e incorporou à Lei nº 13.429/2017 (“Lei das Terceirizações”) as expressões “atividade-meio” e “atividade-fim” quando as empregou na regulamentação do trabalho temporário, podendo perfeitamente utilizar novamente tais expressões no momento em que disciplinou a terceirização, embora não o tenha feito.

Nesse caso, entende-se que não se pode falar em autorização tácita ou interpretação extensiva da norma para aplicação a todo empregado terceirizado do regime adotado na contratação do trabalhador temporário. Tampouco pode-se fazer uma aplicação analógica da contratação de trabalhadores temporários em atividade-fim para permitir a contratação de terceirizados no mesmo tipo de atividade, pois tratam-se de institutos completamente distintos e, se a legislação quisesse alterar o entendimento sumulado pelo C. Tribunal Superior do Trabalho para permitir a terceirização na atividade-fim, deveria ter sido expressa neste sentido.

A jurisprudência consolidada do C. TST, traduzida na Súmula nº 331, há muito já se posicionou no sentido de ser ilícita a terceirização das atividades-fim da tomadora dos serviços, conforme se observa do texto abaixo colacionado:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

Do mesmo modo, o Eg. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no julgamento da Consulta nº 783.098, que teve como Relator o Exmo. Conselheiro Sebastião Helvecio, assim se manifestou:

“(…) a terceirização mostra-se adequada às denominadas atividades-meio do ente público, ou seja, não coincidentes com as suas finalidades institucionais, mas tão somente instrumentais, também denominadas atos materiais ou de gestão, e que, por isso, são geralmente praticados em igualdade com o particular, sob a regência do Direito Comum.

Mesmo no âmbito do Direito do Trabalho, a jurisprudência, há muito, consolidou-se no sentido de que *as tarefas principais de uma entidade, de uma empresa, não podem ser objeto de terceirização, apenas as atividades auxiliares, acessórias podem ser objeto de terceirização*. Isso, pois, notoriamente, a terceirização tem um histórico de ser indiscriminadamente utilizada por alguns empregadores como subterfúgio para driblar a legislação trabalhista.

Este raciocínio se transporta para o Direito Administrativo, pois, no âmbito do serviço público, a terceirização, além de não poder ensejar a delegação de atividades típicas, e, por isso, exclusivas ao Estado, não pode servir de instrumento à violação do princípio do concurso público (CR/88, art. 37, II).

Conforme nos ensina Luciano Ferraz:

As atividades materiais podem ser realizadas por intermédio da contratação de pessoal por interposta pessoa; já as atividades jurídicas e os atos que possuem carga de autoridade não podem ser objeto dessa execução indireta, porque aqueles atos devem ser praticados por servidores públicos (...) Quando a atividade a ser desempenhada por terceirizado for atividade-fim, a terceirização está vedada; quando houver correspondência entre a atividade desempenhada pelo terceirizado e os cargos existentes na estrutura do órgão ou entidade, a terceirização também está vedada.

Em lúcidas palavras, é o que, também nos ensina a Procuradora do Estado de Minas Gerais Raquel Melo Urbano de Carvalho:

Se em norma constitucional ou infraconstitucional quaisquer das competências integrantes da função administrativa foi imputada a um servidor público como parcela da sua competência, tem-se clara a opção do ordenamento por considerar tal tarefa como atividade estatal, sendo em princípio inadmissível sua delegação a particulares (...) Não há dúvida quanto ao fato de que a Administração Pública deve, como regra, abster-se de colocar o particular contratado para exercer atividade-fim dos seus órgãos e entidades autárquicas. (...) Resulta claro do ordenamento brasileiro a irrenunciabilidade da competência pública e a possibilidade de sua delegação somente em favor de servidores providos em cargos inferiores no escalonamento de competências da Administração.

Neste mesmo sentido consta decisão do egrégio Tribunal de Contas da União, cujo emblemático excerto dispõe:

Efetivamente, a contratação indireta de pessoal, por meio de empresa particular, para o desempenho de atividades inerentes à Categoria Funcional (...), abrangida pelo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União, configura procedimento atentatório a preceito constitucional que impõe a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público.

(...)” (destaques no original)

No que se refere à terceirização das atividades-meio, pontue-se que o novo regramento em nada altera o entendimento anteriormente adotado de que aquela será lícita se corresponder a um serviço acessório/instrumental e sem correspondência no plano de cargos do órgão ou entidade. Isso se dá não apenas com base na legislação infraconstitucional, mas por conta da incidência dos princípios constitucionais, em especial, o da legalidade. A lógica deste entendimento não pode ser alterada por mera inovação no arcabouço legislativo de nível infraconstitucional. A Lei nº 13.429/2017 deve ser lida e interpretada à luz do quanto disposto no artigo 37, II, da CF.

Dessa forma, não basta que a atividade objeto da terceirização corresponda a uma atividade-meio; é preciso que, além disso, também não haja previsão de função equivalente no plano de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade.

Nesse mesmo sentido, vale trazer a lume o teor do Relatório de Auditoria, emitido pelo C. Tribunal de Contas da União, nos autos do processo TC 023.627/2007-5:

“(...)

O normativo vigente (Constituição Federal e normas legais e infra-legais), a farta jurisprudência deste Tribunal e do Tribunal Superior do Trabalho - TST (Enunciado/Súmula nº 331) e a doutrina só admitem a terceirização de pessoal na Administração Pública quando direcionada a atividade-meio, a exemplo dos serviços de vigilância, limpeza e manutenção, e ainda assim, desde que inexistente a pessoalidade, habitualidade e subordinação direta.

(...)

É lícita a terceirização de serviços, que difere da locação de mão de obra, e ainda assim, somente aqueles relacionados à atividade-meio, sem a presença de pessoalidade (qualquer um pode executar), habitualidade (trabalho não sazonal) e subordinação direta (coordenação de preposto da contratada).

Nesse sentido a Jurisprudência deste Tribunal vai além, asseverando que a contratação de prestação de serviços para a execução de atividades inerentes à atividade-fim da Administração ou às suas categorias funcionais caracteriza contratação indireta e terceirização indevida de atividades exclusivas dos servidores efetivos, com afronta à exigibilidade constitucional concurso público nas admissões (CF, art. 37, II), e não se justifica nem mesmo em razão da existência de déficit de pessoal (Acórdãos nºs 2.084/07 – P; 1.193/2006 – P; 256/05 – P; 341/04 – P; 593/05 – 1ªC; 975/05 – 2ª C).

(...)” (destaques no original)

Segundo a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na obra “Direito Administrativo”, 21ª edição, Editora Atlas, página 327:

“A referência à inexistência da pessoalidade e subordinação é importante para distinguir a terceirização lícita (sob a forma de prestação de serviço) da ilícita (sob a forma de fornecimento de mão de obra). Se estiverem presentes esses requisitos, surge o vínculo de emprego, por estar caracterizada a contratação de trabalhador por meio de interposta pessoa.”

De fato, nem todas as atividades acessórias podem ser terceirizadas indistintamente, sobretudo, se na estrutura administrativa do Poder Público existirem cargos legalmente criados que devam ser preenchidos exclusivamente por servidores públicos. Isso porque aquelas atividades, pela sua relevância, demandam a existência de servidores regidos

por um regime jurídico específico, apto a impor-lhes deveres e garantias necessários à salvaguarda da coletividade. Desse modo, não poderá o administrador, sem prévia autorização legal, deixar de prover aqueles cargos mediante a realização de concurso público, contratando com terceiros o desenvolvimento das atividades, sob pena de violação do princípio da legalidade.

Portanto, pode-se afirmar que **a terceirização só é admitida na Administração Pública, sem violar o núcleo essencial do princípio do concurso público, quando cumpridas cumulativamente as seguintes condições: 1) tratar-se de atividade-meio; 2) não constante do quadro de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade; e, 3) inexistentes na relação os elementos de personalidade, habitualidade e subordinação direta.**

No caso de preenchimento dos requisitos acima especificados, é possível a contratação dos serviços de transporte escolar, que, repise-se, não pode ocorrer com o único objetivo de fornecimento de mão de obra em substituição à obrigatória contratação de servidores públicos.

Os aludidos contratos podem ser firmados com pessoas físicas ou jurídicas, tanto assim que os artigos 6º, XV, e 55, § 2º, ambos da Lei nº 8.666/1993, preceituam que:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

XV - Contratado - a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública;

(...)” (grifos aditados)

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

(...)” (grifos aditados)

Quanto às normas que regulam a contratação pública, acrescenta-se que, nos termos do quanto disposto no artigo 37, XXI, da CF, a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações mediante processo de licitação pública, que:

“(…) assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

As exceções, por sua vez, segundo o referido artigo, deverão estar expressamente previstas na legislação. Neste sentido, o *caput* do artigo 2º da Lei nº 8.666/1993 preceitua que:

“Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.”

Sendo assim, o Legislador infraconstitucional, ao editar a Lei nº 8.666/1993, enumerou, nos artigos 17, I e II, 24 e 25, as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, respectivamente.

No que se refere às hipóteses de contratação direta, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na obra anteriormente citada, página 345, esclarece que:

“(…) na **dispensa**, há possibilidade de **competição** que justifique a licitação; de modo que a lei **faculta** a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de **inexigibilidade**, não há possibilidade de competição, porque só existe **um objeto** ou **uma pessoa** que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.” (destaques no original)

Como se vê, a dispensa ocorre por ato discricionário do Agente Público que, diante do caso concreto e observando as hipóteses permitidas em Lei, analisa e decide, considerando o interesse público envolvido e a conveniência de se contratar diretamente.

Nesse contexto, insta registrar que a Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 24, IV, autoriza a contratação direta, nos seguintes termos:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

(...)"

No particular, José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra "Manual de Direito Administrativo", 17ª edição, Editora *Lumen Juris*, página 222, elucida que:

"Outro caso de dispensa é aquele em que ocorre a **calamidade pública**, situação, natural ou não, que destrói ou põe em risco a vida, a saúde ou os bens de certos agrupamentos sociais. Normalmente deriva de fatos naturais, como chuvas torrenciais, alagamentos, transbordamentos de rios e outros fenômenos naturais. Verificada tal situação fática, a licitação se torna dispensável, dada a necessidade de contratação rápida de obras, serviços e compras.

A lei previu, também, a dispensa nos casos de **emergência**. Em ambos os casos, as situações devem caracterizar-se pela urgência no atendimento, de modo que não causem prejuízo ou comprometam a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares. Os contratos, nessas hipóteses, não podem ser prorrogados e somente podem abranger os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e, assim mesmo, devendo concluir-se as obras e serviços no prazo máximo de 180 dias. (...)" (destaques no original)

Por se tratar de uma exceção ao dever de licitar, a aplicação dessa disposição legal merece interpretação restritiva e cautelosa, não devendo o argumento da "urgência" ser utilizado pelo Gestor Público de forma genérica e corriqueira.

De acordo com o Professor Marçal Justen Filho, na obra anteriormente citada, página 404, tal dispositivo refere-se:

"(...) aos casos em que o decurso do tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis. Quando fosse concluída a licitação, o dano já estaria concretizado. A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória dos interesses que estão sob a tutela estatal." (grifos aditados)

A contratação direta emergencial exige que fique devidamente caracterizada a situação concreta e efetiva que reclame atendimento urgente, sob pena de se incorrer em prejuízo que não pode ser recomposto posteriormente e em comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Aliado a isso, deve ficar demonstrado que a contratação é o meio adequado e eficiente para a eliminação do risco de dano concreto apresentado. É necessário que a Administração Pública revele não só a necessidade da contratação, mas, também, a sua utilidade. Ou seja, deverá indicar as medidas concretas pelas quais a contratação evitará a efetivação do dano. A solução dada deve ser compatível com a necessidade que conduz à contratação.

O C. Tribunal de Contas da União, analisando a medida excepcional da contratação emergencial, tem se posicionado da seguinte forma:

“A mera existência de decreto municipal declarando a situação do município como emergencial não é suficiente para justificar a contratação por dispensa de licitação com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, devendo-se verificar se os fatos relacionados à contratação amoldam-se à hipótese de dispensa prevista na lei.” (Acórdão nº 2504/2016, Relator Ministro Bruno Dantas, Data da Sessão 28/09/2016)

“A contratação direta emergencial, fundamentada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, deve se restringir somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados, devendo a solução definitiva, conforme o caso, ser objeto de licitação formal.” (Acórdão 6439/2015, Relator Ministro Augusto Sherman, Data da Sessão 25/10/2015)

“A dispensa de licitação, em casos de emergência ou calamidade pública (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993), apenas é cabível se o objeto da contratação direta for o meio adequado, eficiente e efetivo de afastar o risco iminente detectado.” (Acórdão nº 1987/2015, Relator Ministro Benjamin Zymler, Data da Sessão 18/08/2015)

“É ilegal a contratação emergencial de empresa para construção de unidade de saúde, por meio de dispensa de licitação (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993), quando a nova unidade se destinar ao benefício da população a longo prazo e não a acudir uma situação emergencial concreta e efetiva.” (Acórdão 4560/2015, Relator Ministro Augusto Nardes, Data da Sessão 28/07/2015)

“A contratação emergencial só deve atender a situação emergencial até a realização de nova licitação (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993).” (Acórdão 2988/2014, Relator Ministro Benjamin Zymler, Data da Sessão 05/11/2014)

“Para caracterizar situação emergencial passível de dispensa de licitação, deve restar evidente que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, restringindo-se ao estritamente necessário ao atendimento da situação calamitosa. Deve-se divisar a conduta dos agentes públicos que concorreram para originar a situação emergencial da ação daqueles que apenas atuaram para elidir o risco de dano.” (Acórdão nº 1217/2014, Relatora Ministra Ana Arraes, Data da Sessão 14/05/2014)

“A caracterização de situação emergencial, que autoriza o procedimento de dispensa de licitação, deve estar demonstrada no respectivo processo administrativo, evidenciando que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Não se presta a esse fim a presença de pronunciamento técnico apontando a existência de graves problemas estruturais, se a interdição do local, por si só, suspenderia eventual risco à segurança dos frequentadores, e descaracterizaria a situação de urgência, possibilitando a realização do devido procedimento licitatório.” (Acórdão nº 1162/2014, Relator Ministro José Jorge, Data da Sessão 07/05/2014)

“A ausência ou precariedade de equipamentos e serviços públicos, que podem ser entendidas como ‘urgência controlada’, não caracterizam por si sós a imprevisibilidade e a excepcionalidade exigidas para a contratação direta fundamentada no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993, a qual, ainda, deve se restringir aos itens estritamente necessários ao afastamento de riscos iminentes à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.” (Acórdão nº 513/2013, Relatora Ministra Ana Arraes, Data da Sessão 13/03/2013)

Nesse ponto, cabe chamar atenção, também, para o fato de que a situação de urgência a justificar a contratação direta aqui analisada não pode decorrer total ou parcialmente da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis. É o que a doutrina denomina de “emergência fabricada” - a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível.

Em que pese tal afirmativa, a jurisprudência do C. TCU, atualmente, vem admitindo, diante da análise do caso concreto, a contratação direta emergencial nos casos de falta de planejamento da Administração, responsabilizando os Gestores que não providenciaram em tempo o devido processo de licitação. É o que se observa do trecho abaixo extratado:

“(…)

22. No que tange às diversas contratações emergenciais, a equipe de auditoria apurou duas situações em que restou claramente demonstrada que a situação emergencial decorreu da falta de planejamento da administração, tendo em vista que já havia uma contratação emergencial anterior, para suprir carência de pessoal. Também houve o alerta da Procuradoria Jurídica à administração no sentido de que as situações eram previsíveis e não emergenciais.

23. Merece destaque a Nota Técnica PLC/PGM 01/2014 emitida no âmbito do Processo 001.101930.12.7, com cópia juntada ao Processo 001.001457.14.4 (peça 11, p.269-271), na qual a Procuradora do Município opinou favoravelmente à assinatura do contrato emergencial para contratação dos serviços médicos de Clínico Geral, Psiquiatra Geral e Cirurgião Geral, de modo a não prejudicar o atendimento da população, mas com a recomendação de que fosse aberta sindicância para apuração de responsabilidade, já que a situação emergencial parecia ser decorrência também da ausência de providências administrativas.

24. Insta salientar que a Decisão 347/1994, utilizada como fundamento da audiência do responsável, considerou ilegal a utilização de contratações diretas baseadas no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993 nas hipóteses de “emergências fabricadas”. Todavia, tal linha jurisprudencial não é a que prevalece atualmente no âmbito desta Corte de Contas. Relembro o entendimento deste Tribunal, expresso no Acórdão 46/2002-Plenário, no sentido de que a contratação direta também se mostra possível quando a situação de emergência decorrer da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois, “a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração”.

25. Já no Acórdão 1.138/2011-Plenário, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, foi estabelecido que é necessário se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, por esta ocorrer em função da essencialidade do serviço ou do bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornaram imperativa a imediata contratação. A situação prevista no art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações e Contratos não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou da inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

26. Nesse sentido, cito ainda os Acórdãos 2.240/2015-1ª Câmara, 1.217/2014-Plenário, 1312/2016-1ª Câmara, 1.022/2013-Plenário, 425/2012-Plenário e 285/2010-Plenário, que adotaram essa linha de entendimento.

27. Dessa forma, é necessário avaliar corretamente as responsabilidades dos gestores, de modo a segregar a conduta daqueles que concorreram para originar a situação emergencial e, eventualmente, de agentes que apenas atuaram para elidir o risco de dano.

28. Em todo caso, o gestor que dá causa a situação emergencial pode ser responsabilizado, em face de sua omissão quanto ao dever de agir a tempo, adotando as medidas cabíveis para a realização de um regular procedimento licitatório. No caso concreto, o ponto fulcral da presente irregularidade não foi a contratação emergencial em si, mas a desídia da instância administrativa da Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre na adoção de providências visando a licitação dos serviços, de forma a evitar a situação de emergência.

29. Por esse motivo, acolho a proposta da Secex-RS no sentido de aplicar ao responsável a multa capitulada no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, a qual fixo no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

(...)” (Acórdão nº 1122/2017, Relator Ministro Benjamin Zymler, Data da Sessão 31/05/2017)

Acrescente-se, por oportuno, que o processo de dispensa de licitação deve ser autuado e processado regularmente como todo e qualquer processo administrativo, devendo conter os elementos enumerados no parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 8.666/1993, e, por se tratar de uma relação contratual, recomenda-se, também, a aplicação, no que lhe for compatível, do quanto disposto no artigo 38 da referida Lei de Licitações e Contratos.

Ademais, o Agente Público, na instrução do processo administrativo, deve caracterizar minuciosamente a hipótese de dispensa deflagradora da contratação direta, sob pena de incidir no crime tipificado no artigo 89 da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

"Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público."

Como se vê, cabe ao Gestor agir com muita cautela ao contratar diretamente, uma vez que pode ser punido tanto pela contratação sem amparo na previsão legal quanto pela não observância às formalidades exigíveis para os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação (artigo 26 da Lei nº 8.666/1993).

Pontue-se, por conseguinte, que, se o fornecedor ou o prestador de serviços concorrer com a ilegalidade, também será punido com pena semelhante à atribuída ao Administrador Público.

Ultimada a contratação, a Administração deverá fiscalizar a execução e o cumprimento do contrato.

Insta trazer à baila, ainda, que o artigo 169 da CF, ao tratar sobre as despesas com pessoal dos Entes da Federação, orienta que essas devem ficar limitadas aos

percentuais fixados na Lei Complementar nº 101/200 - Lei de Responsabilidade Fiscal, que, no seu artigo 19, discrimina o limite que deve ser observado pela União, Estados e Municípios.

Com o intuito de evitar que os maus gestores, em verdadeiro ato de desvio de poder, utilizassem-se de falsas terceirizações para burlar as restrições legais, o legislador infraconstitucional, no artigo 18, §1º, da LRF, determinou que os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos devem ser contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.

Nesse ponto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na obra anteriormente citada, página 329, adota uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico ao inferir que, sendo inadmissível o contrato de fornecimento de mão de obra, se celebrado, a despesa correspondente será levada em consideração para fins de cálculo das despesas com pessoal.

Destarte, entende-se que o legislador não tratou da licitude da terceirização, mas apenas das consequências de sua prática para fins de responsabilidade fiscal. Ou seja, havendo terceirização lícita, as despesas do contrato não estarão abrangidas pelas limitações da Lei, tendo em vista que o objeto do pacto foi um resultado ou atividade.

Este entendimento foi acolhido pelo legislador, que conferiu a seguinte redação ao artigo 64 da Lei nº 9.995/2000 (Lei de Diretrizes Orçamentárias da União):

“Art. 64. O disposto no § 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da legalidade ou validade dos contratos.

Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do *caput*, os contratos de terceirização relativos a execução indireta de atividades que, simultaneamente:

I – sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade;

II – não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo ou categoria extintos, total ou parcialmente.”

Conseqüentemente, a substituição de gastos com pessoal próprio pela contratação de terceiros corresponde a um arranjo orçamentário, que não atende à finalidade da norma legal de conduzir o administrador a reduzir as despesas da máquina estatal com pessoal e direcioná-las para o setor de investimentos. De acordo com Dora Maria de Oliveira Ramos, na obra já citada, página 153: “A regulação da matéria na Lei de Responsabilidade Fiscal é uma tentativa de evitar subterfúgios que comprometam o objetivo de equilíbrio das contas públicas”. A solução encontrada foi incluir no limite de gastos com pessoal as intermediações de mão de obra.

Nesses termos, em linhas gerais, contratar para desempenhar atividades afetas aos servidores públicos torna essa terceirização indevida, de sorte a obrigar as despesas geradas a serem computadas no gasto de pessoal do Ente, elevando o percentual.

Citando entendimento da Secretaria do Tesouro Nacional – STN, o Eg. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no já mencionado julgamento da Consulta nº 783.098, ao tratar sobre a interpretação do quanto disposto no artigo 18, §1º, da LRF, assim dispôs:

“(…)

A LRF não faz referência a toda terceirização, mas apenas àquela que se relaciona à substituição de servidor ou empregado público. Assim, não são consideradas no bojo das despesas com pessoal as terceirizações que se destinem à execução indireta de atividades que, simultaneamente:

- a) sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade (atividades-meio), na forma de regulamento, tais como: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática — quando esta não for atividade-fim do órgão ou entidade — copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações;
- b) não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou seja relativas a cargo ou categoria extintos, total ou parcialmente; e
- c) não caracterizem relação direta de emprego, como, por exemplo, estagiários.

(…)

Se o ente, indevidamente, realizar contrato de prestação de serviços para substituir a execução direta, fica caracterizada a terceirização que substitui servidor ou empregado público e a despesa com pessoal deve ser registrada na linha Outras Despesas de Pessoal decorrentes de Contratos de Terceirização (§

1º do art. 18 da LRF). Se o regime de prestação de serviço for de concessão ou permissão, a concessionária ou permissionária arcará com as despesas com pessoal, que não integrarão a despesa com pessoal do ente.

(...)”

Diante de todo o exposto, conclui-se que:

1) A terceirização só é admitida na Administração Pública, sem violar o núcleo essencial do princípio do concurso público, quando cumpridas cumulativamente as seguintes condições: 1) tratar-se de atividade-meio; 2) não constante do quadro de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade; e, 3) inexistentes na relação os elementos de pessoalidade, habitualidade e subordinação direta;

2) No caso de preenchimento dos requisitos acima especificados, é possível a contratação dos serviços de transporte escolar, que, repise-se, não pode ocorrer com o único objetivo de fornecimento de mão de obra em substituição à obrigatória contratação de servidores públicos. Os aludidos contratos podem ser firmados com pessoas físicas ou jurídicas;

3) A configuração de emergência deve ser avaliada pelo Gestor, que, diante das especificidades atinentes ao caso concreto, deve investigar o preenchimento de TODOS os requisitos legalmente fixados para a efetivação da contratação direta, por dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/1993; e

4) Acaso fique demonstrado, na prática, que as contratações de mão de obra, na verdade, referem-se à substituição de servidores e empregados públicos, os valores dela decorrentes devem ser computados como “Outras Despesas de Pessoal”, de acordo com o quanto disposto no §1º do artigo 18 da LRF.

É o parecer.

Salvador, 05 de agosto de 2019.

**Thayana Pires Bonfim
Assistente Jurídico**