

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE IPANGUAÇU

Ref.: Inquérito Civil 04.23.2048.0000012/2021-73

RECOMENDAÇÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE,

por seu representante em substituição legal de Ipanguaçu/RN, Dr. Daniel Lobo Olímpio, 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 que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, nos termos do art. 127 da Constituição Federal (CF);

CONSIDERANDO que a Constituição Federal, em seu art. 129, inciso III, prevê que compete ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

CONSIDERANDO que pode o Ministério Público, no cumprimento de suas atribuições funcionais, para evitar ou estancar prontamente lesões aos interesses da sociedade, "expedir recomendações, visando a melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja a defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção de providências cabíveis", conforme dispõem o art. 6, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/93 e o art. 69, alínea "d", da Lei Estadual nº 141/96;

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 l que "trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem 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)";

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;

CONSIDERANDO que em julgado acerca do assunto, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inconstitucionalidade da contratação temporária com vistas a admitir servidores para prestarem funções permanentes;

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 par caracterização de necessidade temporária e interesse público vai de encontro não apenas o 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. É tanto que a inobservância desses requisitos pode gerar a ilegalidade da contratação temporária, bem como pode ensejar imputação de ato de improbidade administrativa por afronta aos princípios da Administração Pública, assentado no art. 11 da Lei nº 8.429/92, conforme entendeu o Egrégio TJRN 4;

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 a instauração do Inquérito Civil acima, que tem por objeto investigar irregularidades na contratação da Cooperativa "Coopedu" pelo Município de Ipanguaçu/RN para contratação de professores e outros profissionais, via Pregão Eletrônico nº 060/2020;

CONSIDERANDO que, através de memorando em 26 de novembro de 2020, a Secretária Municipal de Educação e Cultura de Ipanguaçu/RN solicitou ao Setor de Licitação a "abertura de processo de contratação de profissionais da educação", para fins de contratação dos seguintes profissionais da educação: 20 professores fundamental II; 10 secretário escolar; 25 professores polivalentes; 01 nutricionista; 40 professores auxiliar 20h;

CONSIDERANDO que, segundo informações apresentadas pelo Município de Ipanguaçu/RN ao Ministério Público em 17 de junho de 2021, dos profissionais acima listados já houve a contratação através da Cooperativa licitada de 13 professores fundamental II; 04 secretário escolar; 16 professores polivalentes; 01 nutricionista;

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 encontre 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"5;

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 e secretários escolares têm 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 o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que contratar pessoal sem concurso público, sem situação de excepcionalidade, sem processo seletivo e sem a observância de qualquer regra referente à admissão para o serviço público implica em ato de improbidade administrativa. Nesse mesmo o foi a posição adotada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte;

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 8 9 10 11;

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 8 STJ. RMS 25.097/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 12/12/2011 9 STJ. REsp 1204186/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 29/10/2012 10 STJ. AgRg no REsp 947.300/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 16/12/2008. 11 STJ, AgRg no REsp 960503/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 08/09/2009 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 trabalhadores¹².

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 trabalhistas¹³;

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 ao Excelentíssimo Prefeito de Ipanguaçu/RN, Sr. VALDEREDO BERTOLDO DO NASCIMENTO, que:

a) anule, imediatamente, o Pregão Eletrônico nº 060/2020, com a consequente rescisão do contrato dele derivado, firmado com a COOPEDU, devendo encaminhar a esta Promotoria de Justiça, no prazo máximo de 15 (quinze) 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, podendo haver inclusive o ajuizamento de ação de improbidade contido no art. 11, caput da Lei nº 8.429/92 (art. 11 da Resolução nº 164 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP).

Publique-se esta Recomendação no Diário Oficial do Estado.

Encaminhe-se cópia eletrônica da presente para a Coordenação do CAOP Patrimônio Público e da 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 ao Prefeito de Ipanguaçu/RN.

Ipanguaçu/RN, 23 de novembro 2021.

Daniel Lobo Olímpio

Promotor de Justiça em Substituição Legal