



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

GABINETE DA PROCURADORA ERIKA PATRÍCIA SALDANHA DE
OLIVEIRA

REPRESENTAÇÃO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO SUBSTITUTO FRANCISCO JÚNIOR
FERREIRA DA SILVA - RELATOR DAS CONTAS DA CAERD**

URGENTE: ABERTURA DO CERTAME EM 03.04.2020, às 10h

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA – MPC/RO, órgão de estatura constitucional, previsto no artigo 130 da Constituição da República, com sede na Av. Presidente Dutra, 4.229, Bairro Pedrinhas, nesta Capital, no exercício de sua missão institucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático, a guarda e a fiscalização do cumprimento da lei no âmbito do Estado de Rondônia e seus municípios, assim como fundado nas disposições contidas nos artigos 80, I, e 81 da Lei Complementar nº. 154/96, bem como no artigo 230, I, do Regimento Interno da Corte de Contas, e na Resolução nº. 76/TCE-RO/2011, **formula**

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA

(art. 3º-A da LC nº. 154/96)

em face de **JOSÉ IRINEU CARDOSO FERREIRA, VAGNER MARCOLINO ZACARINI e ANDREIA COSTA AFONSO PIMENTEL**, respectivamente diretor presidente, diretor técnico e operacional e presidente da Comissão Permanente de Licitação de Materiais e Obras (CPLM-O) da **COMPANHIA DE ÁGUAS E ESGOTO DE RONDÔNIA (CAERD)**, sociedade de economia

mista controlada pelo Estado de Rondônia, cadastrada no CNPJ sob o n. 05.914.254.0001-39, com endereço à Av. Pinheiro Machado, 2112, Bairro São Cristóvão, nesta Capital, CEP 76.804-046, em razão de irregularidades atinentes à **licitação**, forma eletrônica, pelo rito da Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016, regida pelo **Edital n. 001/2020**, processada nos **autos administrativos de n. 627/2017**, com **previsão de abertura para o dia 03.04.2020, às 10h**, consoante as razões fáticas e jurídicas adiante alinhavadas:

I – Dos fatos

Cuida-se de Representação fundada em Ordem de Serviço constituída no âmbito desta Procuradoria de Contas a fim de averiguar, em caráter preliminar, a regularidade do procedimento licitatório deflagrado pela Companhia de Águas e Esgoto de Rondônia (CAERD), em 14.02.2020[1], na forma eletrônica, sob o critério de julgamento de técnica e preço, regida pelo **Edital n. 001/2020[2]**.

Em diligência junto ao portal de transparência da sociedade de economia mista em questão, obteve-se acesso ao inteiro teor do edital n. 001/2020 e seu anexo[3].

No que tange ao objeto da disputa, a discriminação constante do **item 1 do Termo de Referência** é mais clara do que aquela divulgada no aviso publicado no DOE. Ei-la:

(...) contratação de empresa especializada na prestação de Serviços de Operação, Manutenção, Conservação e Controles Ambientais dos Sistemas de Esgotamento Sanitário de responsabilidade da CAERD, incluindo o fornecimento de mão de obra, materiais e equipamentos, em consonância com as exigências e demais condições e especificações expressas neste Termo de Referência, Especificações Técnicas, Critérios de Regulamentação de Preços e Medição, Planilha Estimativa de Custos, Edital e Anexos [sem grifos na origem].

Quanto ao valor estimado da contratação, embora não veiculado no aviso publicado na imprensa oficial, ele consta expressamente do **item 14.2 do ato convocatório**, cuja transcrição se faz a seguir:

14.2 O valor estimado para a contratação dos insumos e serviços de engenharia objeto deste Termo de Referência, é de R\$ 6.210.433,44 (seis milhões, duzentos e dez mil. Quatrocentos e trinta e três reais e quarenta e quatro centavos), correspondentes aos somatórios dos itens 1 a 30 (Quadro 14 – Remunerações por grupos de SES).

14.1.1. Demais informações constam do item 1.1 – Quadro 1 – Termo de Referência, que integra o presente Edital.

14.2. O orçamento previamente estimado estará disponível permanentemente aos órgãos de controle externo e interno [destaquei].

Em exame preliminar, notou-se que o objeto do certame contempla serviços que constituem a atividade finalística da entidade pública deflagrada do certame, consoante será minudenciado no decorrer desta peça.

Aliás, o fato é reconhecido pela própria Administração que fez constar, no **item 6.1 do termo de referência**, o seguinte, verbis:

(...)

Nos últimos 6 anos, 214 trabalhadores alcançaram a idade ou tempo de serviço para a aposentadoria, sendo que destes 14 empregados por invalidez e 22 por aposentadoria especial, onde por força do § 8º do Art. 57 da Lei nº. 8.213/91 de 24/07/91 a CAERD foi obrigada a remanejá-los da área operacional para outras atividades. E em consequência destes remanejamentos os empregados, Agentes de Sistema de Saneamento e Técnicos de Sistema de Saneamento que desempenhavam suas atividades fazendo tarefas operacionais; parte, tiveram que substituir os aposentados especiais.

Isto posto, verifica-se que a mão-de-obra existente para atender as demandas de campo das áreas operacional e comercial não é adequada para estes serviços, quando se avalia o número existente e a elevada média de idade, o que acarreta a baixa produtividade tendo como um dos fatores o elevado índice de absenteísmo, ocasionado por doenças ocupacionais.

A rigor, diante do cenário existente no ambiente da Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia, a medida que se impõe é a realização de um novo Concurso Público, para atender as demandas nas áreas operacional e comercial e atingir os índices essenciais para garantir o equilíbrio financeiro e atender a população com dignidade que merece.

A morosidade e burocracia para a realização de um novo Concurso Público são elementos adversos que conspiram contra a gestão. As ações que precisam ser implementadas não podem esperar sob pena de comprometer ainda mais a qualidade e eficiência dos serviços prestados pela CAERD no Estado de Rondônia.

O acionista majoritário da CAERD é o Estado de Rondônia, e o destino da CAERD, passa necessariamente por uma decisão de Governo, decisão política. Portanto, pensar na realização de um Concurso Público neste momento, sobre o prisma da gestão, entende-se não ser razoável. A indefinição do cenário político nos impõe cautela, mas não a inércia [sem destaques na origem].

Para melhor esclarecer as finalidades e objetivos da entidade pública em tela, este Parquet de Contas diligenciou junto aos canais disponíveis, obtendo as versões mais atuais do seu estatuto e do regimento interno[4], bem como do Decreto-Lei n. 490, de 4 de março de 1964[5], e do Decreto n. 4334, de 22 de setembro de 1989[6], todos os quais seguem anexos à presente.

O MPC diligenciou também, ainda que sem sucesso, no sentido de obter a normativa que disciplina a estrutura de cargos, com as devidas atribuições dos servidores e funcionários da estatal[7].

Como se pode notar da documentação coligida, a operação, manutenção e conservação dos Sistemas de Esgotamento Sanitário constituem a própria razão de ser da estatal, uma vez que são tarefas alçadas como objetivo principal da companhia — ao lado do fornecimento de água.

Em razão disso, tais serviços, por constituírem-se na atividade-fim da estatal em tela, não podem ser delegados a terceiros, mas exercidos por corpo próprio de empregados, submetidos à regra do

concurso público.

II – Do Direito

II.1 – Do cabimento e da legitimidade

O consagrado direito à petição, de salvaguarda constitucional, é instrumentalizado nos Tribunais de Contas através do manejo de representações e denúncias. Visam ambos os institutos a um fim único: levar ao Tribunal de Contas o conhecimento de ato administrativo reputado ilegal, ilegítimo, ou antieconômico, clamando pela atuação da Corte na sua devida apuração e correição.

O que difere, fundamentalmente, a denúncia da representação é a qualidade do sujeito ativo, posto serem as denúncias disponíveis a qualquer um do povo, ao passo que as representações possuem rol de legitimados ativos taxativamente expressos, correspondentes a determinadas autoridades públicas com atribuição e dever de zelar pelo bom desempenho do controle externo. No âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia outro não é o caso.

A Representação é tratada no capítulos **IV-A da Lei Orgânica**, e sua regulação básica se extrai a partir do **art. 52-A da LC n. 154, de 26 de julho de 1996**. Ei-lo:

Capítulo IV – A

Da Representação

Art. 52-A. Têm legitimidade para representar ao Tribunal de Contas: (Incluído pela Lei Complementar nº. 812/15)

I - as unidades técnicas do Tribunal, nos termos do art. 85, II, desta Lei Complementar; (Incluído pela Lei Complementar nº.812/15)

II - as equipes de inspeção ou de auditoria, nos termos do Regimento Interno; (Incluído pela Lei Complementar nº. 812/15)

III - os Ministérios Públicos de Contas, o Ministério Público da União e os dos Estados; (Incluído pela Lei Complementar nº. 812/15)

IV - os Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Lei Complementar nº. 812/15)

V - os órgãos de controle interno, em cumprimento ao § 1 do art. 74 da Constituição Federal; (Incluído pela Lei Complementar nº. 812/15)

VI - os Senadores da República, os Deputados Federais e Estaduais, Vereadores, Juízes, servidores públicos e outras autoridades que comuniquem a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do cargo que ocupem; (Incluído pela Lei Complementar nº. 812/15)

VII - os licitantes, contratado ou pessoa física ou jurídica, contra ilegalidades ou irregularidades na aplicação da Lei Federal nº. 8.666, 21 de junho de 1993, e das leis correlatas às licitações, contratos e instrumentos congêneres; (Incluído pela Lei Complementar nº. 812/15)

VIII - outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de Lei específica. (Incluído pela Lei Complementar nº. 812/15)

§1º. Aplicam-se às representações oficiais oriundas de outros órgãos, entidades ou pessoas que

não exerçam função específica de controle externo no Tribunal, o procedimento relativo à denúncia. (Incluído pela Lei Complementar nº. 812/15)

§ 2º. As representações oriundas de equipe de inspeção ou auditoria e de unidades técnicas do Tribunal serão formuladas em conformidade com os procedimentos e práticas determinados pelas Normas de Auditoria Governamental e processadas nos termos do Regimento Interno. (Incluído pela Lei Complementar nº. 812/15)

Por sua vez, o Regimento Interno esmiúça o procedimento das representações e denúncias do art. 79 ao art. 82-A, deixando assente no § 2º do art. 82-A que será processada conforme o rito dos feitos relativos a Fiscalização de Atos e Contratos, definido nos arts. 62 a 65 do RITCE-RO.

Outrossim, não há dúvidas do cabimento da presente representação, já que o suposto desvio da boa conduta administrativa diz respeito à matéria inequivocamente da jurisdição da Corte de Contas (ilegalidade na contratação de serviços terceirizados).

De outra banda, o autor da representação é o próprio Ministério Público de Contas, a quem a Constituição Federal atribuiu a missão de zelar pela ordem jurídica no âmbito dos Tribunais de Contas, cuja legitimidade para propor a presente é expressa, nos exatos termos no inciso III do art. 52-A da Lei orgânica do TCE.

Aliás, a legitimidade e o protagonismo do Ministério Público de Contas no oferecimento de Representações é ilação que se extrai da própria lógica do sistema dos Tribunais de Contas.

O que se pretende, portanto, por meio desta Representação, é averiguar os atos da administração e, caso identificadas as irregularidades descritas no pórtico deste instrumento, provocar a exata conduta administrativa, compatibilizando-a com a Constituição Federal, de modo que o Estado de Rondônia e todas suas entidades vinculadas possam adequar-se aos ditames da Lei Maior.

O tratamento da questão deve se dar, portanto, de forma molecular, e não atomística. Só assim restará garantida a observância à legalidade e preservado o erário do dispêndio de recurso público sem fundamento jurídico.

II.2 – Da indevida execução indireta para o desempenho de atividade-fim

Os conceitos de atividade-meio e atividade-fim foram cunhados no âmbito do Direito do Trabalho para distinguir as atividades diretamente ligadas aos fins institucionais das empresas daquelas que lhes fossem acessórias, isto é, auxiliares à sua persecução.

A partir desta construção conceitual, toma forma a ideia de execução indireta como um método de organização estrutural que permite a uma empresa transferir suas atividades-meio, reduzindo custos, diminuindo a estrutura operacional, desburocratizando a administração e proporcionando maior

disponibilidade de recursos para a consecução da atividade-fim.

Nos dizeres de Maurício Godinho Delgado[8], a execução indireta por intermédio da terceirização é, verbis,

O fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido [sem destaque na origem].

Quanto à licitude da terceirização, o festejado autor arremata:

O quarto grupo de situações passíveis de contratação terceirizada lícita diz respeito a serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Esse grupo envolve atividades não expressamente discriminadas, **mas que se caracterizam pela circunstância unívoca de serem atividades que não se ajustam ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviços – não se ajustam, pois, às atividades-fim do tomador [sublinhei].**

Diante dos benefícios propiciados pela aplicação dos métodos de terceirização na seara privada, seu conceito foi importado dos anais do Direito Trabalhista para ter aplicação no âmbito da Administração Pública.

O Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, se não foi o pioneiro, foi um dos primeiros diplomas a compilar o assunto ao determinar que a execução das atividades da Administração Federal deveria ser amplamente descentralizada[9].

Já o Decreto n. 2.271, de 7 de julho de 1997, ao dispor sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, tornou-se um marco na matéria, **passando a ser desde então utilizado como parâmetro de balizamento**, inclusive para os Estados, **no que se refere à contratação de mão de obra no setor público**, enquanto a Lei n. 9.632, de 7 de maio de 1998, concretamente promoveu a extinção de um significativo número de cargos efetivos da Administração Federal e ao mesmo tempo autorizou a execução indireta das atividades correspondentes.

Desde aquela época, mesmo no auge da implementação das políticas liberalizantes, o Decreto n. 2.271, de 1997[10], já era expresso ao autorizar **a execução indireta apenas das atividades acessórias, instrumentais ou complementares** (atividades-meio), proibindo-a de forma contundente quanto às atividades inerentes às categorias funcionais constantes do plano de cargos da entidade, dentre as quais, por óbvio, encontram-se as atividades-fim.

Nesta senda, o TCU sedimentou sua jurisprudência conforme se exemplifica com os arestos abaixo colacionados:

REPRESENTAÇÃO. CONTRATO. RESCISÃO. TERCEIRIZAÇÃO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. É irregular a contratação indireta de profissionais para exercer atividades contempladas pelo plano de cargos da entidade (TCU. Acórdão N. 449/2008–Plenário, relator Ministro Raimundo Carreiro).

Representação do Ministério Público Federal. Terceirização de serviços de back-office. Trânsito em julgado de decisão da 2ª Vara da Justiça do Trabalho de Bauru. Condenação da CEF a não contratar mão-de-obra terceirizada para as funções de contabilidade, especialmente no setor de digitação e arrecadação do FGTS, e da empresa DST a se abster de fornecer serviços que configurem atividade-fim da CEF. (...) (TCU. Acórdão N. 17/2004–Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler).

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. determinar a Furnas Centrais Elétricas S.A que:

a) adote as devidas providências no sentido de fazer cessar a utilização de mão-de-obra terceirizada para os cargos inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo Plano de Cargos da empresa, tendo em vista a inobservância do disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal; (...) (TCU. Acórdão N. 1.465/2002–Plenário, relator Ministro Ubiratan Aguiar). No mesmo sentido o Acórdão-TCU N. 1.471/2002–Plenário, relator Ministro Ubiratan Aguiar.

Observe-se, inclusive, que a limitação **se entende como ilegal não apenas a execução indireta das atividades-fim, mas também daquelas inerentes aos cargos previstos no quadro de pessoal das entidades.**

E não poderia ser diferente, já que, por proibição constitucional, **a execução indireta não pode ser utilizada como meio de provimento de cargos ou empregos públicos**, devendo-se limitar a uma alternativa para auxiliar nas atividades estatais.

Com efeito, o emprego de mão de obra contratada na realização de atividades-fim ou daquelas previstas no plano de cargos do órgão dentro das competências de servidores efetivos **vai de encontro com o mandamento constitucional insculpido no art. 37, II, da Constituição de 1988, o qual exige a realização de concurso público para provimento de cargo ou emprego público**, ressalvadas apenas as limitadíssimas hipóteses de exceção (nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração e a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público).

Ora, não é difícil notar que, ao contratar pessoas para prestação de serviços, ainda que através de regular procedimento, as atividades passarão a ser realizadas **por indivíduos que não foram selecionados** segundo os critérios constitucionais, **não sendo, portanto, garantida minimamente a observância dos princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia inerentes aos concursos.**

Neste sentido, trazemos à baila importante julgado do Tribunal de Contas da União:

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.**

(...)

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**” (TCU. Acórdão n. 1520/2006-Plenário, relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça).

Esta própria Egrégia Corte de Contas já se manifestou em passante sobre o tema, ao abordar, em processo de consulta — e, portanto, com caráter normativo[11] —, o tema das terceirizações no âmbito da Administração Pública, na seara da saúde, como se observa do **Parecer Prévio n. 37/2009-Pleno**, abaixo transcrito:

É DE PARECER que se responda a consulta na forma a seguir:

I - A saúde, na forma do artigo 196 da Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, neste sentido, a Constituição Federal, artigos 197 e 199, § 1º, combinado com os artigos 24 a 26 da Lei nº 8.080, de 19.9.90, faculta à iniciativa privada a assistência à saúde na modalidade do sistema único, permitindo a forma complementar, ou seja, sem transferir a terceiros as principais ações da saúde;

II - Na hipótese de que os serviços de Saúde prestados pelo Estado sejam insuficientes para atender a demanda, poderá, em caráter de excepcional interesse público, ser ampliado o atendimento mediante Contrato ou Convênio com a iniciativa privada (com ou sem fins lucrativos), mas sempre de forma complementar, na forma da Constituição Federal, artigo 37, inciso IX, artigo 199, § 1º, combinado com a Lei nº 8080, de 19.9.90, artigos 24 a 26;

III - Os procedimentos administrativos que tenham por fim o Contrato (com prestadores privados com ou sem fins lucrativos) ou Convênio (com entidades qualificadas como filantrópicas e/ou sem fins lucrativos), com a finalidade de complementar as ações e serviços de saúde - v.g. atividades-meio tais como: determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas, devem observar as normas do direito público, entenda-se, especialmente, a Lei nº 8.666/93, pertinente a licitações e contratos;

IV – Para que a terceirização possa ser considerada legal, deverá ser suficientemente motivada pelo administrador, demonstrando que a parcela de responsabilidade da saúde a ser terceirizada reveste-se, efetivamente, de um contrato de prestação de serviço que se enquadre nas previsões da Lei nº 8.666/93;

V – Em se tratando de terceirização de mão-de-obra que se refira à substituição de servidores e empregados públicos, os valores contratados de terceirização deverão ser contabilizados à conta “Outras Despesas de Pessoal”, conforme Lei Complementar Federal nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (artigo 18, § 1º);

VI - Paralelamente, deverá o Município adotar as providências cabíveis para o atendimento do que dispõe o artigo 37, II, da Constituição Federal, que disciplina que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos [sem destaques na origem].

Não bastasse, o colendo Tribunal de Contas também julgou diversos casos nos quais se

abordou esta temática, conforme se observa dos arestos abaixo coligidos:

FISCALIZAÇÃO DE ATOS E CONTRATOS. SESAU. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS DE ANESTESIOLOGIA. ALTERNATIVA EXCEPCIONAL E TRANSITÓRIA. ESTRITA COMPLEMENTARIDADE. OBRIGATORIEDADE DE CONCURSO PÚBLICO. NECESSÁRIA REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA. DETERMINAÇÕES. 1. A contratação para execução indireta da prestação de serviços médicos constitui medida complementar, não se podendo substituir inteiramente à execução direta pela Administração Pública, em especial quando a atividade em questão é típica da unidade jurisdicionada, sendo vedada a terceirização de mão-de-obra, sob pena de esvaziamento do preceito constitucional que impõe a obrigatoriedade de realização de concurso público para ingresso nos quadros de pessoal do poder público. Inteligência dos arts. 37, inciso II, 197 e 199, § 1.º, todos da Constituição Federal, c/c. o art. 24 da Lei Federal n. 8.080/90. 2. Cumpre à Administração Pública a adoção de medidas pertinentes com vistas a tornar atrativa a carreira profissional no serviço público mediante a investidura em cargo público efetivo, e a incentivar a permanência de profissionais nos seus quadros, compreendendo a elaboração de aprofundados estudos técnicos, dotados de critérios metodológicos que assegurem a confiabilidade e a verificabilidade de suas conclusões, de modo a subsidiar uma proposta de revisão legal do plano de cargos, carreiras e remunerações, em termos de atribuições, de remuneração, de incentivos funcionais e de jornada de trabalho, com demonstração de sua viabilidade técnica e sustentabilidade financeira. 3. Para garantir a eficácia da realização de concurso público para provimento de cargos efetivos constantes de seus quadros, com reconhecida deficiência de pessoal, deve a Administração adotar medidas que promovam ampla publicidade ao certame e permitam a maior participação possível dos interessados. 4. Determinações (TCE-RO. Acórdão n. 186/19-Pleno, relator Conselheiro Paulo Curi Neto, j. 11.07.2019, Processo n. 5061/17).

FISCALIZAÇÃO DE ATOS E CONTRATOS. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS. TERCEIRIZAÇÃO DE ÁREA FINALÍSTICA. CLASSIFICAÇÃO DE DESPESAS. REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. É contrária à norma legal a contratação de empresa para prestar serviços de contabilidade, terceirizando área finalística da Administração. É de considerar ilegal não fazer classificar despesas atinentes ao contrato de terceirização de mão de obra, firmado para substituir servidor público, no elemento de despesa 33.90.34 (outras despesas de pessoas decorrentes de contratos de terceirização); É de se determinar ao Presidente da Câmara de Vereadores que adote as providências para realização de concurso público para os cargos de contador e controlador interno e que, até o provimento efetivo, busque instituir, provisoriamente, em regime de cooperação com o executivo, e mediante lei formal, modelo único e compartilhado de controle interno, cujo órgão atuaria em ambos os Poderes, até que se ultime a contratação pela via obrigatória do concurso público (TCE-RO. Acórdão n. 223/18-Pleno, relator Conselheiro José Euler Potyguara Pereira de Mello, j. 07.06.2018, Processo n. 2301/15).

DENÚNCIA. ATENDIDOS OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. CONHECIMENTO. PRELIMINARES ARGUIDAS AFASTADAS. FALECIMENTO DE RESPONSÁVEL. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. RESPONSABILIZAÇÃO AFASTADA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA ANTE A COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DE PARTE DOS FATOS DENUNCIADOS. APLICAÇÃO DE MULTAS. 1) Falecimento de responsável no curso do processo. Infringência de natureza formal. Responsabilização afastada com fundamento no que dispõe o inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal, ante a ausência de dano ao erário. 2) Preliminares afastadas ante a carência de fundamentação fática e jurídica. 3) No procedimento licitatório o envio de convites a somente três empresas, sendo duas de ramo diverso do pertinente ao objeto do Convite, se constitui infringência aos princípios da moralidade e da impessoalidade previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, bem como ao disposto no

artigo 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93. 4) Configura terceirização ilícita de atividade-fim do Estado a contratação de empresa para prestação de assessoria jurídica, desrespeitando a necessidade de concurso público para a contratação de servidores, imposição constitucional do artigo 37º, II, da Constituição Federal de 1988. 5) A ausência de técnicas quantitativas de estimação de materiais a serem adquiridos em certame licitatório se constitui infringência ao disposto no artigo 15, § 7º, II, da Lei nº 8.666/93. 6) A nomeação de parentes para cargos de provimento em comissão, ainda que se trate de servidores públicos efetivos, em regra, se constitui infringência ao disposto no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988 (princípio da legalidade, moralidade e impessoalidade), materializando nepotismo conforme a Súmula Vinculante nº 13 do STF (TCE-RO. Acórdão n. 215/16-Pleno, relator Conselheiro Francisco Carvalho da Silva, j. 28.07.2016, Processo n. 2971/12) [sem grifos na origem].

Outrossim, vale dizer que a recente mudança legislativa, com a entrada em vigor do **Decreto n. 9.507, de 21 de setembro de 2018**, revogando o Decreto n. 2.271, de 1997, editado na linha da recente reforma trabalhista[12] e após o julgamento de casos paradigmáticos pelo STF[13], **manteve a regra geral de proibição de que empresas estatais e suas subsidiárias promovam a execução indireta de suas atividades permanentes, sobretudo quando demandarem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários**, como é o caso em tela.

A novel legislação ressalvou, todavia, a possibilidade de terceirização da atividade-fim de empresas estatais nas seguintes hipóteses, a saber:

Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

I - caráter temporário do serviço;

II - incremento temporário do volume de serviços;

III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou

IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.

In casu, a contratação de terceiro para realizar serviços que constituem a atividade-fim da estatal em comento não se dá na esteira de nenhuma dessas hipóteses, como o reconhece o próprio texto do ato convocatório, **que justifica a contratação, em detrimento da realização de concurso público, em razão da ausência de interesse político na tomada de tal decisão[14]**.

Assim, em que pesem as orientações legais e jurisprudenciais a respeito da questão sub oculi, a prática verificada na esfera administrativa da Caerd é outra.

Os serviços objeto da pretendida contratação demandarão, à toda evidência, profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes da estrutura da estatal, o que se revela absolutamente

inaceitável frente ao regime jurídico administrativo.

O art. 3º do seu Estatuto Social estabelece os objetivos da Caerd:

Art. 3º Constitui o principal objeto social da CAERD a prestação de serviços de saneamento básico com vistas à sua universalização no Estado de Rondônia compreendendo as atividades básicas de abastecimento de água, esgotamento sanitário, podendo ainda, na forma da Lei e instrumento próprios, atuar nos serviços de limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos, de acordo em consonância com as Leis Federais nº 6.404/76, Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2017 e 13.303, de 30 de junho de 2016, regulamentada pelo decreto 8.945, de 27 de dezembro de 2016 e demais disposições legais aplicáveis [destaquei].

Ora, os profissionais necessários à prestação dos serviços que constituem o objeto do certame ora hostilizado, ao desenvolverem as atividades nas áreas de esgotamento sanitário e correlatas, como consta das definições do edital impugnado, estarão atuando nas funções que são, em verdade, a razão de ser da estatal, nos termos do art. 3º, caput, de seu Estatuto Social, acima transcrito, exercendo, de modo direto, a atividade-fim de promover o saneamento básico em sua circunscrição geográfica.

Não há espaço para a execução indireta na hipótese em tablado. O Estado, por intermédio da entidade, deve desempenhar tais atribuições diretamente e com pessoal próprio, selecionado através de concurso público, tendo em vista tratarem-se de atividades-fim previstas na legislação específica.

Diante disso, cumpre a essa E. Corte de Contas, em concomitância com a determinação da suspensão da disputa, assinalar prazo para que a Caerd providencie a realização de concurso para o preenchimento dos cargos dos profissionais necessários ao desempenho das atividades que são objeto da licitação guerreada, de modo a debelar a ilicitude formatada nas “terceirizações” irregulares.

Assim, imperioso que esta E. Corte de Contas, tendo em vista a competência constitucional prevista no art. 49, VIII, da Constituição Estadual, assinale prazo suficiente para que a Companhia de Águas e Esgoto de Rondônia (CAERD) proceda aos levantamentos necessários a fim de deflagrar concurso público para suprir sua necessidade de pessoal necessário à execução das atividades finalísticas da entidade.

II.3 – Da contratação por tempo determinado (art. 37, IX, CF)

Note-se, por oportuno, que a demanda da estatal, caso seja reputada urgente e indispensável, em face de sua característica de essencialidade, deve ser suprida, excepcionalmente, mediante contratação de pessoal por tempo determinado, em caráter emergencial, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos moldes do permissivo entabulado no art. 37, IX, da Constituição Federal[15].

Tal solução tem o condão de suprir, de maneira excepcional, a necessidade da companhia sem que para tanto seja necessário violar o mandamento constitucional do concurso público por meio da indevida execução indireta dos serviços finalísticos da entidade.

II.4 – Da vulneração às regras da LRF

Por fim, cumpre chamar a atenção para a potencial vulneração da LC n. 101, de 04 de maio de 2000, a se concretizar diante da materialização da pretensa contratação.

Isso porque, consoante dispõe o próprio instrumento convocatório[16], a despesa decorrente do futuro contrato não será contabilizada como atos de pessoal, em ofensa ao que estabelece o art. 18, § 1º, do referido diploma legal.

Tal prática enseja grave irregularidade, consoante farta jurisprudência das Cortes de Contas[17].

III – Da necessidade de Concessão de Tutela de Urgência

Há ilicitudes no instrumento convocatório que, especialmente porque têm o potencial de produzir danos, devem ser prevenidas. Consagrada pelo art. 497 do CPC/2015 e pelo art. 108-A do RITCE-RO, a tutela inibitória é voltada para esses casos, pois objetiva impedir a realização ou a reiteração de uma ilicitude provável[18].

Como decorrência, para que seja concedida a tutela de prevenção do ilícito, é suficiente a probabilidade da transgressão de um comando jurídico, mormente quando há significativa possibilidade de ocorrência de lesão ou dano. Aliás, é de bom alvitre ponderar que essa modalidade de tutela prescinde da culpa ou do dolo, enquanto tem por escopo prevenir uma situação de ilicitude, sem a necessidade de qualquer valoração subjetiva de um comportamento concreto, mesmo porque este ainda não ocorreu (ocorrerá ou será reiterado).

Assim, pelo cotejo das argumentações fáticas e jurídicas até aqui expostas, verifica-se que a tutela inibitória é a ideal para impedir a concreção das irregularidades denunciadas que estão na iminência de serem postas em prática, ante o início da fase de lances da disputa ora guerreada.

É exatamente a proximidade da data da abertura do certame que demanda a antecipação dos efeitos da tutela no caso em exame, e que revela de forma clarividente o perigo da demora caso se aguarde o desfecho desta Representação, em preenchimento do primeiro dos requisitos do instituto antecipatório.

Por sua vez, a plausibilidade do direito invocado também está caracterizada, visto que simples análise dos termos do edital evidencia as irregularidades contra as quais ora se representa.

Desse modo, mister se faz que essa Corte de Contas restabeleça a ordem legal mediante a tutela adiante pleiteada.

IV – Conclusão

Diante do exposto, considerando as irregularidades narradas, requer-se:

I – Seja recebida a vertente Representação, pois atende aos requisitos de admissibilidade insculpidos nos normativos que regem a atuação dessa Corte de Contas;

II – Seja concedida a antecipação dos efeitos da tutela inibitória, **inaudita altera parte**, determinando-se ao Diretor-Presidente da Caerd, Senhor **JOSÉ IRINEU CARDOSO FERREIRA**, e à Presidente da Comissão Permanente de Licitação de Materiais e Obras (CPLM-O) da estatal, Senhora **ANDREIA COSTA AFONSO PIMENTEL**, ou quem os substitua ou suceda na forma da lei, que **SUSPENDAM**, incontinenti, no estado em que se encontrar, a **licitação regida pelo Edital n. 001/2020**, processado nos **autos administrativos de n. 627/2017**, até que sobrevenha ulterior decisão dessa Corte de Contas, fixando-se as necessárias astreintes[19] para obrigar ao cumprimento da decisão;

III – Sejam chamados aos vertentes autos, como responsáveis, os agentes públicos declinados no item anterior, bem como o Senhor **VAGNER MARCOLINO ZACARINI**, Diretor Técnico e Operacional, em razão de terem concorrido para elaboração e autorização do certame, ora hostilizado, com as eivas que o maculam, descritas no decorrer desta exordial;

IV – Seja determinado à estatal em comento que, havendo urgência e sendo indispensável a contratação pretendida, supra a demanda, excepcionalmente, mediante contratação de pessoal por tempo determinado, em caráter emergencial, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos moldes do art. 37, IX, da Carta Federal;

V – Seja determinado à Caerd que, no prazo assinalado pela Corte, proceda aos levantamentos necessários a fim de deflagrar concurso público para suprir sua necessidade de pessoal necessário à execução das atividades finalísticas da entidade.

Porto Velho-RO, 31 de março de 2020.

(assinado eletronicamente)

Érika Patrícia Saldanha De Oliveira

Procuradora do Ministério Público de Contas

[1] Cópia do aviso em anexo.

[2] Cópia da íntegra do edital atacado em anexo.

[3] Arquivos disponíveis no endereço: <https://transparencia.caerd-ro.com.br/licitacoes/26>.

[4] Ambos aprovados na Assembleia Geral Extraordinária realizada no dia 21.03.2019.

[5] Norma que criou a entidade estatal.

[6] O qual regulamenta os Serviços Públicos de Águas e Esgotos Sanitários da Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia.

[7] E-mail encaminhado à presidência da Caerd no dia 13.03.2020 e reiterado no dia 31.03.2020, respondido no dia 31.03.2020 [cópia anexa]. A resposta, contudo, não trouxe a documentação solicitada quanto à disciplina da estrutura de cargos, com as respectivas atribuições.

[8] DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

[9] Excertos pertinentes do Decreto-Lei n. 200/67:

“CAPÍTULO III

DA DESCENTRALIZAÇÃO

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

(...)

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e

capacitada a desempenhar os encargos de execução”.

[10] Excertos do Decreto n. 2271, de 1997:

“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.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 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.”

[11] Reza o art. 1º, § 2º, da LC n. 154, de 1996: “Art. 1º. [omissis]. § 2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XVI, deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto”.

[12] A saber, a Lei 13.429, de 2017, que alterou a Lei n. 6.019, de 1974, tratando da ampliação das hipóteses de terceirização de mão de obra; e a Lei n. 13.467, de 2017, que alterou diversas disposições da CLT, tornando mais flexível a regência das relações de trabalho no setor empresarial.

[13] Aqui se faz referência ao julgamento, pelo STF, da APDF n. 324 (de relatoria do Ministro Roberto Barroso) e do Recurso Extraordinário n. 958.252, com repercussão geral reconhecida (relatoria do Ministro Luiz Fux), em que o Pretório Excelso pronunciou-se pela constitucionalidade da terceirização de atividades-fim nas empresas em geral, revisitando a posição contrária firmada pela Justiça do Trabalho (Súmula 331/TST).

[14] Conforme consta do item 6.1 do termo de referência, cujo excerto pertinente foi transcrito na narração fática da presente.

[15] Reza o mencionado dispositivo: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

[16] Nos termos do item 14.1 do edital, cuja dicção é a seguinte: “14.1. Os recursos orçamentários, conforme estabelecido no item 1.1. do Termos de Referência, Anexo I deste Edital em que correrão as despesas da presente contratação são oriundos do Elemento de Despesa: 413.101.301 – Conservação e Manutenção de Sistemas, sob a gestão da Coordenadoria/Gerência Operacional e de Negócios, da CAERD”. No mesmo sentido é o estabelecido no item 1.1 do termo de referência.

[17] Nesse sentido, vale mencionar os Acórdãos-TCU n. 1565/2005-Plenário, 3005/2009-Plenário e 283/2011-Plenário.

[18] MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 71-73.

[19] Nos termos do art. 814, caput, do CPC.



Documento assinado eletronicamente por **ERIKA PATRICIA SALDANHA DE OLIVEIRA, Procuradora**, em 31/03/2020, às 13:12, conforme horário oficial de Rondônia, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#) e do art. 4º da [Resolução TCERO nº 165, de 1 de dezembro de 2014](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://sei.tce.ro.gov.br/validar>, informando o código verificador **0196546** e o código CRC **14E88927**.

Referência: Processo nº 002400/2020

SEI nº 0196546

Av. Presidente Dutra, 4229 - Olaria - Porto Velho/RO - CEP 76801-327 - Fone (69) 3211-9071
www.mpc.ro.gov.br