



**RELATÓRIO TÉCNICO DE
RECURSO ORDINÁRIO - CONTAS ANUAIS DE GESTÃO
PREFEITURA MUNICIPAL DE SINOP
EXERCÍCIO 2014**

PROCESSO Nº : 13846-2014
PRINCIPAL : Prefeitura Municipal de Sinop
ASSUNTO : Recurso Ordinário sobre as Contas Anuais de Gestão – exercício 2014
GESTOR : Juarez Alves da Costa
RELATOR : Conselheiro José Carlos Novelli
EQUIPE TÉCNICA : Cláudio Lima de Oliveira - Auditor Público Externo

Senhora Secretária,

1. INTRODUÇÃO

Tratam-se os autos de Recurso Ordinário interposto pelo Ministério Público de Contas, neste ato representado pelo Procurador de Contas, GETÚLIO VELASCO MOREIRA FILHO, em face do Acórdão nº 3.611/2015-TP, publicado em 17/12/2015, que julgou regulares com determinações e recomendações legais, multar e glosar, as contas anuais de gestão da Prefeitura Municipal de Sinop, relativas ao exercício de 2014, sob a responsabilidade do Sr. Juarez Alves da Costa, gestor.

De acordo com o recorrente, da decisão prolatada interpõe-se o presente recurso ordinário com a finalidade de devolução da matéria a esta Corte de Contas, para fins de reforma, na forma descrita na Lei Complementar nº 267/2007 e Regimento Interno nº 14/2007 em face de ilegalidade e injustiça da decisão, e busca-se a reforma do julgado no que concerne aos seguintes pontos: I) quanto ao processo principal, itens 30 e 32 (ambos referentes ao Pregão 5/2014, classificados como JB02) e, II) acerca do processo 20.399-8/2014 (auditoria da SECEX de Atos de Pessoal e RGPS), itens 13 e 14, que tratam da contratação precária de assessores e procuradores jurídicos, e item 15, que versa sobre possível terceirização ilícita através da contratação da OSCIP Adesco.

Na data de 05/02/2016, por decisão do Conselheiro Relator, José Carlos Novelli, foram atendidos os pressupostos de admissibilidade e recebido o recurso em



ambos os efeitos, tanto suspensivo, quanto devolutivo, somente quanto à matéria recorrida, nos termos do inciso I do art. 280 do RITCE/MT.

Por meio dos Ofícios nrsº 0069/2016/GAB-JCN; 0070/2016/GAB-JCN; 0071/2016/GAB-JCN; 0072/2016/GAB-JCN; 0073/2016/GAB-JCN e 0074/2016/GAB-JCN, de 06/02/2016, os recorridos foram notificados a apresentarem contrarrazões recursais no prazo de 15 (quinze) dias.

As contrarrazões de recurso apresentadas pelos recorridos Juarez Alves da Costa (Prefeito Municipal); Marcos Ivan Lopes (Secretário Municipal de Obras e Serviços Urbanos no período de 17/02 a 31/12/2014); Gisele Faria de Oliveira (Secretária Municipal de Educação); Maria do Socorro Pereira Cruz (Secretária Adjunta Municipal de Educação); Edílson Rocha Ribeiro (Secretário de Obras e Serviços Urbanos no período de 01/01 a 14/02/2014) e Suellen Maria Silva Novas EPP, pessoa jurídica de direito privado, todos por intermédio do seu procurador legal Dr. Rony de Abreu Munhoz – OAB/MT 11.972, foram protocoladas nesta Corte, sob o Protocolo nº 37346 D, em 23/02/2016, procedente do Sr. Juarez Alves da Costa, então Prefeito Municipal de Sinop, dentro do prazo estabelecido no artigo 61, da Lei nº 269/2007 - Lei Orgânica deste Tribunal.

2. DAS RAZÕES RECURSAIS

Inconformado com o teor do Acórdão ora atacado, o Ministério Público de Contas, ora Recorrente, e os Recorridos abaixo subscritos, por intermédio de seu procurador, apresentaram os argumentos em relação às irregularidades abaixo relacionadas que foram afastadas no momento do julgamento das Contas Anuais de Gestão da Prefeitura Municipal de Sinop, a saber:

Secretário Municipal de Obras e Serviços Urbanos – Sr. Marcos Ivan Lopes (Período: 17/02/2014 a 31/12/2014)

Ex-Secretário de Obras e Serviços Urbanos – Sr. Edílson Rocha Ribeiro (Período: 01/01/2014 a 14/02/2014)

Prefeito Municipal de Sinop – Sr. Juarez Alves da Costa (Período: 05/02/2014 a 31/12/2014)

Empresa Suelen Maria Silva Novas EPP – CNPJ 18.460.718/0001-26 – Diretor



Administrativo e Financeiro Sr. Caio Coelho de Moraes

30.JB 02. Despesa_Grave. Pagamento de despesas referente a bens e serviços em valores superiores ao praticado no mercado e/ou superiores ao contratado – superfaturamento (art. 37, *caput*, da Constituição Federal e art. 66 da Lei 8.666/1993).

30.1 Superfaturamento nos preços de serviços de manutenção hidráulica e elétrica da linha pesada da Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos realizados junto à empresa Suelen Maria da Silva Novas -EPP, contratada através do pregão n.º 05/2014 – ata de registro de preços 39/2014, resultando em um prejuízo ao erário no valor de R\$ 11.520,00 (Tópico 3.2)

Secretária Municipal de Educação – Sra. Gisele Faria de Oliveira (Período: 01/01/2014 a 31/12/2014)

Secretaria Adjunta de Educação – Sra. Maria do Socorro Pereira Cruz (Período 01/01/2014 a 31/12/2014)

Prefeito Municipal de Sinop – Sr. Juarez Alves da Costa (Período: 05/02/2014 a 31/12/2014)

Empresa Suelen Maria Silva Novas EPP – CNPJ 18.460.718/0001-26 – Diretor Administrativo e Financeiro Sr. Caio Coelho de Moraes

32. JB 02. Despesa_Grave. Pagamento de despesas referente a bens e serviços em valores superiores ao praticado no mercado e/ou superiores ao contratado – superfaturamento (art. 37, *caput*, da Constituição Federal e art. 66 da Lei 8.666/1993).

32.1 Superfaturamento nos preços de serviços mecânicos e de funilaria de ônibus da Secretaria Municipal de Educação realizados junto à empresa Suelen Maria da Silva Novas -EPP, contratada através do pregão n.º 05/2014 – ata de registro de preços 39/2014, resultando em um prejuízo ao erário no valor de R\$ 32.904,15. **(Tópico 3.2)**

RAZÕES RECURSAIS DO MPC:

Diz o MPC que o Pregão 05/2014 deu origem à ata de registro de preços nº 39/2014, para contratação de serviços de manutenção hidráulica e elétrica da linha pesada da Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos e serviços de mecânica e funilaria para os ônibus da Secretaria Municipal de Educação. A vencedora do Certame e consequente prestadora dos serviços foi a empresa Suelen Maria da Silva Novaes –



EPP.

Relata que a equipe técnica, em entendimento compartilhado por este órgão ministerial no parecer 7.096/2015, entendeu que houve superfaturamento nos serviços contratados pela administração pública.

Afirma que o relator opinou pela exclusão da irregularidade. E que em apertada síntese, o julgador considerou que os argumentos da equipe técnica foram insuficientes para convencê-lo da existência da irregularidade, haja vista se basearem na comparação entre valores contratados e os praticados em outros municípios. Eis os termos do voto do Excelentíssimo Conselheiro quanto a tais fatos:

A equipe técnica manteve o superfaturamento com base na comparação entre os valores contratados e os praticados em outros municípios. Além disso, na sua concepção, a defesa em nenhum momento demonstrou o inverso.

Ocorre que, conforme reconhece a própria equipe técnica no relatório preliminar, os procedimentos licitatórios estão acompanhados de três orçamentos realizados no Município de Sinop, os quais não podem ser ignorados.

Ademais, não se pode negar que há uma variação de preços entre os praticados em municípios diversos, dada as peculiaridades de cada localidade.

Diante dessas razões, entendo que não há nos autos elementos suficientes que maculam os orçamentos contidos no procedimento licitatório e, por consequência, autorizam a sua desconsideração.

O MPC discorda da decisão proferida e entende que diversos aspectos fundamentais auditados pela equipe técnica foram desconsiderados na decisão plenária, dentre os quais: a empresa vencedora foi a única licitante na fase externa do Pregão 05/2014; que o estabelecimento empresarial se resume a um prédio simples, sem qualquer propaganda ou fachada, e que tal condição indica uma estrutura enxuta, talvez não condizente com as contratações que tem feito com o poder público, na medida em que já prestou serviços à Prefeitura de Sinop no valor de R\$ 956.728,42.

E ainda que, durante todo o ano de 2014, a empresa somente emitiu notas fiscais para a Prefeitura de Sinop, no valor de R\$ 511.487,50, e que, em tese, o único cliente da empresa Suelen Maria da Silva Novaes – EPP é a Prefeitura Municipal de



Sinop.

Diz que quanto ao objeto dos pregões em si, a auditoria levantou a tese de superfaturamento após comparar os custos das contratações com serviços iguais ou similares prestados em outros municípios do interior do estado, todos com preço consideravelmente abaixo daqueles praticados em Sinop.

Segundo o MPC, o preço praticado pelo município de Sinop, e apurado pela equipe técnica, foi muito superior àqueles praticados nos âmbitos das pesquisas de preços realizadas nos municípios do Estado de Mato Grosso, cuja tabela abaixo consolidada reproduz a comparação:

| | Preço médio demais municípios | Preço máximo demais municípios | Preço Pregão 5/2014 em Sinop |
|---------------------------------------|-------------------------------|--------------------------------|------------------------------|
| Mecânica em ônibus | R\$ 70,66 | R\$ 85,00 | R\$ 130,00 |
| Funilaria em ônibus | R\$ 83,00 | R\$ 86,00 | R\$ 130,00 |
| Manutenção hidráulica da linha pesada | R\$ 68,50 | R\$ 85,00 | R\$ 180,00 |
| Manutenção elétrica da linha pesada | R\$ 58,62 | R\$ 80,00 | R\$ 170,00 |

Assim, segundo o MPC, fica nítido que o município de Sinop pagou muito acima dos valores praticados no mercado. O relator afastou a irregularidade sob o argumento de que a mera comparação de preços não é suficiente para comprovação do dano. Porém, diz o MPC que a disparidade de preços é apenas um dos indícios.

Neste sentido, a Corte Ministerial relata que o edital da licitação continha mais de uma irregularidade notável: cláusula restritiva (exigência de licença ambiental dos participantes); termos vagos e imprecisos (“entre outras”, itens 1-22); agregação não justificada e indevida de serviços de natureza distinta e parecer jurídico genérico, que não se debruçou sobre o objeto do certame.

E que após a contratação e sua execução também teve suas impropriedades: não foi designado fiscal de contratos e não foi formalizado termo de contrato.

E também afirma que a Secretaria Municipal de Educação teve no exercício de 2014 um gasto com manutenção do transporte escolar 265,18% maior que o do ano anterior, sem que tenha havido um correspondente aumento da frota ou outra justificativa plausível.

Por fim, o MPC traz o exemplo do STF, no voto do ilustríssimo ministro Luiz



Fux, nos termos da ação penal 470, no sentido de que a acumulação de indícios faz prova:

“Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua função persuasiva, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo. O que importa para o juízo é a denominada verdade suficiente constante dos autos; na esteira da velha parêmia quod non est in actis, non est in mundo.

Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta.

Aliás, a força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si próprios, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória. (cf. PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91).”

CONTRARRAZÕES DE RECURSO

Alega o recorrido que o Ministério Público de Contas, para contrapor os argumentos que culminou no saneamento das irregularidades em destaque, alega que a licitante Suelen Maria da Silva Novaes – EPP foi a única participante na fase externa, e que a sede se resume a um prédio simples, sem qualquer propaganda ou fachada, cuja estrutura pode não ser condizente com as contratações mantidas com o poder público.

Afirma que a referida empresa possui contratos de serviços com Prefeitura de Sinop no valor de R\$ 956.728,42, sendo que apenas no ano de 2014 houve prestação de serviços na ordem de de R\$ 511.487,50, levando a entender ser a municipalidade o único cliente da empresa.

Diz que o MPC justifica a existência de superfaturamento nos serviços oriundos do Pregão Presencial nº 005/2014, com base nas mesmas tabelas



demonstradas pela equipe de auditoria em sede de Relatório Preliminar contendo as comparações de serviços iguais ou similares prestados em outros municípios do interior do Estado, sem apresentar nenhum elemento ou fato novo que comprovaria a existência de superfaturamento de preços.

E que inova em sede recursal ao alegar que a exigência de licença ambiental dos participantes restringiu a competição, e que no edital continha termos vagos, imprecisos, agregação não justificada e indevida de serviços de natureza distinta, e que o parecer jurídico foi elaborado de forma genérica, apontando, ainda, ausência de fiscal de contratos e termo contratual e gasto no transporte escolar 265,18% maior do que no ano anterior.

Alegam ainda os recorridos que as informações da ausência de nomeação de fiscal para a execução contratual, gasto maior na manutenção do transporte escolar no exercício, exigência de registro nos órgãos ambientais, sede da empresa sem fachada, única empresa classificada para o certame e possui contrato com a Prefeitura de Sinop, não pode servir de base para sustentar a tese de que estes indícios macularam o certame licitatório.

Isso, porque, de acordo com os defendentes, a licitação foi amplamente divulgada nos termos que determina o art. 21, I a III da Lei 8.666/1993, possibilitando a participação de todos os interessados que se propuserem a realizar a prestação de serviços de acordo com as regras do edital e que não houve nenhuma impugnação do ato convocatório.

Além disso, dizem não proceder a afirmação da ausência da fiscalização na fase de execução, pois ficou devidamente comprovada nos autos a nomeação de servidor responsável pelo procedimento.

Aduz a defesa que os gastos maiores no exercício analisado na manutenção do ensino não podem ser visto como indícios de irregularidades, pois a CF/88, art. 212, estipula valores mínimos a serem aplicados na manutenção do ensino, estando o transporte escolar sob a responsabilidade do gestor.

E que no caso da inserção de cláusulas restritivas mencionada pelo *Parquet de Contas*, tem-se que a exigência teve como objetivo impedir que os serviços contratados pudessem ocasionar prejuízos socioambientais, além é claro de trazer corresponsabilidade à gestão caso viesse a ocorrer problemas legais durante a sua



execução. E que ademais não consta nos autos nenhum elemento que confirme haver a restrição ao caráter competitivo ao certame.

Por fim, relatam os recorridos que o arcabouço de possíveis indícios apresentados na peça recursal não possui o condão de atribuir mácula na contratação legítima realizada pela Prefeitura de Sinop, devendo prevalecer o entendimento exposto no acórdão recorrido, mantendo o saneamento das irregularidades e a ausência de superfaturamento na prestação de serviços derivado do certame.

DA ANÁLISE:

Tem-se dos autos que a equipe técnica responsável pelo relatório preliminar apontou irregularidades de superfaturamentos (itens 30.1 e 32.1) tendo como base pesquisas de mercados baseadas em serviços similares prestados em outros municípios do Estado de Mato Grosso , como por exemplo, Sapezal, Água Boa, Aripuanã, Porto Espiridião, Jaciara, entre outros.

O excelentíssimo Conselheiro Relator, em seu voto, opinou pela exclusão da irregularidade, em apertada síntese, o julgador considerou que os argumentos da equipe técnica foram insuficientes para convencê-lo da existência da irregularidade, haja vista se basearem na comparação entre os valores contratados e os praticados em outros municípios.

Há de ressaltar que as pesquisas de preços não necessariamente devem ser realizadas no âmbito do município onde será realizada a licitação. Poder ter como base valores de mercados de vários outros municípios.

A pesquisa de preços não deve se limitar aos tradicionais orçamentos de fornecedores. É preciso levar em conta fontes de referência disponíveis, com a maior amplitude possível. Esse é o conceito de “cesta de preços aceitáveis” definido pelo TCU, que engloba as mais diversas fontes.

O que se espera, portanto, é que a pesquisa de preços seja realizada com amplitude suficiente (Acórdão TCU 2637/2015-P), proporcional ao risco da compra, privilegiando a diretriz emanada pelo art. 15 da Lei de Licitações, a fim de que o balizamento seja fundamentado nos preços praticados pela Administração Pública. Nesse sentido, somente quando não for possível obter preços referenciais nos sistemas oficiais é que a pesquisa pode se limitar a cotações de fornecedores (Acórdão TCU



2.531/2011-P).

Portanto, para se concluir pelo superfaturamento, no entendimento do TCU, deve-se chegar ao valor de referência de mercado mediante a maior amplitude de pesquisas possível.

Para estabelecer se o preço analisado é compatível com o mercado, será necessário coletar preços em diversas **fontes de referência disponíveis** (preços praticados e registrados na Administração Pública; mídia especializada, páginas especializadas ou de domínio amplo na internet; cotação com fornecedores). Uma importante fonte de preços pode ser obtida acessando o site do Comprasnet no seguinte endereço: www.comprasnet.gov.br.

Outros preços praticados e registrados na Administração pública podem ser encontrados nos seguintes endereços da Internet:

| SITE | DESCRIÇÃO |
|--|---|
| 1. www.atasnelca.vai.la | Arquivos extraídos diretamente do Comprasnet, com todas as atas de material vigentes, separadas por região geográfica dos órgãos gerenciadores. |
| 2. http://bllpublico.cloudapp.net | Portal de compras eletrônicas Bolsa de Licitações e Leilões (BLL), utilizado por prefeituras de diversos estados do Brasil. |
| 3. http://cidadao.tce.mt.gov.br/licitacao | Portal do TCE/MT com preços de referência de diversos bens adquiridos por prefeituras do Estado de Mato Grosso. |
| 4. http://www.licitacoes-e.com.br | Portal de compras eletrônicas do Banco do Brasil, dispõe de uma "Pesquisa Avançada" para consulta por mercadoria. |
| 5. www.google.com.br | Exemplo de expressão de busca: <"ata de registro de preços" dipirona "500mg" 2015 "prefeitura municipal"> |
| 6. https://aquisicoes.sad.mt.gov.br | Preços registrados pelo governo do Estado de Mato Grosso. |
| 7. https://diariomunicipal.org/mt/amm | Atas e licitações publicadas pelas prefeituras de Mato Grosso. |

Por outro lado, o Pregão 005/2014 teve seu preço de referência fundamentado em 03 (três) orçamentos realizados no município de Sinop, conforme reconhecido pela própria equipe técnica.

Ainda assim, nos termos do voto do Excelentíssimo Conselheiro Relator, "após analisar detalhadamente os autos, restam-se dúvidas quanto à configuração da irregularidade".

Neste sentido, e em atenção ao princípio da prudência e razoabilidade, o



Conselheiro relator, ante a dúvida suscitada quanto à irregularidade, votou pela exclusão da mesma, decisão acertada no entedimento desta equipe técnica.

Além disso, cabe ressaltar que compete ao Conselheiro Relator, na ocasião do seu voto, citar todas as determinações e recomendações pertinentes, bem assim transformar irregularidades em recomendações, se for o caso.

Neste sentido, o Conselheiro Relator, na ocasião do seu voto, e em atenção ao papel orientativo desta Corte de Contas, recomendou à atual gestão que pratique todos os atos necessários para que não subsistam dúvidas com relação à compatibilidade entre os preços dos procedimentos licitatórios e os praticados no mercado. Tal recomendação consta do acórdão nº 3.611/2015 – TP sob o nº 2.

O MPC traz inúmeras situações as quais somadas ao valor superior apurado na tabela produzida pela equipe técnica, e que indicariam o superfaturamento, quais sejam: o edital da licitação continha mais de uma irregularidade notável: cláusula restritiva (exigência de licença ambiental dos participantes); termos vagos e imprecisos (“entre outras”, itens 1-22); agregação não justificada e indevida de serviços de natureza distinta e parecer jurídico genérico, que não se debruçou sobre o objeto do certame. E que após a contratação e sua execução também teve suas impropriedades: não foi designado fiscal de contratos e não foi formalizado termo de contrato.

E ainda: a empresa vencedora foi a única licitante na fase externa do Pregão 05/2014; que o estabelecimento empresarial se resume a um prédio simples, sem qualquer propaganda ou fachada, e que tal condição indica uma estrutura enxuta, talvez não condizente com as contratações que tem feito com o poder público, na medida em que já prestou serviços à Prefeitura de Sinop no valor de R\$ 956.728,42. E ainda que, durante todo o ano de 2014, a empresa somente emitiu notas fiscais para a Prefeitura de Sinop, no valor de R\$ 511.487,50, e que, em tese, o único cliente da empresa Suelen Maria da Silva Novaes – EPP é a Prefeitura Municipal de Sinop.

Contudo, na opinião desta equipe técnica, tais fundamentos, mesmo que acumulados, não são suficientes e não guardam relação entre si a fim de se chegar que houve o superfaturamento ora contestado.

Assim, ante todo o exposto, **opina-se pela manutenção dos termos do Acórdão nº 3.611/2015 – TP, referentes às irregularidades 30.1 e 32.1.**



Juarez Alves da Costa (prefeito no período 5/2 a 31/12/14)

11.13. KB 10. Pessoal_Grave_10. Não provimento dos cargos de natureza permanente, mediante concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal).

11.13.1. Admissão de 09 servidores para exercer o cargo comissionado de Assessor Jurídico e 01 servidor para o cargo de Procurador Jurídico que deve ser preenchido por meio de concurso público. **Item 7.2.**

Processo nº 20.399-8/2014 (Relatório Técnico de Auditoria da Secretaria de Controle Externo de Atos de Pessoal e RPPS)

RAZÕES RECURSAIS DO MPC

Segue abaixo transcrição das razões recursais do MPC:

Conforme se extrai dos autos, durante o exercício financeiro de 2014 o gestor proveu por cargo em comissão e posse de 9 assessores jurídicos e 1 procurador jurídico.

Apesar de apontada pela Equipe Técnica e ratificada pelo Ministério Público de Contas, o relator afastou as impropriedades sob o argumento de que se tratam de cargos de assessoramento e chefia. Eis as palavras do nobre julgador:

“Diversamente da equipe técnica e do procurador de Contas, depois de realizar um exame minucioso da questão, entendo que as impropriedades não restaram configuradas. Digo isso essencialmente porque o cargo de assessor jurídico, como o próprio nome já indica, se presta ao assessoramento e o de procurador jurídico é claramente de chefia. Logo, entendo não haver nenhuma ilegalidade nos seus preenchimentos mediante cargo em comissão.”

Com a devida vênia à decisão exarada pelo Nobre Conselheiro, este entendimento está em completa dissonância com o que leciona a doutrina e jurisprudência atuais, inclusive a desta Corte de Contas.

O Relator, apesar de ter se debruçado minuciosamente sobre a questão, não trouxe argumentos mais pormenorizados para justificar seu posicionamento. Limitou-se a dizer que o próprio nome indica que o cargo de assessor jurídico é de assessoramento, ao passo em que o procurador jurídico é, usando seus termos, *“claramente de chefia.”*

Conforme bem sabido, os cargos em comissão se destinam exclusivamente às funções de chefia e assessoramento (CF, art. 37, II). Significa dizer que o concurso



público é regra e princípio geral da administração pública, sendo excetuado apenas nas hipóteses taxativas, mormente as duas elencadas. Aqui percebemos o primeiro equívoco do julgamento: o cargo de assessoria jurídica não se enquadra na exceção constitucional.

Em mais de uma oportunidade esta Corte de Contas se posicionou afirmando que a assessoria jurídica dos poderes é atividade permanente da administração, a serem supridas por advogado público devidamente aprovado e nomeado em concurso, **inclusive em resolução de consulta, o que gera prejulgamento da tese.**

Vejamos abaixo a Resolução de Consulta 33/2013, que trata do caso, e algumas das reiteradas decisões nesse sentido, estas últimas retiradas do Boletim de Jurisprudência Consolidado do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (fev 2014 - jul 2015):

Ementa: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO.

REEXAME DA TESE PREJULGADA NA RESOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 29/2008. REVOGAÇÃO PARCIAL DA PARTE DISPOSITIVA DO ITEM 4 DA CITADA RESOLUÇÃO, BEM COMO

DA PRIMEIRA EMENTA DO ACÓRDÃO Nº 100/2006 E REVOGAÇÃO INTEGRAL DOS ACÓRDÃOS NRSº 1.524/2003 E 947/2007. NOVA DELIBERAÇÃO NOS SEGUINTE TERMOS:

PESSOAL. ADMISSÃO. FORMAS DE INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO.

1) Em regra, a investidura em cargos com atribuições típicas, permanentes e finalística da Administração Pública ocorre por meio de admissão em concurso público, nos termos do inciso II do artigo 37 da CF/1988.

2) Como formas excepcionais de ingresso no serviço público previstas pela Constituição estão os provimentos de cargos em comissão (incisos II e V do artigo 37) e o preenchimento de funções por tempo determinado para atender necessidades temporárias de excepcional interesse público (inciso IX do artigo 37).

3) A criação de cargos em comissão pressupõe a existência de vínculo de confiança e do nutum, destinando-se exclusivamente ao exercício das atribuições de direção, chefia e assessoramento.

4) A possibilidade de criação de cargos em comissão não é aferida pela denominação que



se lhe dá (assessor, chefe de departamento, diretor, etc.), mas sim pela natureza de suas atribuições.

(...)

3) O descumprimento destas hipóteses e requisitos para a contratação de serviços técnico profissionais especializados compreendidos em atribuições inerentes a categorias funcionais do quadro de pessoal efetivo configura burla ao princípio do concurso público, caracterizando também a substituição indevida de servidores públicos, o que faz incluir o respectivo gasto no cômputo das despesas com pessoal, conforme estabelece o § 1º do artigo 18

da Lei de Responsabilidade Fiscal.

PESSOAL. ADMISSÃO. ADVOCACIA PÚBLICA. CONCURSO PÚBLICO. REGRA GERAL. EXCEÇÕES.

1) As atribuições ordinárias, corriqueiras e permanentes de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e de assessoramento jurídico na Administração Pública devem ser realizadas por servidor investido em cargo efetivo devidamente aprovado em concurso público.

2) É permitida a criação e provimento de cargos em comissão para o exercício de atribuições de direção ou chefia de unidade técnica jurídica de órgãos ou entidades públicas, bem como para assessoramento direto de autoridades, devendo existir, em ambos os casos, cargos de provimento efetivo para o exercício ordinário, corriqueiro e permanente das atribuições de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e de assessoramento jurídico.

3) As pequenas unidades administrativas, a exemplo de Câmaras Municipais e autarquias previdenciárias, a fim de atender à regra do concurso público para a admissão de Advogados/Procuradores públicos, podem, mediante legislação local, definir a carga horária e a remuneração do respectivo cargo público compatíveis com a necessidade do serviço **(RESOLUÇÃO DE CONSULTA 33/2013, Relator Conselheiro Substituto Luiz Henrique Lima). Original sem grifos.**

13.14) Pessoal. Atividades jurídicas permanentes. Concurso público.



1. *As atividades de representação judicial e extrajudicial da administração e de emissão de pareceres jurídicos no âmbito de procedimentos administrativos como licitações e contratos são consideradas permanentes, devendo ser supridas por cargo de advogado público, criado por lei e provido por meio de concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal).*

2. *A contratação de serviço de assessoria jurídica mediante procedimento licitatório para a execução de atividades contínuas e permanentes, que devam ser exercidas por servidores efetivos, desatende a regra constitucional do concurso público.*

(Contas Anuais de Gestão. Relatora: Conselheira Substituta Jaqueline Jacobsen. Acórdão nº 2.694/2015-TP. Processo nº 2.108-3/2014).

13.16) *Pessoal. Cargo comissionado de assessor jurídico. Atribuições não relacionadas à direção, chefia ou assessoramento.*

Não encontra amparo constitucional a criação, por meio de lei, de cargo comissionado de assessor jurídico para o atendimento de atribuições que não sejam de direção, chefia ou assessoramento direto à autoridade nomeante, tendo em vista que tal situação configura inobservância ao princípio do concurso público.

(Contas Anuais de Gestão. Relator: Conselheiro Substituto Isaías Lopes da Cunha. Acórdão nº 94/2014-SC. Processo nº 8.227-9/2013).

13.18) *Pessoal. Cargo de assessor jurídico. Atividades permanentes.*

Provimento do cargo. Concurso público.

O cargo de assessor jurídico, ao qual estão vinculadas atividades permanentes de procuradoria jurídica, de representação judicial da administração e de emissão de pareceres jurídicos no âmbito de procedimentos administrativos como licitações e contratos, deve ser provido por meio de concurso público.

(Contas Anuais de Gestão. Relatora: Conselheira Substituta Jaqueline Jacobsen. Acórdão nº 77/2014-SC. Processo nº 7.908-1/2013).



A função de representação judicial e emissão de pareceres é inerente à administração pública. Também por isso o cargo exige imparcialidade e submissão (esta, primariamente, à legalidade), postulados incompatíveis com o seu provimento em comissão, haja vista que é a efetividade e estabilidade dos servidores de carreira que lhes confere maior autonomia.

O argumento do relator acerca da nomenclatura do cargo é igualmente inválido. Note que a já mencionada resolução de consulta 33/2013 deixou a questão bem clara. Além do mais, o outrora citado Boletim de Jurisprudência também traz decisão deste Egrégio Tribunal afirmando que **o nome do cargo, por si só, é irrelevante para definir a sua natureza jurídica:**

*13.19) Pessoal. Cargo em comissão. Comprovação da natureza jurídica. **A simples nomenclatura do cargo em comissão não é suficiente para definir sua natureza jurídica e respectiva relação com atividades de direção, chefia ou assessoramento, uma vez que somente o conjunto de atribuições a serem desempenhadas pelo ocupante do cargo é que comprovam a sua natureza jurídica.***

(Contas Anuais de Gestão. Relator: Conselheiro Substituto Moisés Maciel. Acórdão nº 1.930/2014-TP. Processo nº 8.089-6/2013). Original sem grifos.

Em interpretação analógica, podemos aplicar ao caso o princípio da simetria. Nas demais esferas (estadual e federal) a constituição prevê expressamente a representação judicial por servidores de carreira (advocacia geral da união e procuradoria dos estados, respectivamente). Não há qualquer argumento válido para justificar que princípio diferente se aplicaria à menor unidade federativa.

Essa interpretação foi utilizada em recente decisão de nossa corte maior, o STF, ao julgar o processo nº 873.745, em 7/4/2015, de relatoria do Ministro Luis Barroso. O excelentíssimo julgador deu provimento a agravo que reformou decisão do TJ-MG *que declarava constitucional a lei municipal do município de Ibiraci que criara cargos de assessor jurídico para provimento em comissão.*



Segundo o relator, a decisão do Tribunal de Justiça mineiro estava **frontalmente em desacordo** com a jurisprudência do Supremo e por isso, ao fim, o pretório excelso conheceu o agravo e deu provimento ao Recurso Extraordinário para reformar a decisão local.

Em suma, tanto o TCE-MT quanto o STF já se pronunciaram em sentido contrário à decisão do relator. Mas o que torna a situação ainda mais alarmante é que o acórdão 147/2013-TP **já reconheceu a ilegalidade da situação perpetrada em Sinop**. O julgamento do processo 21974-6/2011 culminou com a recomendação de que os cargos de assessor jurídico fossem providos mediante concurso. Embora assista razão ao relator quando afirma que se trata de mera recomendação genérica e sem prazo e, portanto, sem punibilidade por descumprimento, está assente o entendimento do plenário acerca da ilicitude da situação.

Não é bom que este tribunal divirja de si próprio sem embasamento técnico e jurídico suficiente. Em 2013 esta corte julgou irregular o provimento de assessores jurídicos por comissão e, em 2015, contrariando a maciça jurisprudência local e do STF, decidiu não haver irregularidade no feito.

Pelo exposto, parece nítido que o ponto merece reforma. Assim, o Ministério Público de Contas apela da decisão para que o gestor seja punido em face da violação direta ao disposto no art. 37, II da CF, nos termos do art. 289, II, RITCE/MT, considerando não apenas o aspecto punitivo, mas também o caráter pedagógico e inibitório da imposição pecuniária, bem como determinar que no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a atual gestão realize concurso público para o preenchimento dos cargos de assessores e procuradores jurídicos e, neste ínterim, que se abstenha de contratar temporariamente nos casos em que restar caracterizada a natureza permanente dos cargos, sem a demonstração do excepcional interesse público, conforme Resolução de Consulta nº 33/2013.

CONTRARRAZÕES DE RECURSO

Transcreve-se abaixo o teor das contrarrazões apresentadas pela parte recorrida:



Evitando delongas desnecessárias, compulsando nos autos do Relatório de Auditoria do processo n°. 20.399-8/2014, onde consta a irregularidade pela suposta contratação considerada sanada pelo Relator Originário, tem-se que a Equipe de Analista apresentou recomendação ao gestor para a realização de concurso público para o provimento dos referidos cargos:

Vejamos conteúdo do Relatório Técnico de Análise da Defesa:

“(…)

11.13. KB 10. Pessoal_Grave_10. Não provimento dos cargos de natureza permanente, mediante concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal).

11.13.1 Admissão de 09 servidores para exercer o cargo comissionado de Assessor Jurídico e 01 servidor para o cargo de Procurador Jurídico que deve ser preenchido por meio de concurso público. Item 7.2.

Sugestão de Determinação: Sugere-se a determinação ao gestor para que realize concurso público para a contratação dos assessores e procuradores jurídicos.

Conforme manifestação apresentada pelo Gestor em sede de Alegações Finais de Defesa nos autos daquele processo tem-se que o Prefeito Municipal lançou mão do edital de concurso público n°. 001/2014 contemplando as exigências sugeridas pela Equipe Técnica, sendo que tal entendimento foi acompanhado pelo Ministério Público de Contas que opinou pela aplicação de multa e determinação que o gestor realize concurso público no prazo de 90 (noventa dias) para preenchimento dos cargos de assessor e procurador.

Isso tudo consta no Voto condutor do Eminentíssimo Relator Conselheiro Antônio Joaquim aprovado pelo Plenário, onde o decano não acatou o posicionamento da Equipe de Auditoria e Ministério Público de Contas, e considerou sanado a irregularidade.

É o que se extrai do trecho do voto:

Responsável: Sr. Juarez Alves da Costa (prefeito no período de 5/2 a 31/12/2014). 13. KB10. Pessoal_Grave. Não provimento dos cargos de natureza permanente, mediante concurso público (art. 37,11, da Constituição Federal).

13.1 Admissão de 09 servidores para exercer o cargo comissionado de Assessor jurídico e 01 servidor para o cargo de Procurador Jurídico que deve ser



preenchido por meio de concurso público - Item 7.2.

13.2 Não realização de Concurso Público pela Prefeitura Municipal de Sinop desde 2008 para os cargos permanentes de médico, fisioterapeuta, enfermeiro, farmacêutico/bioquímico, dentista, técnico de enfermagem e técnico de laboratório, cujos cargos constam no Plano de Cargos Carreiras e Salários, estando essas funções sendo providas de forma por meio de servidores contratados por OSCIP.

14. Não Classificada pela Resolução nº 40/2013. Descumprimento de decisão do Tribunal de Contas de Mato Grosso.

14.2 Descumprimento do Acórdão 147/2013-TP que determina ao atual gestor que os cargos de Assessores Jurídicos sejam preenchidos mediante concurso público, conforme dispõe o artigo 37, inciso II, da Constituição da República - Item 7.2.

No que diz respeito aos subitens 13.1 e 14.2, equipe de auditoria questionou o fato de nove cargos de assessor jurídico e um de procurador jurídico não serem preenchidos por meio de concurso público, já que não se relacionam à direção, chefia e assessoramento. Além disso, apontou o descumprimento da determinação contida no Acórdão 147/2013-TP (processo 139319/2011), transitado em julgado em maio/2014, que julgou as contas anuais de gestão do exercício de 2011, para que os cargos de assessores fossem preenchidos por meio de concurso público.

A defesa não apresentou justificativa para os apontamentos.

A equipe técnica, considerando que não houve manifestação sobre o item, manteve as irregularidades.

Em suas alegações finais, o prefeito realça que a realização de concurso não é tarefa fácil. Informa que o Edital 1/2014 demonstra o cumprimento da determinação emanada no julgado deste Tribunal. Logo, não há que se falar em descumprimento de determinação.

O Ministério Público de Contas acompanhou o entendimento técnico e opinou pela aplicação de multa e realização de determinação para que o gestor realize concurso público no prazo de 90 (noventa dias) para preenchimento dos



cargos de assessor e procurador.

Diversamente da equipe técnica e do procurador de Contas, depois de realizar um exame minucioso da questão, entendo que as impropriedades não restaram configuradas.

Digo isso essencialmente porque o cargo de assessor jurídico, como o próprio nome já indica, se presta ao assessoramento e o de procurador jurídico é claramente de chefia. Logo, entendo não haver nenhuma ilegalidade nos seus preenchimentos mediante cargo em comissão.

Soma-se a isso o fato de que o Acórdão 147/2013-TP não determinou ao gestor que realize o concurso para o preenchimento dos cargos em determinado prazo, mas sim recomendou, de uma forma mais genérica, conforme se verifica da sua leitura a seguir:

Recomendar: (...)

m) que os cargos de assessores jurídicos sejam preenchidos mediante concurso público, conforme dispõe o artigo 37, inciso II, da Constituição de República, sendo que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme irregularidade descrita no item 1, da fundamentação do voto (processo nº 21.974-6/2011).

Assim, também não visualizo o descumprimento de determinação.

Voltando-se para o subitem 13.2, a equipe de auditoria, inicialmente, apontou a ausência de realização de concurso público pela Prefeitura Municipal de Sinop desde 2008 para os cargos permanentes de médico, fisioterapeuta, enfermeiro, farmacêutico/bioquímico, dentista, técnico de enfermagem e técnico de laboratório. Em sua defesa, o prefeito informou a promoção do concurso público mediante o Edital 1/2014.

Após examinar a justificativa, os auditores, apesar de terem reconhecido a realização do certame, mantiveram parcialmente a irregularidade porque a Prefeitura permaneceu inerte por sete anos.

Em suas alegações finais, o responsável não contra-argumentou esse item.



O Ministério Público de Contas não opinou de forma específica quanto a esse item. Diferentemente da equipe técnica, entendo que o fato de a Prefeitura ter permanecido sete anos sem realizar o certame não é motivo para manutenção da irregularidade.

Não se pode negar que o gestor adotou providência no exercício de 2014, ano a que se refere o julgamento das presentes contas, não podendo ser punido nestes autos pela inércia de gestões anteriores.

Assim sendo, excluo o subitem 13.2.

Em que pesem os argumentos trazidos pelo Ministério Público de Contas em sede de Recurso Ordinário de que o Relator, apesar de ter se debruçado minuciosamente sobre a questão, não trouxe argumentos mais pormenorizados para justificar seu posicionamento, é incontroverso que tais assuntos não poderão se sustentar.

Isso, porque, o conteúdo prolatado no voto optando pelo saneamento da irregularidade se deu em razão do convencimento do Relator em relação à natureza jurídica da nomenclatura dos cargos envolvidos se encaixarem naqueles previstos pela Legislação sendo como de chefia e assessoramento.

O Ministério Público de Contas tenta atribuir à natureza jurídica que lhe convém, não se atentando o fato da competência constitucional dos Municípios para legislar em interesse local, como no caso da legislação que criou os cargos em discussão.

Corroborando a isso, tem-se que o Nobre Relator das Contas Anuais de Gestão de 2014, levou em consideração a boa fé do Gestor que lançou mão de certame próprio para cumprir a determinação contida nos autos do processo n°. 20.399- 8/2014, apenso às Contas Anuais de Gestão de 2014.

Conforme se extrai do conteúdo do voto colecionado acima a irregularidade foi suprida com a realização do Concurso Público por meio do Edital n°. 001/2014, **INCLUSIVE COM A OPINIÃO MINISTERIAL** de aplicar a determinação para realização do concurso no prazo de 90 (noventa) dias, que foi atendido pelo Gestor.

ANÁLISE

Em sua defesa, o defendente alega ter lançado mão do edital de concurso



público nº 01/2014 onde atenderia a recomendação da equipe técnica e do Ministério Público de Contas para realização de concurso público para os cargos de procuradores e assessores jurídicos.

Tal alegação também foi utilizada pelo gestor quando das suas alegações finais no julgamento das contas anuais de gestão do exercício de 2014.

Contudo, em consulta ao sítio www.sinop.mt.gov.br>concursos 2014, acessado em 18/05/2016 às 16:37 hs, foi consultado o aludido Edital 001/2014 e no campo 1.1.3 (Tabela de Cargos) não contempla os cargos de assessores e procurador jurídico, ao contrário do que alega o defendente. Referida tabela de cargos encontra-se disposta no **anexo 1 ao presente relatório**.

Ademais, no voto do então Excelentíssimo Conselheiro Relator, consta que :”...**Digo isso essencialmente porque o cargo de assessor jurídico, como o próprio nome já indica, se presta ao assessoramento e o de procurador jurídico é claramente de chefia. Logo, entendo não haver nenhuma ilegalidade nos seus preenchimentos mediante cargo em comissão...**”.

Entretanto, este não é o entendimento disposto na Resolução de Consulta TCE nº 33/2013:

Ementa: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO.

REEXAME DA TESE PREJULGADA NA RESOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 29/2008. REVOGAÇÃO PARCIAL DA PARTE DISPOSITIVA DO ITEM 4 DA CITADA RESOLUÇÃO, BEM COMO DA PRIMEIRA EMENTA DO ACÓRDÃO Nº 100/2006 E REVOGAÇÃO INTEGRAL DOS ACÓRDÃOS NºS 1.524/2003 E 947/2007. NOVA DELIBERAÇÃO NOS SEGUINTE TERMOS: PESSOAL. ADMISSÃO. FORMAS DE INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO.

1) Em regra, a investidura em cargos com atribuições típicas, permanentes e finalística da Administração Pública ocorre por meio de admissão em concurso público, nos termos do inciso II do artigo 37 da CF/1988.

2) Como formas excepcionais de ingresso no serviço público previstas pela Constituição estão os provimentos de cargos em comissão (incisos II



e V do artigo 37) e o preenchimento de funções por tempo determinado para atender necessidades temporárias de excepcional interesse público (inciso IX do artigo 37).

3) A criação de cargos em comissão pressupõe a existência de vínculo de confiança e do nutum, destinando-se exclusivamente ao exercício das atribuições de direção, chefia e assessoramento.

4) A possibilidade de criação de cargos em comissão não é aferida pela denominação que se lhe dá (assessor, chefe de departamento, diretor, etc.), mas sim pela natureza de suas atribuições.

(...)

Mesmo é o entendimento firmado no Boletim de Jurisprudência afirmando que o nome do cargo, por si só, é irrelevante para definir a sua natureza jurídica:

13.19) Pessoal. Cargo em comissão. Comprovação da natureza jurídica. A simples nomenclatura do cargo em comissão não é suficiente para definir sua natureza jurídica e respectiva relação com atividades de direção, chefia ou assessoramento, uma vez que somente o conjunto de atribuições a serem desempenhadas pelo ocupante do cargo é que comprovam a sua natureza jurídica.

(Contas Anuais de Gestão. Relator: Conselheiro Substituto Moisés Maciel. Acórdão nº 1.930/2014-TP. Processo nº 8.089-6/2013). Original sem grifos.

Além disso, a função de representação judicial e emissão de pareceres representam atividades permanentes, com atribuições típicas e finalística da Administração Pública, portanto, a serem exercidas por servidores efetivos, devidamente aprovados em concurso público.

Por fim, tem-se que o próprio Tribunal de Contas de Mato Grosso, nos termos do processo 21974-6/2011, por meio do acórdão 147/2013-TP, consta a recomendação “m” a respeito de que os cargos de Assessores Jurídicos sejam preenchidos mediante concurso público. Assim diz a referida letra do Acórdão: “m) que os cargos de Assessores Jurídicos sejam preenchidos mediante concurso público, conforme dispõe o artigo 37, inciso II, da Constituição da República, sendo que a investidura em cargo ou



emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme irregularidade descrita no item 1 da fundamentação do voto (processo nº 21.974-6/2011”.

Assim, ante todo o exposto, coaduna-se com a opinião do Ministério Público de Contas, no sentido de reformar a decisão anterior, e opina-se por aplicação de multa ao gestor por violação direta ao disposto no art. 37, II da CF, nos termos do art. 289, II, RITCE/MT, considerando não apenas o aspecto punitivo, mas também o caráter pedagógico e inibitório da imposição pecuniária, bem como sugestão de determinação para que no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a atual gestão realize concurso público para o preenchimento dos cargos de assessores e procuradores jurídicos e, neste ínterim, que se abstenha de contratar temporariamente nos casos em que restar caracterizada a natureza permanente dos cargos, sem a demonstração do excepcional interesse público, conforme Resolução de Consulta nº 33/2013.

Contratação da Agência de Desenvolvimento Social do Centro-Oeste – ADESCO (OSCIP): irregularidade HB11, achados nº 15.1 e 15.2 do processo nº 203998/2014

Recorrido:

a) Prefeito Municipal de Sinop – Sr. Juarez Alves da Costa (Período: 05/02/2014 a 31/12/2014);

11.15. HB 11. Contrato_Grave_11. Irregularidades na contratação de entidades qualificadas como Organizações Sociais ou Organização de Sociedade Civil de Interesse Público (Lei nº 9.637/1998; Lei nº 9.790/1999).

11.15.1. Não houve justificativa plausível para a contratação comprovando a excepcionalidade de terceirização, visto que a Prefeitura de Sinop não realiza Concurso Público desde 2008 (sete anos) e vem contratando funcionários por meio de Processo Seletivo Público. **Item 9.**

11.15.2. Não inclusão dos valores pagos a OSCIP na cálculo das despesas com pessoal, uma vez tratem-se de despesas oriundas de terceirização (§1º art. 18, LRF). **Item 9.**

RAZÕES RECURSAIS DO MPC

Segue abaixo transcrição das razões recursais do MPC:

Em 19/5/2014 a Prefeitura Municipal de Sinop celebrou o Termo de Parceria nº



1/2014, para fomento e realização de atividades de interesse público no desenvolvimento de programas de governo, através de bens e serviços, realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria, seguindo as diretrizes estabelecidas na Lei 9.790/99, regulamentada pelo Decreto 3.100/99 e Lei Municipal 1.201/09, nas diversas áreas de atuação da Secretaria Municipal de Saúde da Prefeitura Municipal de Sinop.

A irregularidade apontada pela equipe técnica e ratificada pelo Ministério Público era de que, primeiro, não houve comprovação da excepcionalidade da contratação que justificasse a terceirização, já que funcionários da OSCIP estão laborando

na saúde pública municipal e segundo, que a terceirização ilicitamente substituiu servidores públicos e, portanto, deveria constar no cálculo das despesas com pessoal, nos termos da LRF.

O relator afastou a impropriedade. Em resumo, entendeu que a terceirização é lícita, tem caráter complementar e já cabe apreciação na análise das contas de governo. Em seus termos:

“Em razão da exposição feita, entendo, com base na instrução dos autos, que a equipe contratada pela OSCIP não substituiu os servidores municipais, mas sim complementou os serviços que já eram prestados por eles. Por consequência, os valores despendidos não devem ser inclusos no cálculo das despesas com pessoal.

Como se não bastasse, vale consignar que essa matéria é tratada nas contas anuais de governo do ente que já foi apreciada por este Tribunal (processo 36030/2014)

Posto isso, diversamente do procurador de Contas, excluo a irregularidade.”

Outra vez ousamos discordar do decidido. Conforme comentado no apelo anterior, a regra constitucional é de que o serviço público seja prestado por aprovados em concurso público. Este mandamento normativo e principiológico assegura a eficiência dos serviços prestados e preza pela impessoalidade e moralidade.

A contratação de empresas qualificadas como OSCIP's (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público), por sua vez, depende de obediência a regras e condições específicas, a maioria contidas na Lei Federal nº 9.790/99.



É sabido, conforme bem pontuado pelo relator, que os municípios interioranos sofrem com a carência de profissionais de saúde. Ponderando os princípios constitucionais, é natural que em nosso estado a contratação de empresas ou sociedades para prestação de tais serviços deva ser temperada com razoabilidade. Ciente de tais preceitos, o Tribunal Pleno desta corte de contas editou a Resolução de Consulta 2/2013.

Tal resolução, cujo teor é público e foi reproduzido no voto integral, ressalta que a licitude da contratação das OSCIP's depende diretamente de seu caráter complementar. Em outros termos: não haverá ilegalidade nem cômputo nos gastos de pessoal quando a entidade apenas *complementar* os serviços já prestados pelo poder público. Desta vez convergimos com o entendimento do julgador, que bem definiu o nó górdio da questão: os trabalhadores da OSCIP ADESCO estão substituindo servidores públicos no município de Sinop?

É a partir deste momento que divergimos do entendimento do plenário e justificamos nosso apelo. Ao passo em que o nobre conselheiro entendeu que a prestação se dá em caráter complementar, o Ministério Público de Contas insiste no entendimento técnico de que a mão de obra terceirizada está ocupando cargos reservados aos servidores de carreira.

O Anexo I do Termo de Referência nº 1/2014 prevê que a OSCIP disponibilizará 253 colaboradores à Prefeitura Municipal de Sinop, em cargos variados, conforme tabela das páginas 29 e 30 do documento digital 70724/2015. Todos estes cargos estão previstos no Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos dos Servidores Públicos de Sinop.

Naturalmente que ao ocuparem tais cargos os servidores da OSCIP estão ocupando um espaço que não lhes pertence. A vaga do serviço público deveria ser preenchida por servidor efetivo, devidamente aprovado em concurso público. Com isso, impossível esquivar da sua classificação como terceirização, pois estão presentes todos os elementos da prática. Igualmente impensável a ideia de que a empresa presta serviços em caráter complementar, na medida em que disponibiliza duas centenas e meia de servidores, todos com função prevista no Plano de Carreiras local.

Por fim, vital salientar que o julgador se baseou, em seu voto, na gramática do Termo de Parceria firmado, já que este prevê o caráter complementar das contratações.



Porém, a realidade fática, documentalmente comprovada pelos expertos, se contrapõe ao Termo escrito e aponta um conjunto factual divergente. Cabe ao Tribunal de Contas seguir os princípios gerais do processo administrativo e buscar a verdade material e real em preterição verdade formal. Ou seja: *mais vale aquilo que é do que o que está escrito*. Uma vez comprovado que as contratações não se deram em caráter suplementar, pouco importa o pactuado no Termo de Parceria: está configurada a irregularidade.

Pelo exposto, insistimos no pedido de aplicação de multa ao prefeito, nos termos do art. 75, III da LOTCE c/c art. 289, II da RITCE, bem como a determinação para à atual gestão no prazo de 30 dias, suspenda os pagamentos a serem realizados com a OSCIP- ADESCO, declarando ainda a nulidade do termo de Parceria 001/2014, em razão do contrato ser firmado apenas para contratações de profissionais para prestarem serviços públicos diretos, burlando à obrigatoriedade do concurso público.

CONTRARRAZÕES RECURSAIS

Segue abaixo as contrarrazões recursais apresentadas pela defesa:

Nos dizeres do douto representante do Ministério Público de Contas para requerer a reforma do acórdão em destaque, o Relator Originário considerou sanadas as irregularidades em razão de a prestação ter ocorrido em caráter complementar, pois em sua opinião, sustenta entendimento técnico de que a mão de obra terceirizada está ocupando cargos reservados aos servidores de carreira.

Para justificar o alegado informa que os cargos ofertados pela ADESCO demonstrados pelo Anexo I do Termo de Referência nº 1/2014, são os mesmos daqueles constantes definidos no Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos dos Servidores Públicos de Sinop, razão pela qual sustenta a ilegalidade na contratação da OSCIP.

Tal afirmação não coaduna com a realidade dos acontecimentos dos fatos, pois não há nos autos qualquer INDÍCIO OU PROVA trazido pela Equipe Técnica durante o decorrer do processo Representação de Natureza Interna nem tão pouco em sede de recurso ordinário pelo *Parquet de Contas*, capaz de comprovar o alegado, pois as afirmativas jogadas ao vento pelo Representante Ministerial não passam de mero inconformismo com a acertada decisão.

Inicialmente é imprescindível destacar que o Tribunal de Contas Mato-grossense já possui prejulgados que versam sobre a legalidade do Poder Público firmar



termo de parceria com as organizações não governamentais classificadas como OSCIP, conforme citações abaixo:

**Acórdão nº 1.871/2003 (DOE, 10/02/2004).
Termo de Parceria. Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP.**

Possibilidade de contratação. É legal a contratação, por meio de processo licitatório, de entidade detentora de qualificação emanada do Ministério da Justiça como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

**Acórdão nº 1.809/2006 (DOE, 19/10/2006).
Saúde. Termo de Parceria. Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).
Possibilidade de contratação, observando-se as exigências da legislação aplicável.**

Dessa forma, incontroverso a possibilidade de a administração pública celebrar parceria a referida parceria com instituição sem fim lucrativo, qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para desenvolvimento e promoção da saúde, nos termos do mencionado termo de parceria.

DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ÀS OSCIP'S

A Lei Federal nº. 9.790/99, disciplina as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP's, sendo esta regulamentada pelo Decreto Federal nº. 3.100/99.

A referida Lei dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP e institui e disciplina o Termo de Parceria a ser firmado no âmbito da administração pública.

Neste rastro, é possível definir o termo OSCIP como uma qualificação jurídica atribuída a uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços não exclusivos do Estado, com incentivo e fomento de suas atividades pelo Poder Público, e sob sua fiscalização, mediante vínculo jurídico instituído por meio de Termo de Parceria.

Assim dispõe o diploma legislativo federal:



Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

I - promoção da assistência social;

II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

V - promoção da segurança alimentar e nutricional;

VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

VII - promoção do voluntariado;

VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;

IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;

X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;

XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

- Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela



prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

DA NATUREZA JURÍDICA DA OSCIP E TERMO DE PARCERIA

Conforme se verifica, define-se OSCIP como uma qualificação jurídica atribuída a uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização por parte do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria, na forma prevista nos Arts. 1º e 9º, da Lei 9.790/99.

Com isso, depreende-se que OSCIP é um título atribuído pelo Poder Público a uma entidade privada sem fins lucrativos, para que esta, em regime de cooperação, colaboração e comunhão de interesses preste serviços públicos finalísticos mediante a celebração de um instrumento cuja natureza é de convênio denominado Termo de Parceria.

Desta forma, percebe-se que o título (OSCIP) atribuído a uma entidade privada um regime jurídico híbrido, pois apesar de sua natureza originária de constituição ser de direito privado, reveste-se de caráter público na medida em que se dedica às causas e problemas sociais e ao atendimento das necessidades da sociedade mediante a aplicação de recursos públicos, submetendo-se, em grande proporção, às regras de direito público, inclusive aos princípios constitucionais da Administração Pública conforme se observa no art. 4º da Lei 9.790/99:

Art. 4º. Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:

I - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;

II - a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou



coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório;

III - a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;

IV - a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta;

V - a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social;

VI - a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação;

VII - as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:

a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade;

b) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão;

c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos



objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento;

d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

O vínculo entre a Administração Pública e a entidade qualificada como OSCIP ocorre pela celebração de um ajuste denominado Termo de Parceria, que é figura assemelhada aos convênios celebrados frequentemente entre a Administração e entidades privadas sem fins lucrativos, com o fito precípuo de cooperação para a execução de atividades de interesse público.

A natureza de convênio do Termo de Parceria funda-se, necessariamente, no objeto pactuado, ou seja, a avença é sobre obrigações recíprocas de cooperação e auxílio mútuo, buscando uma forma mais ágil para a execução de atividades e ações públicas em áreas sociais.

Sobre o tema, assim entende Lucas Rocha Furtado:

O termo de parceria mostra-se muito próximo dos convênios. Distinguem-se destes apenas pelo seu objeto. Nos convênios, o objeto é definido no tempo (construção de hospital, de quadra poliesportiva etc.), ao passo que nos termos de parceria o objeto é atividade de prazo indeterminado (a manutenção de reserva ambiental, o desenvolvimento de programas de inserção de jovens no mercado de trabalho), (...). (FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 237.)

Para Maria Sylvia Zanela Di Pietro⁴, os Termos de Parceria:

(...) têm a mesma natureza que os convênios trata-se de acordos de vontades, em que os partícipes objetivam a um fim de interesse comum; cada qual colabora de uma forma, podendo ser por meio de recursos humanos, materiais, financeiros, know how; a verba que o Poder Público repassa à entidade privada não tem a natureza de preço ou remuneração, razão pela qual não passa a integrar o patrimônio da entidade, para que ela utilize ao



seu bel-prazer, mas, ao contrário, mantém a natureza de dinheiro público; em decorrência disso, a entidade está obrigada a prestar contas de maneira a demonstrar que os recursos foram utilizados para os fins estabelecidos no acordo, sob pena de ilegalidade. (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público- privada e outras formas. 8. ed. - São Paulo: Atlas, 2011, p. 282.)

Assim, pode concluir que a entidade privada classificada (qualificada) como OSCIP, apesar de sua natureza jurídica de direito privado, assume obrigações inerentes às entidades públicas, submetendo-se parcialmente e no que couber aos mesmos rigores normativos, vedações e controles aos quais se submete qualquer outra entidade puramente pública, naquela parcela de recursos públicos que aplica.

É exemplo claro do processo de publicização pelo qual passa a Administração Pública contemporânea, onde o Estado busca na iniciativa privada um parceiro para melhor prestar os serviços públicos demandados pela sociedade. Sendo que esta parceria se formaliza, na espécie, por meio de um Termo de Parceria.

Conforme se verifica nos autos do processo licitatório realizado na modalidade de Concurso, os documentos de habilitação da parceira dão conta do atendimento aos requisitos elencados pela Lei Federal mencionada, pois o Ministério da Justiça conferiu à referida, a classificação necessária para o exercício do objeto pretendido pelo Termo de Parceria n°. 001/2014.

DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NÃO EXCLUSIVOS E DO CARÁTER DE COMPLEMENTAÇÃO

Muito embora não haja, explicitamente, disposição legal sobre o assunto, a doutrina é pacífica no sentido de entender que somente os serviços públicos sociais não exclusivos podem ser outorgados às OSCIP'S o que se observa no vertente caso, tendo em vista atuação nos moldes do Termo de Parceria se dar através de complementação e gratuidade.

Implicitamente, o Art. 3º da Lei 9.790/99 ao estabelecer as áreas de atuação



das OSCIP's as remetem a serviços públicos sociais não exclusivos, ou seja, as vincula a serviços que podem ser prestados tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada, como por exemplo saúde, educação, assistência social, previdência social e meio ambiente.

A fim de se apresentar melhor definição para serviços exclusivos ou não exclusivos, é conveniente trazer entendimentos doutrinários sobre a natureza da titularidade dos serviços públicos, conforme seguem.

Nesta linha, assim ensina Maria Sylvia Zanella Di Prieto:

Na Constituição, encontram-se exemplos de serviços públicos exclusivos, como o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21. X), os serviços de telecomunicações (art. 21.XI), os de radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea, transportes e demais indicados no artigo 21. XII. o serviço de gás canalizado (art. 25. §2º).

Outros serviços públicos podem ser executados pelo Estado ou pelo particular, neste último caso mediante autorização do Poder Público.

Tal é o caso dos serviços previstos no título VIII da Constituição, concernente à ordem social, abrangendo saúde (arts. 196 e 199), previdência social (art. 202), assistência social (art. 204) e educação (arts. 208 e 209). (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24. ed. - São Paulo: Atlas, 2011, p. 113)

O mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, vai no mesmo caminho:

Não se deve confundir a titularidade do serviço com a titularidade da prestação do serviço. Uma e outra são realidades jurídicas visceralmente distintas.

O fato de o Estado (...) ser titular de serviços públicos, ou seja, de ser o sujeito que detém a "senhoria" sobre eles (...) não significa que deva obrigatoriamente prestá-los por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço. (...) Assim, tanto poderá prestá-los por si mesmo como poderá promover-lhes a prestação conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo (...) titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem



segundo os termos e condições que fixe e, ainda assim, enquanto o interesse público aconselhar tal solução. (...)MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. 28. ed. - São Paulo: Melheiros, 2010, págs. 689/696.

A Constituição define quatro espécies de serviços sobre os quais o Estado não detém titularidade exclusiva, ao contrário do que ocorre com os demais serviços públicos nela previstos. A saber: **serviços de saúde, de educação, de previdência social e de assistência social.**

Com efeito, embora a constituição os declare “dever do Estado” (arts. 196 e 197 para a saúde; 205, 208, 211 e 213 para a educação; 201 e 202 para a previdência social; e 203 e 204 para a assistência social), afirma, também:

- a) ou que “são livres à atividade privada” (arts. 199 para a saúde, 209 para a educação);**
- b) ou expressamente contempla a presença de particulares no setor, independentemente de concessão ou permissão (art. 204, I, e II para a assistência social);**
- c) pressupõe uma atuação “complementar” da iniciativa privada (art. 202, para a previdência social).**

Sendo assim, ficam todos eles submetidos a um tratamento normativo mais estrito do que o aplicável ao conjunto de atividades privadas. Assim, o Poder Público, em razão da grande relevância social que possuem disciplina com um rigor especial.

No que diz respeito à prestação de serviços públicos de titularidade exclusiva do Estado, tais como: energia elétrica, telecomunicações, serviços postais, transporte aéreo e etc., podem ser executados por particulares mediante a celebração de contrato de concessão ou permissão, conforme autorização do art. 175, da CF/887.

Na possibilidade acima descrita, observa-se que o particular poderá prestar serviços públicos de titularidade do Estado por meio de contrato comutativo celebrado após o pertinente procedimento licitatório, conforme preceitua os artigos 4º da Lei Federal nº. 8.987/95, in verbis:

Art. 4º. A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das



normas pertinentes e do edital de licitação.

Observa-se, portanto, que diferentemente do que ocorre com aqueles serviços públicos possíveis de execução por parte de uma OSCIP, onde o vínculo com o Estado é por meio de parceria, cuja natureza é a de convênio, a concessão ou permissão do serviço somente poderá ocorrer por meio de contrato administrativo precedido de regular procedimento licitatório.

Já em relação aos serviços públicos não exclusivos ou não privativos, observa-se que podem ser definidos como aqueles sobre os quais o Estado detém a titularidade e primazia, mas que poderão ser prestados pela iniciativa privada mediante a exploração de uma atividade econômica ou em caráter de complementariedade aos serviços já prestados pelo Poder Público, sob sua regulação e controle, como é o caso da educação, saúde, assistência social e previdência social.

Assim, os serviços públicos não exclusivos podem ser executados pelos particulares sob o regime de exploração econômica, ou seja, prestam diretamente tais serviços por sua conta e risco, objetivando o lucro. Isto ocorre, por exemplo, nos casos de clínicas médicas, hospitais, escolas, universidades etc.

Na hipótese acima, o Estado atua apenas como regulador, normatizador e fiscalizador da execução daqueles serviços sociais tidos como de utilidade pública.

Por outro lado, o Estado pode, em caráter de complementariedade, buscar parceiros privados para a expansão de sua própria capacidade de fornecer serviços públicos, complementação esta que poderá se dar por meio de celebração de instrumentos que visam a pactuação de execução de atividades de interesse mútuo de cooperação, como acontece, por exemplo, nos convênios e Termos de Parceria.

Há que se ressaltar, ainda, que não obstante a possibilidade do Poder Público transferir a prestação de serviços públicos sociais a particulares, isso não quer dizer que o Estado retirar-se-á ou se fará substituir por completo de sua função de fornecedor primaz desses serviços.

No que se refere especificamente às OSCIP's, ao particular qualificado é permitido atuar na prestação de serviços públicos sociais não exclusivos do Estado, **porém apenas de forma complementar e sem a possibilidade de exploração econômica, ou seja, não poderá cobrar do usuário a prestação de serviços. O que é o objeto do caso concreto.**



No caso dos serviços de saúde, por exemplo, o próprio texto constitucional estabelece taxativamente que **“as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde , segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”** (art. 199, § 1 °).

Entende-se que tal caráter de complementariedade também se estende aos demais serviços públicos voltados às áreas de educação, assistência social e previdência social, pois todos eles têm um mesmo objetivo intrínseco, qual seja: o desenvolvimento e amparo social.

Neste contexto normativo, caminha o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco que em sede de consulta, processo n° 0600690-5, Decisão T.C. N° 0828/06, assim deliberou:

“(...) II. Independentemente da origem do recurso (federal, estadual ou municipal), a participação de instituições privadas sem fins lucrativos na prestação dos serviços sociais do Estado, sejam OSCIP's ou não, é legítima, desde que exclusivamente em caráter complementar, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, mediante contrato, convênio ou termo de parceria, quando a estrutura do Poder Público se mostrar insuficiente na prestação destes serviços; (...)”

No mesmo compasso, pode-se citar, ainda, o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, que assim deliberou:

Consulta n° 809.494/2010

Ementa: Município. Parceria com OSCIP. Contratação para desempenho de atividades de saúde. Possibilidade, em caráter complementar, exceto para as de agentes comunitários de saúde e de combate às endemias.

Da mesma forma também se manifestou o Tribunal de Contas do Estado de Sergipe:

Decisão de Consulta n° 17650/2012

1 - Possibilidade de contratação de OSCIP, em caráter complementar, por meio da



celebração de termo de parceria, para execução de programas nas áreas de saúde, educação e ação social.

Sobre a possibilidade de transferência de execução de serviços públicos sociais a particulares, em caráter de complementação, é pertinente trazer o seguinte fragmento do voto lavrado pelo Ministro Carlos Ayres Britto proferido nos autos da ADI 1923/D, ação esta que questiona a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 9,637/98 (Lei das Organizações Sociais - OS's):

“Nesse amplo contexto normativo, penso já se poder extrair uma primeira conclusão: os particulares podem desempenhar atividades que também correspondem a deveres do Estado, mas não são exclusivamente públicas. Atividades, em rigor, mistamente públicas e privadas, como efetivamente são a cultura, a saúde, a educação, a ciência e tecnologia e o meio ambiente.

Logo, atividades predispostas a uma protagonização conjunta do Estado e da sociedade civil, por isso que passíveis de financiamento público e sob a cláusula da atuação apenas complementar do setor público.

Noutro dizer, ali onde a atividade for de exclusivo senhorio ou titularidade estatal, a presença do Poder Público é inafastável.

Contudo, se essa ou aquela atividade genuinamente estatal for constitutiva: a) de serviço público, o Estado não apeia jamais da titularidade, mas pode valer-se dos institutos da concessão ou da permissão para atuar por forma ‘indireta’; ou seja, atuar por interposta pessoa jurídica do setor privado, nos termos da lei e sempre através de licitação’ (art. 175 da CF); b) se constitutiva de “serviço de relevância pública”, que já se define como atividade mescladamente pública e privada no seu senhorio ou titularidade, aí a respectiva prestação se dá pela iniciativa privada, em caráter complementar à ação estatal”.

Sobre o caráter de complementação de serviços públicos é conveniente salientar que o Ministério da Saúde, ao dispor sobre a participação complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos de assistência à saúde no âmbito do



SUS, por exemplo, condiciona a participação de entidades privadas de forma complementar à atuação estatal apenas quando comprovado que: as disponibilidades estruturais são insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população; e, não haja a possibilidade de ampliação dos serviços públicos já oferecidos, nos termos do art. 2º da Portaria nº 1.034/2010, in verbis:

Art. 2º Quando as disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o gestor estadual ou municipal poderá complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde, desde que:

- I - comprovada a necessidade de complementação dos serviços públicos de saúde e,**
- II - haja a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde.**

Assim, infere-se que a complementação não é uma faculdade colocada à discricionariedade da Administração, mas só pode ocorrer se restarem comprovados requisitos que lhe autorize, como por exemplo, aqueles citados anteriormente, que embora dirigirem-se à saúde pública poderão ser aplicados a outras áreas sociais públicas.

Nesta senda, aduz-se que o Artigo 3º da Lei nº. 9.790/1999 define quais os objetivos sociais que devem ter por finalidades as entidades que requerem ser qualificadas como OSCIP'S, nos seguintes termos:

Art. 3º. A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

- I - promoção da assistência social;**
- II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;**
- III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;**
- IV - promoção gratuita da saúde, observando-**



se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

V - promoção da segurança alimentar e nutricional;

VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

VII - promoção do voluntariado;

VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;

IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;

X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;

XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

Desta forma, a lei federal estabeleceu de forma taxativa quais seriam as áreas de atuação das OSCIP'S e, indiretamente, quais serviços públicos poderiam se habilitar a prestar.

Portanto, da análise às disposições doutrinárias e jurisprudenciais acima evidenciadas, bem como do rol de atividades elencadas no Art. 3º da Lei 9.790/2009, observa-se que estas atendem ao requisito de não exclusividade, sendo, portanto, passíveis de serem prestadas por OSCIP's, mediante complementariedade dos serviços já prestados pelo Poder Público.



Desta forma, a celebração de Termo de Parceria entre o Poder Público e uma OSCIP não tem por escopo a substituição da titularidade ou da ação do Estado na prestação de serviços públicos não exclusivos, mas tão somente o de complementar as atividades estatais que estiverem sendo executadas de forma insuficiente e que cuja ampliação do atendimento público seja impossível naquele momento.

DAS FORMAS DE EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS REALIZADOS POR OSCIPS.

Conforme evidenciado, o parágrafo único do Art. 3º da Lei 9.790/9910 estabelece a forma pela qual as OSCIP's colaborarão com o Poder Público para a prestação de serviços públicos sociais, conforme a descrição abaixo:

- a) a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros; e,
- b) prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

Na interpretação do item “a” não restam quaisquer dúvidas quanto à forma de atuação das OSCIP's, que poderão executar diretamente projetos, programas e planos de ações atinentes às áreas de atuação descritas no caput do Art. 3º, quais sejam, serviços sociais não exclusivos, mediante a doação de recursos físicos, humanos e financeiros para o fito de execução daqueles serviços sociais.

Quanto ao item “b” observa-se que, de acordo com o texto legal, as OSCIP's poderão prestar serviços intermediários de apoio a órgãos públicos que atuam em áreas finalísticas.

Neste contexto, constata-se que da expressão “intermediários de apoio” não deve ser interpretada como sinônimo de “atividade meio”, pois se interpretados como sucedâneos contrariaria toda a lógica, essência e natureza das OSCIP's.

Assim, observa-se que não é todo e qualquer serviço intermediário que poderá ser objeto da aludida prestação, pois se assim fosse, nada impediria que a



Administração firmasse um Termo de Parceria para que uma OSCIP executasse serviços de **limpeza, vigilância, recepção ou copeiragem para atender uma Secretaria de Cultura**, por exemplo.

A situação descrita acima, se configurada, exemplificaria a ocorrência de diversas infringências legais: primeiro, porque tais serviços são prestados em ambiente concorrencial cuja contratação pelo Poder Público está sujeito ao regramento da Lei n°. 8.666/93; segundo porque os serviços não se coadunam com as áreas de atuação das OSCIP's, estampadas nos incisos do Art. 3º da Lei 9.790/99; terceiro, porque poderia caracterizar interposição de mão de obra, exaustivamente combatida pela Justiça trabalhista.

SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS POR EMPREGADOS DE OSCIP'S.

Cumpre-nos destacar, inicialmente, que para a consecução e desenvolvimento de suas atividades, as OSCIP's necessitam de pessoas (pessoal) para lhes prestarem serviços, tanto por meio de vínculo trabalhista quanto por meio de contrato de prestação de serviços.

Daí é que surge a preocupação dos órgãos de controle interno e externo com uma possível substituição de servidores públicos por empregados ou pessoal vinculado a uma OSCIP.

Neste contexto é pertinente evidenciar que a Constituição Federal de 1988 consagrou como regra geral para o ingresso no serviço público à investidura advinda e condicionada à aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, nos termos do art. 37, II, transcrito a seguir:

Art. 37. [...]

II - 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)



Contudo, a própria Carta Magna estabelece como exceção à regra o provimento de cargos comissionados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, segunda parte).

Uma terceira hipótese de provimento de funções públicas é a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, possível mediante a realização de processo seletivo simplificado e desde que atendidos os requisitos de necessidade temporária e excepcional interesse público, nos termos do Art. 37, IX, da CF/88.

Desta forma, considerando-se as disposições acima descritas, observa-se que em regra as atividades públicas só podem ser realizadas por servidores públicos investidos em uma das hipóteses citadas, sob pena de burla aos princípios constitucionais do concurso público e a todos os demais que norteiam a Administração Pública.

Contudo, com a edição da Lei n.º. 9.790/99, a execução de serviços públicos sociais por entidades privadas (OSCIP'S), em regime de colaboração e complementação às ações do Estado, passou a ser reconhecidamente legal, desde que os serviços prestados por estas entidades não se caracterizem como mera interposição de mão de obra ou simples substituição de servidores.

É pertinente lembrar que as OSCIP's não têm o amparo legal para substituir o Estado na prestação dos serviços públicos sociais e tampouco para promover a substituição de servidores públicos por seus empregados, mas só podem atuar em caráter complementar aos serviços já prestados pelo Poder Público, com seus próprios recursos humanos e materiais.

Neste contexto, é salutar ressaltar que os serviços prestados por OSCIP's não devem ser confundidos com o instituto da Terceirização, pois esta é simplesmente uma forma de contratação de locação/cessão de mão de obra e não pode ser utilizada para sub-rogar a particulares a execução de serviços públicos sociais finalísticos e o Poder Público transfere ao particular uma atividade-meio e não uma atividade fim.

Caso uma OSCIP atue somente como vetor de interposição de recursos humanos para a Administração, sem estarem presentes as suas parcelas de cooperação e complementariedade de serviços públicos finalísticos. restarão comprovados indícios que caracterizariam uma fraudulenta interposição de mão **de obra**, com a consequente



violação ao princípio do concurso público.

A doutrina e a legislação federal consagram aos contratos de Terceirização aqueles serviços considerados como atividades-meio, ou seja, os serviços relacionados à **limpeza, conservação, segurança, vigilância, copeiragem, recepção, manutenção predial, reprografia e etc., descritos na Súmula 331 do TST** e art. 1º, §§ 1º e 2º, do Decreto Federal nº 2.271/9714, e podem de serem avençados por meio de contratos administrativos (Lei 8.666/93).

Nesta seara, é pertinente salientar que a doutrina especializada diferencia a terceirização em lícita e ilícita. As consideradas lícitas são aquelas voltadas ao desempenho de atividades-meio definidas na Súmula 331 do TST, e as ilícitas são as que se destinam ao suprimento de atividade-fim, caracterizando a interposição de mão de obra.

A definição do que seja atividade-meio ou atividade-fim é casuística, e, contudo em se tratando de serviços públicos é mais fácil a percepção de que atividade-fim **compreende aquele serviço posto à disposição para a utilização da coletividade.**

As etapas anteriormente necessárias, mas que não têm relação direta com aquela atividade principal são consideradas atividade-meio, como por exemplo, os serviços de vigilância, recepção, copeiragem, recepção e reprografia, prestados em um posto de saúde.

Desta forma, somente **não haverá a substituição irregular de servidores públicos quando a OSCIP utilizar pessoal próprio, exclusivamente, para executar os serviços finalísticos elencados no Art. 3º da Lei 9.790/99, e desde que esta execução ocorra em caráter de cooperação e complementariedade aos serviços já prestados pelo Estado.**

Esta também é a conclusão da douta Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵, quando analisa a participação do Estado nas atividades desenvolvidas pelas OSCIP's, literis: E

“A participação do Poder Público deve se enquadrar na atividade de fomento: o objetivo é o de incentivar tais entidades pelo fato de prestarem atividade privada de interesse público. Elas não se prestam à delegação de serviços públicos nem podem ser contratadas pela Administração Pública para prestação de



serviços ou obras (sob a forma de empreitada) ou para fornecimento de mão de obra, porque isto contraria os objetivos institucionais da entidade (que tem que se enquadrar em dos previstos no art. 3º da lei). Elas devem atuar paralelamente ao Estado em seu próprio âmbito de atividade, com a ajuda do Estado, e não substituir-se à Administração Pública”. (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público- privada e outras formas. 8. ed. - São Paulo: Atlas, 2011, p. 283.)

Traz-se a baila trecho do Parecer nº. 043/2012, da Consultoria Técnica do Tribunal de Contas Mato-grossense, que manifestam no sentido de que poderá haver a complementação do quadro de servidores para complementação de serviço público objeto do termo de parceria.

Vejamos o documento técnico:

Conclui-se por não haver a possibilidade legal de pessoal contratado por OSCIP substituir servidores públicos, havendo, contudo, a possibilidade de complementação do quadro funcional preexistente na estrutura governamental, ou seja, para complementar um determinado serviço público finalístico, objeto de um Termo de Parceria, poderá ser agregado ao contingente de servidores públicos já existentes aqueles empregados vinculados à OSCIP, não podendo haver a substituição de um pelo outro.

Portanto, os servidores pertencentes ao quadro da parceira e por ela remunerados, não se confundem com aqueles pertencentes ao quadro de servidores da administração pública, pois para configurar a substituição de mão de obra, aqueles servidores pertencentes ao quadro do Poder Público, deveriam serem remunerados com os recursos da Parceira, o que não é o caso.

ENQUADRAMENTO DAS DESPESAS COM OSCIPS NOS LIMITES DE GASTOS COM PESSOAL (ARTS. 18 A 20, DA LRF).



A questão que mais chama atenção dos órgãos de controle interno e externo se dá em relação ao possível enquadramento ou abrangência das despesas com pessoal realizadas pelas OSCIP's na determinação do limite de gasto total de pessoal a ser apurado pelo Ente ou Órgão públicos parceiros, tendo em vista que os Termos de Parceria podem consignar transferências financeiras para, justamente, financiar os mencionados gastos por parte das OSCIP's.

Para configurar e confirmar o alegado, necessário haver a comprovação de que a parceira remunera servidores públicos do Município, com recursos repassados para o cumprimento do objeto constante no Termo de Parceria.

Isso porque, é certo que para a execução e desenvolvimento de suas atividades as OSCIP's necessitam de pessoas (pessoal) para lhes prestarem serviços, tanto por meio de vínculo trabalhista quanto por meio de contrato de prestação de serviços ou até mesmo pela utilização de serviços voluntários, incorrendo, portanto, nos dois primeiros casos, em despesas relacionadas às remunerações e encargos previdenciários e trabalhistas dos colaboradores.

Neste contexto, se a OSCIP realizar as despesas de pessoal para a execução de serviços públicos finalísticos não exclusivos e em caráter de complementação, sem consequente redução das atividades já executadas pelo Poder Público, observa-se que a utilização do pessoal da OSCIP ocorre em caráter complementar, ou seja, sem prejuízo dos serviços já prestados diretamente pelo Estado, e, portanto, não há substituição de servidores públicos, **mas o incremento, complemento ou reforço do quadro de servidores públicos com os empregados da OSCIP.**

Observa-se, ainda, que o possível vínculo empregatício de pessoal da OSCIP é mantido juridicamente com esta, sendo que o Poder Público assume o papel de fomentador daquela atividade que tem como objeto a prestação de um serviço público voltado ao atendimento dos usuários.

Neste sentido, considerando-se que os serviços prestados por OSCIP's não devem ser confundidos com o instituto da Terceirização, conforme já discutido anteriormente, sendo salutar evidenciar que o § 1º do Art. 18 da LRF abrange tão somente aquelas prestações de serviços havidas mediante terceirização de mão de obra, que substituem servidores públicos, *in litteris*:

Art. 18 (...)



§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".

Neste trilhar, é pertinente colacionar os seguintes entendimentos de outras Cortes de Contas:

“III. A despesa com pessoal da OSCIP's (entidade privada) não se confunde com a despesa com pessoal do órgão estatal parceiro. A celebração de um termo de parceria visa à execução e fomento de atividades de interesse público por pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, onde a gestão dos recursos públicos objeto do termo de parceria, inclusive quanto à contratação de pessoal e/ou arrematação de voluntários, fica a cargo da OSCIP.

Portanto, não há que se falar em abatimento na despesa com pessoal do órgão estatal parceiro em virtude da celebração de termo de parceria, mesmo que haja previsão de verba no referido termo para pagamento de pessoal, até porque, esta situação caracterizaria a utilização da OSCIP como mera pessoa interposta na contratação de mão de obra (terceirização), burlando o princípio constitucional do concurso para investidura em cargo público e os limites de despesa com pessoal da LRF ;

IV- Uma vez caracterizado que o órgão estatal terceiriza seus serviços por intermédio da contratação de OSCIP, é importante observar que as transferências de recursos àquela entidade, nos casos em que as atividades terceirizadas estejam contempladas por cargos iguais ou similares no plano de cargos ou tratar-se de serviços sociais do Estado, em que as atividades sejam realizadas por profissionais nas instalações da Prefeitura e com materiais adquiridos pela própria Prefeitura, devem ser classificadas como



'outras despesas de pessoal', e assim expressar corretamente o comprometimento da despesa total com pessoal." (...) (Decisão de Consulta nº 0828/2006 - Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco).

"(...) 4 - não inclusão dos gastos com a OSCIP no cômputo do limite de gastos com pessoal elencado no art. 20. inciso 111. alínea "b" da Lei Complementar Federal nº 101/00 (LRF), quando celebrado termo de parceria legítimo, dentro das hipóteses fixadas na Lei Federal nº 9.790/1999." (Decisão de Consulta nº 17650/2012

– Tribunal de Contas do Estado de Sergipe).

"Quanto à terceira questão, sobre a forma de lançamento das despesas com Termo de Parceria, este egrégio Plenário assentou, por unanimidade, na mesma consulta, que:

No tocante ao questionamento se as despesas com o pagamento dos funcionários da OSCIP deveriam ser computadas a fim de se apurar o limite das despesas com gasto de pessoal da Administração Municipal, responde-se negativamente, eis que esses funcionários não compõem o quadro de servidores e os repasses à OSCIP deverão ser classificados como despesas de transferências correntes. Assim, as despesas com as atividades da OSCIP não são computadas como despesas de pessoal, não sendo classificada a atuação de seus empregados como terceirização de mão de obra, segundo o entendimento já fixado por esse egrégio Plenário, reafirmado na Consulta 793773. Relator Conselheiro Eduardo Carone." (Trechos do voto indutor da Consulta nº 809.494/2010, acolhido à unanimidade pelo Pleno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais).

Ademais, nunca é demais lembrar que a União e os Estados firmam um incontável número de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, com o objetivo fim de que estas entidades prestem algum tipo de serviço público à sociedade, como por exemplo Apaches, Santas Casas, Hospitais etc., e nem por isso o gasto com o pessoal destas entidades é adicionado ao cômputo do referido limite de pessoal da



Entidade concedente do convênio.

Sem contar os programas lançados pela União para área da saúde como, por exemplo, o PSF - Programa de Saúde da Família e dos Agentes de Saúde, onde o repasse é realizado para as despesas de pessoal em sua maioria e, no entanto, a União não contabiliza esses gastos como despesa com pessoal em seu balanço, não existindo nenhum questionamento dos órgãos de controle interno e externo a respeito.

Nesta senda, não há como dispensar tratamento distinto entre instrumentos que em essência têm a mesma natureza fática e jurídica, quais sejam, Convênios e Termos de Parceria.

Desta forma, defende-se que quando a OSCIP prestar serviços públicos em estrita observância às áreas de atuação definidas pelo Art. 3º da Lei 9.790/99 e em caráter de complementação às ações desenvolvidas diretamente pela Administração parceira, as despesas com o pessoal inerente àqueles serviços **não devem ser computadas na aferição do limite de gasto total com pessoal previsto na LRF.**

Porém, se a OSCIP realizar as despesas de pessoal para a execução de serviços públicos finalísticos ou intermediários de apoio, mediante Termo de Parceria com o Poder Público, com fito direto ou transversal de promover a substituição de servidores públicos, em regime de terceirização de mão de obra, observar-se-á um desvirtuamento do manejo da OSCIP pelo Poder Público, pois não está presente aquela característica gênese do instituto que seria a atuação “complementar” na prestação de serviços públicos sociais não exclusivos, pois nesse caso, o estado se afasta de sua responsabilidade.

Assim, se uma OSCIP firmar Termo de Parceria com o Poder Público para que a Organização substitua, parcial ou integralmente, os serviços já prestados por intermédio de servidores públicos por seus empregados, inobservando a regra de complementariedade dos serviços, estar-se-ia configurada a hipótese prevista no § 1º, do art. 18 da LRF, devendo os gastos com pessoal da OSCIP integrar o cálculo do limite de gasto imposto ao Ente ou Órgão parceiro.

Neste caso, a Administração estaria se valendo de uma sistemática de fomento e parceria com a iniciativa privada para realizar interposição de mão de obra, mediante a terceirização pura e simples de suas atividades finalísticas.

Neste contexto, a essência deve se sobrepor à forma, ou seja, o instrumento



“Termo de Parceria” não serve para justificar e validar a substituição de servidores por empregados não vinculados diretamente à Administração e que não passaram pelo necessário concurso público.

Neste sentido diz a Secretaria do Tesouro Nacional - STN ao editar o seu Manual de Demonstrativos Fiscais - MDF - 4ª edição:

O conceito de despesa com pessoal também não depende de avaliação jurídica sobre a legalidade ou não da contratação. Assim, tanto as contratações por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público como as que poderão vir a ser contestadas à luz do instituto constitucional do concurso público, por exemplo, deverão ser registradas na despesa com pessoal, independentemente da verificação da legalidade ou validade das contratações, bem como das eventuais cominações que possam advir.

É importante ressaltar que mesmo em terceirizações consideradas lícitas, ou seja, aquelas voltadas para a execução de atividades-meio chanceladas pela justiça trabalhista, que não podem ser objeto de Termos de Parceria, mas sim de Contrato Administrativo celebrado sob a ótica mercantil, há a necessidade de observância de alguns critérios **para fins de não inclusão nos limites de gastos de pessoal definidos pela LRF**, conforme esclarece o MDF da STN, literis:

A LRF não faz referência a toda terceirização, mas apenas àquela que se relaciona à substituição de servidor ou de 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.

A jurisprudência do Tribunal de Contas Mato-grossense é firme no sentido de que, sendo os serviços executados complementares, não há de se falar em inclusão no limite de despesa com pessoal, conforme teor extraído da Resolução Consulta nº. 002/2013-TP, in verbis:

RESOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 02/2013-TP
EMENTA: AUDITORIA GERAL DO ESTADO. CONSULTA. CONVÊNIOS E CONGÊNERES. TERMO DE PARCERIA. ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO - OSCIP. REGRAS GERAIS: a) É legal e legítima a celebração de Termos de Parceria entre a Administração Pública e OSCIP's, desde que restritos às atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei 9.790/99, conforme dispõem os artigos 8º do Decreto 3.100/99, e 1º da Lei Estadual 8.707/07. b) O Poder Público pode se utilizar de mão de obra da OSCIP parceira para a execução de programas ou projetos governamentais, caracterizados ou não como serviços públicos não exclusivos do Estado, desde que a atuação desta se dê exclusivamente em complementariedade às atividades já implementadas e desenvolvidas pelo Estado e quando restar comprovado que as disponibilidades estruturais do ente estatal são insuficientes ou não podem ser ampliadas para garantir a prestação do serviço à população, c) Prestação de serviços intermediários de apoio, nos termos do parágrafo único do artigo 3º da Lei 9.790/1999, deve ser entendida como prestação de serviços acessórios e complementares, vinculados às atividades de interesse público objeto do termo de parceria (atividade-meio ou atividade-fim). d) A realização de eventos,



consultorias e assessorias técnicas por meio de OSCIP somente será permitida se prevista no termo de parceria e se estiver diretamente relacionada com o objeto conveniado. e) O Termo de Parceria está submetido aos limites do §1º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, salvo se expressamente previsto no instrumento e desde que eventuais acréscimos ou supressões não descaracterizem ou modifiquem as finalidades da parceria originalmente firmada, f) O programa de trabalho objeto do Termo de Parceria deve ser elaborado pela OSCIP parceira, e poderá sofrer alterações ao longo da execução, com maior ou menor nível de detalhamento em relação ao programa originalmente previsto. Eventuais alterações, porém, devem manter correlação com o programa original e compatibilidade com a programação orçamentária, objetivos e metas de planejamento do parceiro estatal; e, g) os gastos com pessoal da OSCIP parceira não devem ser computados na aferição do limite de gasto total com pessoal do e Lei de Responsabilidade Fiscal, quando as atividades de interesse público por ela executadas, sejam em complementação à ação estatal e estejam previstas no artigo 3º da Lei 9.790/1999.

E a Resolução Consulta nº 016/2013 estipula as condições que deverão ser observadas pela Municipalidade, para que as despesas com pessoal objeto da parceria, não seja inclusas no cálculo do limite previsto pela LRF:

**RESOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 16/2013 - TP
Ementa:**

PREFEITURA MUNICIPAL DE GENERAL CARNEIRO.

CONSULTA. 1º) COMPLEMENTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. REQUISITOS. DESPESA COM PESSOAL.

INCLUSÃO NO LIMITE. REQUISITOS. 1) As entidades político administrativas possuem a competência de planejar, executar, controlar e ajustar os serviços públicos, cabendo-lhes repassar à iniciativa privada parcela de suas atribuições, nos termos da Constituição



Federal e das leis. 2) A Constituição Federal, no artigo 199, § 1º, autoriza a complementação dos serviços de saúde pública pela iniciativa privada, atuando de forma paralela, cumulativa com o Estado, com o intuito de garantir a universalidade e igualdade no acesso à saúde e maior eficiência na sua prestação. 3) A complementação do serviço de saúde, através do desenvolvimento de atividades finalísticas ou acessórias, atenderá os seguintes requisitos: a) preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos; b) celebração de convênio ou contrato conforme as normas de direito administrativo, prevalecendo o interesse público sobre o particular; c) integração dos serviços privados às diretrizes organizativas do Sistema Único de Saúde; d) regulamentação legal pela entidade político administrativa; e, e) depende de licitação prévia, salvo nos casos de contratação direta previstos em lei. 4) As despesas com a complementação dos serviços públicos de saúde pela iniciativa privada não devem ser computadas no cálculo da despesa com pessoal, desde que observados os seguintes requisitos cumulativos; a) não correspondam a atribuições de categorias funcionais, com cargos vagos, que se destinam ao fim específico objeto da complementação; b) não seja caracterizada relação direta de emprego entre a Administração Pública e o prestador de serviço; e, c) os serviços de saúde não sejam transferidos por completo para a iniciativa particular pela Administração Pública, em afronta aos ditames constitucionais.

DO EMPENHAMENTO DA DESPESA

No que diz respeito ao empenhamento das despesas decorrentes do Termo de Parceria, o tema é controverso, pois os órgãos de controle interno e externo buscam, em alguns momentos, validar a tese de que a despesa deve onerar o elemento **33.90.34.00.00.00 - Outras Despesas de Pessoal decorrentes de Contratos de**



Terceirização, definido pela Portaria SOF 163/2001, cuja descrição se transcreve abaixo:

Portaria nº. 163/2001

34 - Outras Despesas de Pessoal decorrentes de Contratos de T terceirização.

Despesas orçamentárias relativas à mão de obra constantes dos contratos de terceirização, de acordo com o art. 18. § 1º. da Lei Complementar no 101. de 2000. computadas para fins de limites da despesa total com pessoal previstos no art. 19 dessa Lei.

[...]

Lei de Responsabilidade Fiscal:

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º. Os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal"

Tal entendimento, contudo, não merece prosperar, pois como se verifica, o elemento "34" deve ser analisado em conjunto com o §1º, Art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que impõe a condição de despesas com pessoal todos os contratos de terceirização de mão de obra que caracterizem substituição de servidores ou empregados públicos, inclusive para efeito de apuração do limite de pessoal previsto na mesma legislação.

Dessa forma, ao prevalecer este entendimento, o Termo de Parceria firmado entre o Ente e a Organização não Governamental adquirirá natureza de "terceirização"



e restará configurada a utilização deste mecanismo legal com finalidade diversa daquela pretendida pela Lei Federal nº. 9.790/99, que disciplina as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP's, que não trata a parceria como uma terceirização de mão de obra, mas sim, permite a atuação da parceira de maneira a complementar os serviços já ofertados pelo estado.

Ademais, para a descaracterização do Termo de Parceria e a inclusão das despesas dele decorrente como despesa com pessoal, incluindo-as no limite definido pela LRF, é necessário restar comprovado o descumprimento dos requisitos elencados pela Resolução Consulta nº 016/2013, item 04, alíneas “a, b e c”, que se transcreve abaixo:

4) As despesas com a complementação dos serviços públicos de saúde pela iniciativa privada não devem ser computadas no cálculo da despesa com pessoal, desde que observados os seguintes requisitos cumulativos: a) não correspondam a atribuições de categorias funcionais, com cargos vagos, que se destinam ao fim específico objeto da complementação; b) não seja caracterizada relação direta de emprego entre a Administração Pública e o prestador de serviço; e c) os serviços de saúde não sejam transferidos por completo para a iniciativa particular pela Administração Pública, em afronta aos ditames constitucionais.

Portanto, a comparação feita pelo *Parquet de Contas* no que diz respeito a similaridade dos cargos constante no Anexo I do Termo de referência que ensejou a contratação da ADESCO, com aqueles existentes no Plano de Cargos e Salários da Prefeitura de Sinop/MT, não poderá ser utilizado como meio de prova capaz de comprovar a existência de substituição de mão de obra

Percebe-se que muito embora, em alguns casos, os nomes dos respectivos cargos guardarem alguma similaridade na nomenclatura, não significa tratar de substituição de mão de obra, pois como bem mencionado no voto do Eminentíssimo Conselheiro Relator originário, a ADESCO atua na execução do termo de parceria de forma complementar.

Ademais, não se tem notícias da obrigatoriedade de diferenciar a



nomenclatura dos serviços prestados por médico, farmacêutico, Enfermeiro, Assistente Social, Odontólogo e outros, quando estes são contratados pelas OSCIP's, pois a nomenclatura é atribuída pelos órgãos de controle fiscalização das respectivas profissões, não cabendo interferência da Administração Pública.

DOS PEDIDOS FINAIS APRESENTADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Finalmente, o Ilustre Representante do Ministério Público de Contas afirmou que diante do que se encontra nos autos, postula pelo julgamento do presente recurso ordinário, bem como pelo seu provimento, para fins de reforma do Acórdão n°. 3.406/2015 - TP, a fim de que sejam julgadas regulares as Contas Anuais de Gestão da Prefeitura de Sinop/MT, Exercício de 2014, com a imputação de glosa, multas e determinações, mais especificamente com relação aos itens 3, 3.1, 4, 4.1, 12 e 12.1.

DOS MOTIVOS QUE ENSEJAM O DESPROVIMENTO DA PRETENSÃO APRESENTADA PELO ILUSTRE REPRESENTANTE DO *PARQUET DE CONTAS*

De maneira bem simplista, insta somente reafirmar que conforme já afirmado nos presentes autos noutros momentos em que se exerceu a ampla defesa e o contraditório, os operadores do direito, atuantes nos Tribunais de Contas Brasileiros, são unânimes quando, na elaboração de suas defesas, afirmam que os atos praticados pelo(s) Gestor(es) não trouxeram prejuízo ao erário, benefícios a terceiros e nem foram praticados com indícios de dolo ou má-fé, buscando dissociá-los de atos análogos aos de improbidade administrativa, ainda que praticados de maneira aperiódica, objetivando, por consequência lógica, desatrelá-los dos apontamentos que lhe foram imputados para obtenção de um julgamento pela manutenção *in totum* da decisão recorrida.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de que é exemplo o Resp n° 980.706/RS, Rei. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03/02/2011, publicado no DJ de 23/02/2011), a cujo teor:

“(...) 2. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só



adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má intenção do administrador. 3. A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposo (artigo 10, da Lei 8.429/92). 4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido. Precedentes do STJ: Resp 805.080/SP, PRIMEIRA TURMA, DJe 06/08/2009; Resp 939142/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/04/2008; REsp 678.115/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 29/11/2007; REsp 285.305/DF, PRIMEIRA TURMA; DJe 13/12/2007; e REsp 714.935/PR, SEGUNDA TURMA, DJ 08/05/2006; 5. In casu, a ausência de má-fé (elemento subjetivo) dos demandados E.O.M. e L. M. M. representado por seu espólio, coadjuvada pela inexistência de obtenção de proveito patrimonial, conforme consta do voto condutor do acórdão recorrido, revela error in judicando a análise do ilícito apenas sob o ângulo objetivo. 6. Ademais, a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada com ponderação, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de improbas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu. 7. Outrossim, é cediço que não se enquadra nas espécies de improbidade o ato praticado por administrador inepto. Precedentes: Resp 1149427/SC,



PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 09/09/2010; e REsp 734984/SP, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/06/2008. (...)”. (gn)

DOS PEDIDOS

Ante ao exposto, **REQUER-SE** de Vossa Excelência o acatamentos das contrarrazões ora apresentada para o fim de manter indene o JULGAMENTO OBJURGADO, sendo este relativo as Contas Anuais de Gestão da Prefeitura de Sinop/MT, Exercício de 2014, sob a Gestão do Prefeito Municipal JUAREZ ALVES DA COSTA.

ANÁLISE

De acordo com o recurso apresentado pelo Ministério Público de Contas, a presente irregularidade apontada pela então equipe técnica e ratificada pelo Ministério Público à época era de que, primeiro, não houve comprovação da excepcionalidade da contratação que justificasse a terceirização, já que funcionários da OSCIP estão laborando na saúde pública municipal e segundo, que a terceirização ilicitamente substituiu servidores públicos e, portanto, deveria constar no cálculo das despesas com pessoal, nos termos da LRF.

Ainda de acordo como *Parquet de Contas*, o Anexo I do Termo de Referência nº 1/2014 prevê que a OSCIP disponibilizará 253 colaboradores à Prefeitura Municipal de Sinop, em cargos variados, conforme tabela das páginas 29 e 30 do documento digital 70724/2015. Todos estes cargos estão previstos no Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos dos Servidores Públicos de Sinop.

Desta forma, tal conduta estaria infringindo o disposta na Resolução de Consulta TCE nº 002/2013, o qual prevê que a licitude da contratação das OSCIP's depende diretamente de seu caráter complementar. Em outros termos: não haverá ilegalidade nem cômputo nos gastos de pessoal quando a entidade apenas **complementar** os serviços já prestados pelo poder público.



Por sua vez, o defendente alega que os argumentos trazidos pelo Ministério Público de Contas não coaduna com a realidade dos fatos, pois não há nos autos qualquer indício ou prova trazido pela equipe técnica durante o decorrer do processo nem tão pouco em sede de recurso ordinário pelo *Parquet de Contas*, capaz de comprovar o alegado, pois as afirmativas jogadas ao vento pelo Representante Ministerial não passariam de mero inconformismo com a acertada decisão.

Em apertada síntese, a parte recorrida discorre ainda sobre a possibilidade de a Administração Pública celebrar parcerias com instituição sem fins lucrativos; relata a respeito da legislação aplicável às OCIP'S; discorre sobre a natureza jurídica da OSCIP e Termo de Parceria; fala sobre o caráter de complementação da prestação dos serviços públicos não exclusivos; das formas de execução dos serviços realizados por OSCIP'S; aduz sobre a substituição de servidores públicos por empregados de OSCIP'S; relata sobre o enquadramento das despesas com OSCIP'S nos limites de gastos com pessoal e do empenhamento da despesa.

Para tanto, traz nos autos da defesa opiniões de juristas, súmulas e julgados de tribunais Superiores e de Justiça; Acórdãos e Resoluções de Consultas de diversos Tribunais de Contas, bem assim citação a diversas legislações aplicáveis.

Contudo, o cerne da questão trazida nos autos pelo Ministério Público de Contas, quando do recurso ordinário, é a respeito da disponibilização de 253 trabalhadores da OSCIP contratada, cujos cargos estariam previstos no plano de cargos e carreiras da Prefeitura Municipal de Sinop, cargos de provimento efetivo, o que configuraria a chamada terceirização ilícita, com a consequente consideração dos valores pagos no cálculo da despesa com pessoal.

Em consulta ao relatório técnico preliminar, protocolo 203998/2014, tem-se às fls. 97, a informação de que serão contratados mediante a OSCIP – ADESCO o total de 253 cargos públicos, de acordo com o anexo I do Termo de Referência nº 001/2014.

Consta ainda informação técnica de que a maioria destes cargos estão previstos na Lei Municipal nº 1.604/2011, que dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos dos servidores públicos de Sinop, aos quais são inerentes às atividades-fim da Administração Pública, e portanto, deveriam ser preenchidos mediante concurso público, em respeito ao inciso II do artigo 37 da Constituição Federal.

Ademais, tem-se a informação de que o Termo de Parceria nº 01/2014 fora



assinado em 19 de maio de 2014, quando o município estava com o gasto de pessoal acima do limite estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei nº 101/2000 (art. 20, inciso III alínea “b”), **estando impedido de realizar contratação de pessoal à qualquer título**, conforme previsto pelo inciso IV do parágrafo único do artigo 22, do mesmo diploma legal.

Já às fls. 98 do relatório técnico preliminar, protocolo 203998/2014, a então equipe técnica conclui que:

a) não restou demonstrado que a OSCIP possui **qualificação para realização de atividades na área de prestação gratuita de saúde, mediante seus recursos próprios**, visto que segundo o edital do Termo de parceria prevê a **contratação de profissionais para atuarem nas estruturas do município, e sob a gestão da Secretaria Municipal de Saúde**, que contraria o estabelecido pelo parágrafo único, art. 3º, da Lei Federal 9.790/99.

b) não houve justificativa plausível para a contratação comprovando a **excepcionalidade de terceirização**, visto que a Prefeitura de Sinop não realiza Concurso Público desde 2008 (sete anos) e vem contratando funcionários por meio de Processo Seletivo Público, que custa mais caro aos cofres públicos;

c) violação ao princípio do concurso público, visto que os cargos estão previstos na Lei Municipal 1.604/2011, que dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos dos Servidores Públicos de Sinop, aos quais são inerentes atividades-fim da Administração Pública, devendo ser preenchidos mediante concurso público.

d) não inclusão dos valores pagos a OSCIP na cálculo das despesas com pessoal, uma vez tratem-se de despesas oriundas de terceirização (§1º art. 18, LRF)

Importante também destacar a informação contida nos aludidos autos de análise de folha de pagamentos da Prefeitura Municipal de Sinop é o teor contido às fls. 99, de que o Ministério Público do Estado de Mato Grosso, por meio da 4ª Promotoria de Justiça Cível de Sinop, ingressou com ação civil pública, com pedido liminar no dia 11 de setembro de 2014, SIMP nº 0001015-005/2014 – Inquérito Civil nº 08/2014, requerendo a suspensão de todos os efeitos da parceria firmada entre o município e a OSCIP – ADESCO – Agência de Desenvolvimento Econômico e Social do Centro Oeste.

Ainda em análise aos citados autos, tem-se que por meio do Ofício nº 2387/RH/SMS/2014, de 24/10/2014, doc. 42, a Secretaria Municipal de Saúde



encaminhou informações referentes aos profissionais contratados pela OSCIP – ADESCO, conforme anexo X do aludido relatório preliminar (fls. 175 a 178): **24 médicos; 2 fisioterapeutas; 3 biomédicos; 2 enfermeiros; 3 farmacêuticos/bioquímicos; 1 dentista; 13 auxiliares administrativos; 1 assistente administrativo; 1 auxiliar de consultório dentário; 10 técnico de enfermagem; 4 técnicos de laboratório e 06 zeladores.**

Em análise ao documento “Anexo_do_Relatório_203998_2014_01” tem-se a Lei municipal nº 1.604/2011, que dispõe sobre o plano de Cargos, Carreiras, e Vencimentos dos Servidores Públicos do município de Sinop. E consta que seus respectivos anexos de cargos engloba todos os cargos que foram objeto de contratação por parte da OSCIP, e de acordo com informação da Secretaria Municipal de Saúde, conforme grifado acima.

Deste modo, ao contrário do alegado inicialmente pelo defendente, a então equipe técnica juntou nos autos provas de que a OSCIP contratou servidores cujos cargos já estavam previstos no PCCS municipal, e tratavam-se de atividades finalísticas que estavam sendo desenvolvidos pelos contratados. Logo, a saída era sim a realização prévia de concurso público para provimento dos cargos. Resta evidente que tal contratação não se deu em caráter de complementação, mas de substituição de servidores efetivos por contratados pela OSCIP.

Sobre o tema “terceirizações ilícitas”, o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso possui os seguintes entendimentos:

Resolução de Consulta nº 14/2013 (DOC, 09/07/2013). Câmara Municipal. Despesa.

Limite. Folha de pagamento. Terceirização lícita. Não inclusão no limite.14

1. As terceirizações consideradas lícitas não devem compor o agregado de gastos com folha de pagamento das Câmaras Municipais, para efeito de cálculo do limite estabelecido no artigo 29-A, § 1º, da CF/88.

2. As terceirizações ilícitas devem compor o agregado de gastos com folha de pagamento das Câmaras Municipais, para efeito de cálculo do limite estabelecido no artigo 29-A, § 1º, da CF/88. São ilícitas as terceirizações que, **alternativamente:**

a) supram atividades finalísticas e típicas do



órgão ou entidade contratante;

b) sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas pelo quadro ativo de pessoal do órgão ou entidade; e,

c) configurarem relação de emprego entre a Administração contratante e o obreiro, caracterizada pela ocorrência dos pressupostos da subordinação jurídica, pessoalidade e habitualidade. **(GN)**

Resolução de Consulta nº 29/2013 (DOC, 17/12/2013). Pessoal. Despesa com pessoal. Mão de obra terceirizada. Terceirização lícita. Requisitos.120

1. São requisitos cumulativos para que a terceirização seja considerada lícita e excluída do cômputo da despesa com pessoal:

a) as atividades terceirizadas devem ser acessórias às atribuições legais do órgão ou entidade, na forma prevista em regulamento;

b) as atividades terceirizadas não podem ser inerentes a categorias funcionais abrangidas pelo quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo no caso de cargo ou categoria total ou parcialmente extintos; e

c) não pode estar caracterizada relação direta de emprego entre a Administração e o prestador de serviço.

2. **A inobservância de quaisquer desses requisitos torna a terceirização ilícita e sua despesa deve ser incluída no gasto com pessoal, nos termos do art. 18, § 1º, da LRF.**

Resolução de Consulta nº 14/2013 (DOC, 09/07/2013). Pessoal. Terceirização. Contrato lícito. Possibilidade. Requisitos.

1. A Administração Pública poderá celebrar contratos de terceirização lícita, desde que preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

a) as atividades terceirizadas devem ser acessórias, instrumentais, secundárias ou complementares às atribuições legais do órgão ou entidade;



b) as atividades terceirizadas não podem ser inerentes a categorias funcionais abrangidas pelo quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo no caso de cargo ou categoria extintos ou em extinção; e,

c) não pode estar caracterizada relação de emprego entre a Administração contratante e o executor direto dos serviços (obreiro).

2. Os contratos de terceirização devem ser precedidos de regular procedimento licitatório, de acordo com os ditames da Lei nº 8.666/93.

3. O Poder Público, na qualidade de contratante de serviços prestados por pessoas jurídicas que possam, eventualmente, configurar a caracterização de relação de emprego entre o obreiro e a Administração, deve adotar todos os cuidados e precauções necessárias para evitar a aplicação da subsidiariedade trabalhista prevista no inciso V da Súmula 331 do TST c/c ADC nº 16/DF do STF.

4. A contratação de pessoas físicas para a execução de atividades acessórias e instrumentais da Administração, a título de terceirização, representa alto risco trabalhista, podendo acarretar ao Poder Público a aplicação dos ditames da Súmula 363 do TST.

No que se refere à complementariedade da mão de obra da OSCIP parceira em relação às atividades desenvolvidas pelo ente, o TCE/MT tem o entendimento firmado por meio da Resolução de Consulta TCE nº 02/2013, nos seguintes termos:

Resolução de Consulta nº 02/2013 (DOC, 21/03/2013). Convênios. Termo de parceria.

Organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP. Regras gerais. [Texto do item “b” ajustado conforme Resolução de Consulta nº 16/2013]

1. É legal e legítima a celebração de Termos de Parceria entre a Administração Pública e OSCIP's, desde que restritos às atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei nº 9.790/99, conforme dispõem os artigos 8º do Decreto 3.100/99, e 1º da Lei Estadual nº 8.707/07.

2. O Poder Público pode se utilizar de mão de obra da OSCIP parceira para a execução de



programas ou projetos governamentais, caracterizados ou não como serviços públicos não exclusivos do Estado, desde que a atuação desta se dê exclusivamente em complementariedade às atividades já implementadas e desenvolvidas pelo Estado.

3. Prestação de serviços intermediários de apoio, nos termos do parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 9.790/1999, deve ser entendida como prestação de serviços acessórios e complementares, vinculados às atividades de interesse público objeto do termo de parceria (atividade-meio ou atividade-fim).

4. A realização de eventos, consultorias e assessorias técnicas por meio de OSCIP somente será permitida se prevista no termo de parceria e se estiver diretamente relacionada com o objeto conveniado.

5. O Termo de Parceria está submetido aos limites do §1º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, salvo se expressamente previsto no instrumento e desde que eventuais acréscimos ou supressões não descaracterizem ou modifiquem as finalidades da parceria originalmente firmada.

6. O programa de trabalho objeto do Termo de Parceria deve ser elaborado pela OSCIP parceira, e poderá sofrer alterações ao longo da execução, com maior ou menor nível de detalhamento em relação ao programa originalmente previsto. Eventuais alterações, porém, devem manter correlação com o programa original e compatibilidade com a programação orçamentária, objetivos e metas de planejamento do parceiro estatal.

7. Os gastos com pessoal da OSCIP parceira não devem ser computados na aferição do limite de gasto total com pessoal do ente público parceiro, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal, quando as atividades de interesse público por ela executadas, sejam em complementação à ação estatal e estejam previstas no artigo 3º da Lei nº 9.790/1999.

O tribunal de Contas da União possui diversos entendimentos no sentido de que as atividades **terceirizadas não podem ser inerentes a categorias funcionais abrangidas pelo quadro de pessoal do órgão ou entidade**, a exemplos dos Acórdãos



2085/2005; 1520/2006; 4730/2009 e 1466/2010, ambos plenário.

Neste sentido, o acórdão TCU nº 1520/2006 – Plenário relata que:

(...)

2.7 Mais recentemente, o Decreto nº 2.271, de 7/7/1997, veio a regulamentar a questão. Em seu art. 1º, caput, o Decreto admite a execução indireta de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares; o parágrafo primeiro contém enumeração de atividades a serem preferencialmente executadas mediante contratação, enquanto o parágrafo segundo, em oposição, exclui a execução indireta para as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade:

“Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

(...)

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.”

(...)

2.10 Em face da permissão legal à terceirização no serviço público, faz-se necessário analisar seus limites. A terceirização sem freios configuraria fraude à disciplina constitucional para o provimento de cargos na administração pública mediante seleção por concurso público. O recurso à terceirização para a prática desse tipo de desvio é denunciado por Luciano Ferraz em sua obra ‘Lei de Responsabilidade Fiscal e terceirização de mão de obra no serviço público. Jurídica Administração Municipal, ano VI, nº 3, março 2001, p. 24’, nos seguintes termos:

“O grande problema surgido em torno da terceirização, principalmente a partir da vigência



da atual Constituição Federal, foi a sua utilização como válvula de escape à realização de concursos públicos, com vista a contornar a regra do art. 37, II, da Constituição.”

2.11 Parece-nos bastante claro que o atual ordenamento legal exclui a possibilidade de terceirização da própria atividade-fim do órgão da administração. Os órgãos públicos não podem delegar a terceiros a execução integral de atividades que constituem sua própria razão de ser, sob pena de burla à exigência constitucional do concurso público para o acesso ao cargo, e, ainda, à própria lei trabalhista.

2.12 Em resumo, quanto à viabilidade legal de terceirização de serviços pela administração pública, pode-se concluir que tal prática é lícita apenas no que diz respeito às atividades-meio dos entes públicos, não sendo cabível adotá-la para o exercício de atividades pertinentes a atribuições de cargos efetivos próprios de seus quadros.

Ainda, nos termos da TC 027.911/2010-1 TCU, que trata-se de pedido de reexame interposto pela Caixa Econômica Federal contra o Acórdão nº 2.303/2012 – TCU – Plenário:

9.4.1. a terceirização de atividades finalísticas e/ou de funções contempladas nos planos de cargos configura ato ilegítimo e não encontra amparo no art. 25, §1º, da Lei nº 8.987/1995, cuja interpretação deve se amoldar à disciplina do art.37, inciso II, da Constituição Federal.

Deste modo, conjugando-se os entendimentos acima expostos do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso com os do Tribunal de Contas da União constata-se que ambos convergem no sentido de que as atividades terceirizadas não podem ser inerentes a categorias funcionais abrangidas pelo quadro de pessoal do órgão ou entidade, sob pena de serem consideradas ilícitas.

Assim, ante todo o exposto, opina-se em prover o recurso ordinário proposto pelo Ministério Público de Contas com relação a este apontamento, com a consequente alteração proposta pelo *Parquet de Contas*: **“aplicação de multa ao prefeito, nos**



termos do art. 75, III da LOTCE c/c art. 289, II da RITCE, bem como a determinação para à atual gestão no prazo de 30 dias, suspenda os pagamentos a serem realizados com a OSCIP- ADESCO, declarando ainda a nulidade do termo de Parceria 001/2014, em razão do contrato ser firmado apenas para contratações de profissionais para prestarem serviços públicos diretos, burlando à obrigatoriedade do concurso público”.

3. CONCLUSÃO

Após análise dos argumentos, justificativas e documentos apresentados, coaduna-se com o entendimento do Ministério Público de Contas no sentido de se reformar o Acórdão nº 3.611/2015-TP, publicado em 17/12/2015, no que se refere aos seguintes apontamentos e propostas de encaminhamentos:

Juarez Alves da Costa (prefeito no período 5/2 a 31/12/14) – CPF: 478.430.809-10

11.13. KB 10. Pessoal_Grave_10. Não provimento dos cargos de natureza permanente, mediante concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal).

11.13.1. Admissão de 09 servidores para exercer o cargo comissionado de Assessor Jurídico e 01 servidor para o cargo de Procurador Jurídico que deve ser preenchido por meio de concurso público. Item 7.2.

Processo nº 20.399-8/2014 (Relatório Técnico de Auditoria da Secretaria de Controle Externo de Atos de Pessoal e RPPS)

“aplicação de multa ao gestor por violação direta ao disposto no art. 37, II da CF, nos termos do art. 289, II, RITCE/MT, considerando não apenas o aspecto punitivo, mas também o caráter pedagógico e inibitório da imposição pecuniária, bem como sugestão de determinação para que no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a atual gestão realize concurso público para o preenchimento dos cargos de assessores e procuradores jurídicos e, neste ínterim, que se



abstenha de contratar temporariamente nos casos em que restar caracterizada a natureza permanente dos cargos, sem a demonstração do excepcional interesse público, conforme Resolução de Consulta nº 33/2013.”

Contratação da Agência de Desenvolvimento Social do Centro-Oeste – ADESCO (OSCIP): irregularidade HB11, achados nº 15.1 e 15.2 do processo nº 203998/2014 Recorrido:

a) Prefeito Municipal de Sinop – Sr. Juarez Alves da Costa (Período: 05/02/2014 a 31/12/2014) - CPF: 478.430.809-10

11.15. HB 11. Contrato_Grave_11. Irregularidades na contratação de entidades qualificadas como Organizações Sociais ou Organização de Sociedade Civil de Interesse Público (Lei nº 9.637/1998; Lei nº 9.790/1999).

11.15.1. Não houve justificativa plausível para a contratação comprovando a excepcionalidade de terceirização, visto que a Prefeitura de Sinop não realiza Concurso Público desde 2008 (sete anos) e vem contratando funcionários por meio de Processo Seletivo Público. Item 9.

11.15.2. Não inclusão dos valores pagos a OSCIP na cálculo das despesas com pessoal, uma vez tratarem-se de despesas oriundas de terceirização (§1º art. 18, LRF). Item 9.

“aplicação de multa ao prefeito, nos termos do art. 75, III da LOTCE c/c art. 289, II da RITCE, bem como a determinação para à atual gestão no prazo de 30 dias, suspenda os pagamentos a serem realizados com a OSCIP- ADESCO, declarando ainda a nulidade do termo de Parceria 001/2014, em razão do contrato ser firmado apenas para contratações de profissionais para prestarem serviços públicos diretos, burlando à obrigatoriedade do concurso público”.



Respeitando as opiniões contrárias, é o relatório de Análise da Defesa do Recurso Ordinário da Prefeitura Municipal de Sinop, Contas de Gestão do exercício de 2014.

Secretaria de Controle Externo da 1º Relatoria do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso em Cuiabá - MT, 25 de maio de 2016.

*(assinatura digital)*¹

Cláudio Lima de Oliveira

Auditor Público Externo

¹ Documento firmado por assinatura digital, baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal nº 11.419/2006 e Resolução Normativa Nº 9/2012 do TCE/MT.