

RECOMENDAÇÃO nº 2162425

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, por meio da 1ª Promotoria de Justiça de Assu/RN, no uso de suas atribuições legais, com fundamento no art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar Federal nº 75/1993, art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei Federal nº 8.625/1993, e arts. 69, parágrafo único, alínea “d”, e 293 da Lei Complementar Estadual nº 141/1996 e CONSIDERANDO o que consta do Inquérito Civil 04.23.2041.0000133/2021-15, em trâmite na 1ª Promotoria de Justiça de Assu/RN, cujo objeto é apurar a regularidade do contrato administrativo 23/2021, firmado entre o Município de Carnaubais/RN e a Cooperativa de Trabalho dos Profissionais da Educação (CNPJ 35.537.126/0001-84); CONSIDERANDO que a recomendação é instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público por intermédio do qual este expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas (art. 1º da Resolução 164/2017 do CNMP); CONSIDERANDO que o art. 37, inciso II, da CF estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende 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, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; CONSIDERANDO que o art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, dispõe que a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público e que, mesmo assim, infere-se a necessidade de processo simplificado de seleção precedente; CONSIDERANDO que quanto à hipótese de “necessidade temporária de excepcional interesse público”, prevista no art. 37, IX, CF/88, ensina Celso Antônio Bandeira de Melo que “trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária, incompatível, portanto, com o regime normal de concursos (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p.270); CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal elencou alguns requisitos para que a contratação temporária se dê de forma regular, são eles: i) previsão em lei dos casos de contratação temporária; ii) previsão legal dos cargos; iii) tempo determinado; iv) necessidade temporária de interesse público; v) interesse público excepcional; (ADI 3210, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2004, DJ 03-12-2004 PP-00012 EMENT VOL02175-02 PP-00203 RDA n. 239, 2005, p. 457-463 RF v. 101, n. 379, 2005, p. 237-242 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 59-71 RTJ VOL-00192-03 PP-00884) CONSIDERANDO que a lei é fonte primária para definir quais as hipóteses concretas de contratação por tempo determinado, especificando, de modo claro e inequívoco, os dois requisitos constitucionais: necessidade temporária e excepcional interesse público. Nesse contexto, no âmbito federal, a lei que dispõe sobre os casos de contratação por tempo determinado é a Lei nº 8.745/93 que prevê no rol do seu art. 2º a caracterização da necessidade temporária e excepcional interesse público, servindo de parâmetro de interpretação para a regulamentação dos demais entes federativos; CONSIDERANDO que qualquer contratação que viole o disposto para caracterização de necessidade temporária e interesse público vai de encontro não apenas ao disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal (que trata da obrigatoriedade do concurso público), mas também ao o inciso IX do mesmo art. 37, que somente admite a contratação por tempo determinado mediante processo seletivo e para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público. CONSIDERANDO que, além da exigência de lei específica tratando dos casos de contratação temporária, dispõe a Constituição Federal: “Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. § 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista”. Ou seja, para a contratação temporária, faz-se necessário, ainda, autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias e a inobservância desse requisito gera a contratação tanto ilegal quanto inconstitucional; CONSIDERANDO que a contratação temporária está reservada apenas às hipóteses do art. 37, inciso IX, da Constituição da República, de modo a garantir-se a isonomia, a impessoalidade e a participação, via de regra, por meio do certame público. Efetivamente, a falta de postos de trabalho no Município supre-se por meio do envio pelo Chefe do Executivo de projeto de lei para a criação de cargos públicos à Câmara Municipal e não por meio de contratação emergencial; CONSIDERANDO que, através do ofício nº 26/2021-PGMC, a Procuradoria do Município de

Carnaubais/RN informou que, por meio do contrato administrativo 23/2021, precedido do pregão eletrônico nº 001/2021, foi contratada, pelo Município de Carnaubais/RN, a Cooperativa de Trabalho dos Profissionais da Educação do RN – COOPEDU, e, através desta, os seguintes profissionais: professores, merendeiras, psicólogas, assistentes sociais, vigias, auxiliares de serviços gerais, dentre outros; CONSIDERANDO que a modalidade de licitação denominada Pregão é regulamentada pela Lei nº 10.520/2002 e pelos Decretos nº 3.555/00 e nº 5.450/05, bem como, subsidiariamente, pela Lei nº 8.666/93, e tem como finalidade a aquisição de bens e de serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado, sendo a disputa feita por propostas e lances sucessivos; CONSIDERANDO que, nesse sentido, o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, define os bens e serviços comuns como aqueles “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”; CONSIDERANDO que de acordo com a doutrina e o texto legal, o serviço ou bem será comum quando possuir características padronizadas de desempenho e qualidade, previstas no edital licitatório, e for identificável por denominação usual no mercado, com domínio de suas técnicas de realização, independentemente do serviço ser ou não considerado complexo; CONSIDERANDO que, dessa forma, o termo “comum” deve ser interpretado quando o objeto licitado tiver sido padronizado e se encontrar disponível, a qualquer tempo, em um mercado próprio, sendo este o entendimento do Tribunal de Contas da União, consoante segue: “A identificação do bem ou serviço como sendo comum, para fim de adoção do pregão, independe da sua complexidade. É a definição objetiva dos seus padrões de desempenho e qualidade, mediante especificações usuais no mercado, que o caracteriza como comum” (TCU. Acórdão nº 1667/2017 – Plenário. Data da sessão: 02/08/2017. Relator: Aroldo Cedraz. Área: Licitação. Tema: Pregão. Subtema: Obrigatoriedade. Outros indexadores: Serviços comuns, complexidade); CONSIDERANDO que há, na própria Constituição Federal, instrumento específico para a contratação de profissionais em situações análogas, qual seja, contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; CONSIDERANDO que os serviços realizados por professores, nutricionistas, diretores e assessores educacionais tem caráter de serviço técnico profissional, tanto de acordo com o art. 13, I, II e VI da Lei nº 8.666/1993, quanto pelo art. 6º, XVIII, “a”, “b”, “c”, “d” da Lei 14.133/21. Logo, diante da subjetividade da atividade, não haveria como o edital estabelecer padrões de desempenho, impossibilitando, portanto, a realização do pregão, em razão da inobservância de um dos seus requisitos; CONSIDERANDO que de acordo com o art. 206, II, III, V e VI, da Constituição Federal, o ensino será ministrado com base nos princípios da liberdade de ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, no pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, na valorização dos profissionais da educação escolar, piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, dentre outros; CONSIDERANDO que o pregão tem como objetivo aumentar a competitividade e ampliar a oportunidade dos licitantes nas licitações. No caso, por não se tratar de um serviço cujo padrão de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos, por meio das especificações usuais de mercado, não existiriam inúmeras empresas capazes de prestar tal serviço para a Municipalidade. Dessa forma, essas funções não poderiam ser desempenhadas por profissionais estranhos ao quadro de pessoal do órgão público, tendo em vista a impossibilidade de terceirização da atividade finalística, típica de Estado, e o caráter de habitualidade do serviço, ressalvada a possibilidade de contratação temporária; CONSIDERANDO que o Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte

já se manifestou no sentido que é possível licitar e contratar empresa de terceirização de mão-de-obra em substituição direta de servidores e empregados públicos, desde que para o exercício de atividade-meio; CONSIDERANDO que as Cooperativas encontram-se disciplinadas na Lei nº 5.764/1971 e se constituem como “sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados (...)” (art. 4º). Ademais, “Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados” (art. 90) e “As cooperativas igualam-se às demais empresas em relação aos seus empregados para os fins da legislação trabalhista e previdenciária” (art. 91); CONSIDERANDO que a Lei nº 12.690/2012, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das cooperativas de trabalho, dispõe que a cooperativa de trabalho pode ser “de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego” (art. 4º, II) e, ainda, “A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada” (art. 5º); CONSIDERANDO que conforme o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela ”; CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, de forma recorrente e pacificada, tem decidido que, embora não haja vedação ampla e geral para a participação de cooperativas em licitações públicas, tais entidades não podem participar dos certames públicos que objetivem a contratação de mão de obra que apresentem elementos típicos de uma relação de emprego, notadamente a subordinação e a habitualidade do empregado; CONSIDERANDO que o Tribunal de Contas da União, por seu turno, também possui posição cristalina sobre o tema, inclusive sumulado, vejamos

“SÚMULA TCU 281: É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade. É irregular a participação de cooperativas em licitação cujo objeto se refira a prestação de serviço que demande requisitos próprios da relação de emprego, como subordinação (hierarquia) e habitualidade (jornada de trabalho) dos trabalhadores. A permissão à participação de cooperativas em licitações que envolvam terceirização de serviços com subordinação, pessoalidade e habitualidade afronta os arts. 4º, inciso II, e 5º da Lei 12.690/2012, a Súmula TCU 281, o Termo de Conciliação Judicial entre a União e o Ministério Público do Trabalho, de 5/6/2003, e o art. 4º da IN-SLTI/MPOG 2/2008. A aparente economicidade dos valores ofertados pelo licitante nesses casos não compensa o risco de relevante prejuízo financeiro para a Administração Pública advindo de eventuais ações trabalhistas”; CONSIDERANDO, ainda, o que dispõe o Decreto nº 9.507/2018, que trata sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, o qual veda a terceirização nas seguintes hipóteses: “Art.3º. Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços: I. que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; II. que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; III. que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e IV. que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal (art. 3, I a IV)””; CONSIDERANDO a possibilidade da Administração Pública exercer seu poder de autotutela na invalidação de atos administrativos eivados de nulidade desde o seu nascedouro; RESOLVE RECOMENDAR à Excelentíssima Sra Prefeita de Carnaubais/RN, Sra. Marineide Marinho Pereira Diniz, que: a) anule, imediatamente, o Pregão Eletrônico nº 002/2021, com a consequente rescisão do contrato dele derivado, firmado com a COOPEDU, devendo encaminhar a esta Promotoria de Justiça, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, documentos que comprovem o cumprimento da presente Recomendação; b) Se necessário, proceda a contratação temporária de professores e demais profissionais da área da educação para atender à situação temporária de excepcional interesse público, mediante contratação temporária, com prévio procedimento de seleção com critérios objetivos estabelecidos, devendo, neste caso, encaminhar ao Ministério Público prova do atendimento dos requisitos elencados pelo STF, quais sejam: i) previsão em lei dos casos de contratação temporária; ii) previsão legal dos cargos; iii) tempo determinado; iv) necessidade temporária de interesse público; v) interesse público excepcional. Desde já adverte que a não observância desta Recomendação implicará na adoção das medidas judiciais cabíveis. Publique-se esta Recomendação no Diário Oficial do Estado. Encaminhe-se cópia eletrônica da presente para a Coordenação do CAOP Patrimônio Público e do CAOP Cidadania e para a Gerência de Documentação, Protocolo e Arquivo – GDPA da Procuradoria-Geral de Justiça, conforme prevê o art. 1º Resolução nº 056/2016 – PGJ, para publicação no Portal da Transparência do MPRN. Remeta-se esta Recomendação à Prefeita de Carnaubais/RN.

Assu/RN, 24 de novembro de 2021.

Fernanda Bezerra Guerreiro Lobo
Promotora de Justiça