



5ª Procuradoria de Contas

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR CONSELHEIRO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARÁ



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARÁ, vem, através do Procurador de Contas que esta subscreve, no desempenho de sua missão institucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático e a guarda da lei, nos termos delineados no art. 11 de sua Lei Orgânica (Lei Complementar nº 9/1992, com redação dada pela Lei Complementar nº 85/2013) e com fulcro nos artigos 130 da Constituição Federal e 41 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Pará, oferecer a seguinte

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

em face da **Fundação PROPAZ**, a ser representada pelo seu Presidente, o **Sr. Jorge Antonio Santos Bittencourt**, pelos fundamentos de fato e de direito que se passa a expor.

I. DOS FATOS.



5ª Procuradoria de Contas

Cuida-se de Representação fundada em Procedimento Administrativo Preliminar (anexo), instaurado com o objetivo de averiguar o preenchimento dos requisitos legais das contratações de agentes educadores mediante inexigibilidade de licitação.

Em suas razões iniciais, a Fundação PROPAZ argumentou que a inexigibilidade de licitação fora fundada no *caput*, do art. 25, da Lei 8.666/93, tendo em vista a suposta necessidade da Administração de convocar todos os interessados em prestar os serviços previstos no Termo de Referência 2015/252914.

Para melhor dimensionamento das questões atinentes ao caso em cotejo, esta Procuradoria de Contas requisitou, à Fundação PROPAZ, informações complementares, que vieram delineadas no Ofício 301/2016.

Dentre os dados apresentados, a Fundação, no item “c”, afirmou que o programa tem por objetivo acolher crianças e jovens, estimulando-os a resgatar valores como respeito, igualdade, lealdade, compromisso, por intermédio de atividades de integração, inclusão e socialização, desenvolvidas pelos agentes educadores, cujas áreas de atuação foram delineadas no item “d” das razões apresentadas.

A despeito das nobres tarefas dos contratados, ocorre que as ações do programa Propaz nos Bairros constituem, em verdade, a atividade-fim da entidade e, por constituírem política de Estado – razão de ser da própria instituição, não podem ser delegadas a terceiros, mas exercidas por corpo próprio de servidores, submetidos à regra do concurso público.

Entretanto, bem analisando a Lei Estadual 8.097/15, que concedeu o caráter de autarquia fundacional à Fundação PROPAZ, percebemos que não foram criados os cargos inerentes ao exercício da atividade-fim da entidade, mas, tão somente, aqueles relativos à atividade-meio, razão pela qual **urge que a Fundação PROPAZ deflagre as ações necessárias para a apresentação**



5ª Procuradoria de Contas

de projeto de lei para a criação de cargos a serem providos pelos habilitados a exercer as atividades-fim da instituição.

II. DO DIREITO.

A. DO CABIMENTO E DA LEGITIMIDADE ATIVA.

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 Pará não é diferente.

Denúncia e representação são tratadas na mesma sessão da Lei Orgânica, e sua regulação básica se extrai a partir dos art. 39 a 42 da LOTCE/PA.

Ei-los:

“Denúncias e Representações

Art. 39. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas do Estado.

Art. 40. A denúncia sobre matéria de competência do Tribunal deverá referir-se a administrador ou responsável sujeito à sua

jurisdição, ser redigida em linguagem clara e objetiva, conter o nome legível do denunciante, sua qualificação e endereço, e estar acompanhada de prova ou indício concernente ao fato denunciado ou à existência de ilegalidade ou irregularidade.

Art. 41. A representação deverá ser encaminhada ao Presidente do Tribunal de Contas ou ao Conselheiro Relator, conforme o caso:

I - pelos titulares dos controles internos dos órgãos públicos, sob pena de serem considerados responsáveis solidários;

II - por qualquer autoridade pública Federal, Estadual ou Municipal;

III - pelas equipes de inspeção ou de auditoria;

IV - pelos titulares das unidades técnicas do Tribunal.

Art. 42. A fim de preservar direitos e garantias individuais, o Tribunal de Contas dará tratamento sigiloso às denúncias e representações, até decisão definitiva sobre a matéria.

Parágrafo único. O denunciante não se sujeitará a qualquer sanção administrativa, cível ou penal, em decorrência da denúncia, salvo em caso de comprovada má-fé.”

Por sua vez, o Regimento Interno esmiúça o procedimento das representações e denúncias do art. 226 ao artigo 234, deixando assente no art. 230 que *“Julgada procedente a denúncia e depois de esgotado o prazo para eventual recurso, a autoridade pública competente **será notificada para as providências corretivas e/ou punitivas cabíveis.**”*

Embora, o artigo 230 só se refira à denúncia julgada procedente, sua aplicabilidade abrange também as representações, de acordo com a norma extensiva prevista no art. 234 *“Aplicam-se às representações, no que couber, os dispositivos constantes dos arts. 227 a 233.”*

Ora, não se pode haver 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 pessoal**). De outra banda, o autor da



5ª Procuradoria de Contas

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, e que é, evidentemente, autoridade pública estadual nos exatos termos no inciso II, do art. 41 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 do Pará 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.

B. 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 a 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 Delgado¹, a execução indireta por intermédio da terceirização é

“O fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista 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 trabalhistas, 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.”

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” – negrejei.**

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 nº 200/67, 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 descentralizada².

¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

² **Decreto-Lei nº 200/67**

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,

Já o Decreto nº 2.271/1997, 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 nº 9.632/98 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 neoliberais, o Decreto nº 2.271/1997³ já era expresso ao autorizar a **execução indireta apenas das atividades acessórias, instrumentais ou complementares** (atividades-meio), a proibindo 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 Nº 449/2008 – PLENÁRIO | Relator: Raimundo Carreiro)

desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

³ **Decreto nº 2.271/1997**

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.



5ª Procuradoria de Contas

“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 Nº 17/2004 – PLENÁRIO | Relator: 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 Nº 1.465/2002 – PLENÁRIO | Relator: Ubiratan Aguiar) de igual modo o ACÓRDÃO TCU Nº 1.471/2002 – PLENÁRIO | Relator: 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 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**” (Acórdão nº 1520/2006-Plenário | Relator: Marcos Vinícios Vilaça)

Esta própria Egrégia Corte de Contas do Estado do Pará já se manifestou unanimemente sobre o tema em processo de consulta e, portanto, com caráter normativo⁴, na *ratio decidendi* da Resolução nº 17.424, conforme abaixo se transcreve:

“Assim, devemos levar em consideração **alguns pontos para a fixação de limites à terceirização na administração pública.**

⁴ Lei Complementar nº 81/2012

Art. 43. *omissis*

Parágrafo único. A resposta à consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

Ato nº 63/2012

Art. 240. As decisões unânimes tomadas pelo Tribunal Pleno em relação às consultas terão caráter normativo e constitui prejulgamento de tese, mas não do fato ou do caso concreto.

O primeiro deles reside na **exclusão da possibilidade de terceirização da própria atividade-fim do órgão da administração**. Excetuados os serviços públicos objeto de concessão, **os órgãos públicos não podem delegar a terceiros a execução integral de atividades que constituem sua própria razão de ser**.

No que diz respeito às **atividades-meio**, entendemos que a contratação deve obedecer a algumas limitações, posto que a **existência de cargos permanentes no quadro funcional do órgão ou entidade excluiria, a um primeiro momento, a viabilidade de execução indireta de algumas atividades**.

(...)

Deve, portanto, a administração cercar-se de cuidados no que concerne à determinação de **serviços a serem terceirizados**, posto que, a nosso ver, **não poderão ser ele relacionados às atividades-fim dos órgãos e entidades públicas, bem como, não poderão ser adotados para o exercício de atividades pertinentes a atribuições de cargos efetivos próprios de seus quadros, nem para funções que impliquem no poder de polícia ou na prática de atos administrativos.**"

Em que pesem as orientações legais e jurisprudenciais a respeito da questão *sub oculi*, a prática verificada na esfera administrativa da Fundação PROPAZ é outra.

Além de estarem sendo indevidamente contratados pela via do credenciamento – o que será objeto de crítica em tópico oportuno – os profissionais arte educadores estão exercendo a atividade-fim da entidade, o que se revela absolutamente inaceitável frente ao regime jurídico administrativo.

O art. 2º, da Lei Estadual 8.097/15, estabelece as funções da Fundação PROPAZ:

Art. 2º São funções da Fundação PROPAZ:

- I - unificar e integrar ações e programas sociais objetivando o aprimoramento da gestão governamental, assim como evitar a pulverização de recursos e a sobreposição de ações e programas;
- II - promover políticas integradas visando o combate da exclusão social;
- III - desenvolver ações de turno complementar escolar através da arte, cultura, educação, esporte e lazer;

IV - fomentar as ações no âmbito escolar para promoção da cultura de paz;

V - articular, integrar e fomentar a política de juventude, fortalecendo ações de protagonismo juvenil;

VI - fomentar ações de prevenção da violência juvenil;

VII - fomentar ações para geração de emprego, renda e promoção da cidadania para jovens;

VIII - realizar ações em conjunto com as Unidades Integradas PROPAZ da Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social;

IX - fortalecer a rede de garantia de direitos por meio da articulação e capacitação dos seus atores, instituindo instrumentos protocolares;

X - apoiar iniciativas da sociedade civil organizada, compatíveis com o objetivo do Programa;

XI - coordenar os serviços integrados de atendimento à criança, ao adolescente e à mulher vítima de violência;

XII - coordenar ações itinerantes de cidadania visando atendimento integrado nas áreas da proteção, promoção e defesa social.

Ora, os profissionais arte educadores, ao desenvolverem as atividades nas áreas de Educação, Arte e Cultura, como informado pelo gestor da Fundação, estão, na verdade, cumprindo as inúmeras funções elencadas no art. 2º, da Lei 8.097/15, exercendo, de modo direto, a atividade-fim de promover o exercício pleno da cidadania.

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 prevista na legislação específica.

Há mais.

Verifica-se que na hipótese, **em vez de contratar uma interposta pessoa (física ou jurídica) para intermediar a prestação de serviços para a Fundação Propaz, a relação jurídica se dá diretamente com o particular,**



5ª Procuradoria de Contas

caracterizando-se o vínculo direto com o poder público, bem como a pessoalidade e subordinação direta na relação.

Na verdade, *in casu*, sequer há efetivamente uma terceirização, observando-se, sim, a substituição direta de servidores que deveriam ser concursados por profissionais que assinam contratos administrativos de prestação de serviços, mas acabam por manter uma relação de trabalho com a Administração.

Pois bem.

Em regra, na hipótese, cumpriria a esta E. Corte de Contas assinalar prazo para que a Fundação PROPRAZ providenciasse a realização de concurso para o preenchimento dos cargos de profissionais arte educadores, de modo a debelar a ilicitude formatadas nas “terceirizações” irregulares.

Acontece que a lei de criação da autarquia fundacional, Lei 8.097/15, não criou os cargos necessários para a execução das atividades-fim, mas, apenas, repise-se, a estrutura-meio para a consecução de suas finalidades, inviabilizando a imediata realização de concurso.

Nos parece inapropriado que esta situação se protraia no tempo: uma autarquia fundacional desprovida dos instrumentos necessários para o atingimento de suas finalidades. Anote-se que as entidades da administração Indireta são criadas com o objetivo de desenvolver atividades específicas, **de modo a garantir o atingimento de melhores resultados do que se prestadas pela administração direta.**

Assim, imperioso que esta E. Corte de Contas, tendo em vista a competência constitucional prevista no art. 116, IX e X, da Constituição Estadual, assinale prazo suficiente para que a Fundação PROPRAZ proceda aos levantamentos necessários a fim de subsidiar a elaboração de projeto de lei, que crie os cargos necessários à execução das atividades finalísticas da entidade, encaminhando-o ao Governador do Estado para que, no cumprimento do art. 105, II, a, da Constituição Estadual, apresente à Assembleia Legislativa para deliberação.



5ª Procuradoria de Contas

C. DA IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE CREDENCIAMENTO

É bem verdade que as atividades desenvolvidas pela Fundação PROPAZ estão afetas ao súpero interesse público e, considerando a indisponibilidade deste interesse coletivo, não podem ser estancadas até a efetiva criação dos cargos e consequente realização de concurso público, processos demasiadamente morosos, razão pela qual a entidade deverá manter a prestação dos serviços de modo precário.

Todavia, a contratação mediante credenciamento deve ser imediatamente cessada.

A Fundação Propaz, no item “b”, do Ofício 301/2016 (fls. 21/23, do Procedimento Administrativo Preliminar, aduziu que dos 132 (cento e trinta e dois) profissionais educadores inscritos para desenvolver as atividades do “Projeto PROPAZ nos Bairros”, apenas 61 (sessenta e um) foram convocados e efetivamente contratados.

Ocorre que o procedimento levado a cabo pela Fundação Propaz não se compatibiliza com o modelo de inexigibilidade de licitação consubstanciado na modalidade de credenciamento, implicando, portanto, em sua ilegalidade.

De plano, podemos firmar que o credenciamento, enquanto hipótese de inexigibilidade de licitação pública, **demand a efetiva contratação de todos os interessados em contratar com a Administração Pública, sem que haja relação de exclusão.**

Ou seja, nas hipóteses em que o interesse público demandar a contratação de todos os possíveis interessados, em igualdade de condições, restará prejudicada a competição e, por conseguinte, não há falar em licitação pública, que, por seu turno, funciona como regramento de disputa

do contrato. Se todos deverão ser contratados, não há o que se disputar, tornando a competição inviável e, por conseguinte, inexigível a licitação.⁵

Em que pese a falta de previsão legal, o instituto do credenciamento é amplamente aceito pela mais abalizada doutrina. Não dos deixa mentir o escólio de Joel Menezes Niebuhr:

*"Cumpre ponderar, desde já, que a hipótese de credenciamento não foi prevista na Lei n.º 8.666/93. Não há qualquer dispositivo que aborde o assunto, regrado suas premissas. Impende reafirmar, por oportuno, que a inexigibilidade não depende de autorização legal, tanto que ocorre em todas as situações de inviabilidade de competição, o que remonta à questão fática. Destarte, a ausência de dispositivos normativos em torno das hipóteses de credenciamento não obsta lhes reconhecer a existência, bem como a inviabilidade de competição, o que acarreta inexigibilidade.".*⁶

De mesmo modo, a jurisprudência pátria, notadamente os repositórios do Tribunal de Contas da União, descortina a viabilidade da utilização do credenciamento como modalidade de inexigibilidade licitatório:

A despeito da ausência de expressa previsão legal do credenciamento dentre os casos de inexigibilidade de licitação previstos na Lei 8.666/1993, nada impede que a instituição contratante lance mão de tal procedimento e

⁵ O credenciamento é hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art. 25 da Lei 8.666/93 (cujos incisos são meramente exemplificativos). Adota-se o credenciamento quando a Administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços. Nessa situação, a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da Administração em restringir o número de contratados. Acórdão 3567/2014 - Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER.

⁶ NIEHBUR, Joel de Menezes. LICITAÇÃO PÚBLICA E CONTRATO ADMINISTRATIVO, Ed. Fórum, 4ª ed, pg. 100.

efetue a contratação direta entre diversos fornecedores previamente cadastrados que satisfaçam os requisitos estabelecidos pela Administração. Para tanto, deve-se demonstrar, fundamentalmente, a inviabilidade de competição, a justificativa do preço e a igualdade de oportunidade a todos os que tiverem interesse em fornecer o bem ou serviço desejados. Acórdão 768/2013 - Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER

Ainda cotejando a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, deparamo-nos com a necessidade de observação dos seguintes para a utilização do sistema de credenciamento⁷:

- a) a contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão;
- b) a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido;
- c) a demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma, cabendo a devida observância das exigências do art. 26 da Lei 8.666/93, principalmente no que concerne à justificativa de preços.

Assim, todos os interessados que atendam aos requisitos do credenciamento devem ser contratados. Como já anteriormente referido e bem analisando os documentos e justificativas apresentados pela Fundação PROPAZ, percebemos que o primeiro e emblemático requisito para a utilização do credenciamento não fora respeitado.

⁷ TCU – Acórdão 351/2010



5ª Procuradoria de Contas

Ora, se dos 132 credenciados, apenas 61 foram efetivamente contratados, podemos afirmar que houve relação de exclusão. O interesse público não estava direcionado a contratar todos os interessados; tanto é assim que mais da metade dos interesses fora preterida pela Administração.

De outra banda, a demanda pelos serviços dos contratados não se dá livremente pelos beneficiários do serviço público, mas sim perfeitamente controlado pela própria administração contratante.

Não há que se aventar, portanto, o afastamento da licitação pública.

Na hipótese, o credenciamento, ao atirar a escolha dos contratados nos braços da álea, afastou a possibilidade de disputa entre os interessados, o que, inevitavelmente, culminaria com a seleção dos mais bem capacitados, melhor atendendo ao interesse público.

A ilegalidade na realização do credenciamento como modalidade de inexigibilidade de licitação é conclusão inarredável.

Como já dito, em regra e por imperativo constitucional, a seleção destes profissionais deveria ocorrer mediante concurso público (art. 37, II, da CF), o que está inviabilizado devido à falta de previsão legislativa para o provimento de cargos de execução finalística.

Todavia, tendo em conta a necessidade temporária de excepcional interesse público na continuidade dos serviços prestados, consubstanciada na contratação dos profissionais educadores, o próprio texto constitucional (art. 37, IX, CF) flexibiliza a regra do concurso público e admite outras formas de contratação, como a Seleção Pública.

A ser realizada em consonância aos princípios da legalidade, moralidade, publicidade e transparência, a seleção pública possui o condão de democratizar as oportunidades e promover o princípio da igualdade jurídica em sua vertente material.

No âmbito do Estado do Pará, a Constituição Estadual, em seu art. 36, prevê a possibilidade de contratação de servidores temporários e o Decreto 1.627/16 disciplina o processo seletivo simplificado para a contratação de servidor temporário.

Por derradeiro, imperioso que se anote estar afastada a hipótese de inexigibilidade de licitação em razão da contratação de serviços artísticos. A exceção à obrigatoriedade de licitar, lançada no inciso III, do art. 25, da Lei 8.666/93, revela uma inviabilidade de competição em razão aplicação de **critério subjetivo** para a avaliação dos licitantes. Nesta espécie de inexigibilidade, **criatividade** orienta a escolha do contratado, o que torna inviável a mensuração da técnica.

“A arte não é ciência, não segue métodos, não é objetiva. Antes disso, a arte é expressão da alma, do espírito, da sentimentalidade, da criatividade, por tudo e em tudo singular. Dessa maneira – é imperativo ressaltar em virtude de ser muito frequente a confusão -, a inexigibilidade para a contratação de serviços artístico não depende da inexistência de outros artistas que também possam prestar o serviço. Aliás, pode e costuma haver vários artistas capazes e habilitados, mas, mesmo assim, inexigível é a licitação pública, em tributo à singularidade da expressão artística”⁸

Bem avaliando a documentação remetida pela Fundação PROPAZ, percebemos que as técnicas empregadas são perfeitamente auferíveis, tanto que, para a sua habilitação, o candidato deve comprovar experiência na área de atuação através de atestados, certidões ou declarações expedidas por entidades públicas e/ou privadas, conforme exigência do item 3.2, do Edital de Credenciamento.

⁸ NIEHBUR, Joel de Menezes. LICITAÇÃO PÚBLICA E CONTRATO ADMINISTRATIVO, Ed. Fórum, 4ª ed, pg. 99.



5ª Procuradoria de Contas

A escolha obedece, portanto, a critérios objetivos pré-definidos, o que afasta qualquer avaliação etérea. Tanto é assim que a entidade lançou mão da modalidade de credenciamento para selecionar os interessados na prestação dos serviços.

Assim e em verdade, por tudo o quanto já até aqui exposto e, notadamente, tendo em vista a premente necessidade de contínua prestação desses serviços, a Fundação PROPАЗ deve realizar Seleção Pública com o fim de triar os mais bem preparados para exercer as funções ofertadas até a efetiva criação dos cargos relacionados ao exercício das atividades-fim e seus respectivos provimentos mediante concurso público.

D. DA NECESSIDADE DE PROVIMENTO LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARS* PARA REALIZAÇÃO DE SELEÇÃO PÚBLICA

Todo órgão com atribuição de julgamento possui, inerentemente à esta função, o poder e o dever de zelar pela efetividade de suas decisões.

É por isso que a Lei Orgânica do TCE/PA fez por prever em seu artigo 88 a possibilidade de provimento cautelares pelo Tribunal.

Regulamentando o poder-dever da Corte em expedir medidas cautelares, assim previu o Regimento Interno do TCE:

Art. 251. O Tribunal, no curso de qualquer apuração, determinará medidas cautelares sempre que existirem fundamentos e provas suficientes, nos casos de:

- I - receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio;
- II - risco de ineficácia da decisão de mérito;
- III - inviabilização ou impossibilidade da reparação do dano.

O MPC tem indiscutível legitimidade para requerer provimento cautelar:



5ª Procuradoria de Contas

Art. 253. São legitimados para requerer medida cautelar:

I - o Relator;

II - o Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal.

§ 1º A iniciativa da hipótese prevista no inciso I poderá ser mediante proposta da unidade técnica ou de equipe de fiscalização.

§ 2º Na ausência ou inexistência de Relator, compete ao Presidente do Tribunal a adoção de medidas cautelares urgentes.

Mais à frente o Regimento traz exemplos de medidas cautelares passíveis de deferimento:

Art. 252. São medidas cautelares aplicadas pelo Tribunal:

I - recomendação à autoridade superior competente do afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao erário ou inviabilizar o seu ressarcimento;

II - indisponibilidade, por prazo não superior a um ano, de bens em quantidade suficiente para garantir o ressarcimento dos danos em apuração;

III - sustação de ato impugnado ou de procedimento, até que se decida sobre o mérito da questão suscitada.

Parágrafo único. Será solidariamente responsável a autoridade superior competente que, no prazo fixado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista neste artigo.

De fato, não se pode entender como exaustivo o rol de medidas cautelares previstas no artigo 252 do Regimento Interno, haja vista ser atribuído aos Tribunais de Contas, na dicção do STF, verdadeiro **poder geral de cautela**, de modo a preservar a efetividade de suas decisões corretivas e/ou punitivas.

Tal conclusão fora sacramentada pelo **Pleno** do STF, em processo cuja ementa é a seguir transcrita:

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE



5ª Procuradoria de Contas

INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, **possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões**). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem. (MS 24510, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004 PP-00018 EMENT VOL-02144-02 PP-00491 RTJ VOL-00191-03 PP-00956)

No bojo do acórdão, os Ministros do STF concordaram quase à unanimidade com a premissa lançada pelo Ministro Celso de Mello:

“o poder cautelar também compõe a esfera de atribuições constitucionais do Tribunal de Contas, pois se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Alta Corte, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República. Isso significa que a atribuição de poderes explícitos ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público”

A atribuição de um poder geral de cautela tem como consequência a admissão de medidas cautelares atípicas, isto é, qualquer medida outra que, embora não prevista expressamente na lei, mas que seja apta para sanar a lesão ao erário e resguardar a jurisdição da Corte de Contas pode ser deferida pelo TCE.

Pois bem.

No caso em estudo, mostra-se imperioso o deferimento de medida cautelar que determine à Fundação PROPAZ a realização de Seleção Pública para contratação, em caráter temporário, de profissionais arte educadores para a realização do programa Propaz nos Bairros, em vez do manejo do credenciamento.

O pleito cautelar deve ser coercitivo, com imposição de multa para ao dirigente da entidade, caso deixe de obedecer à determinação expedida por este TCE. Outrossim, a referida medida cautelar manterá eficácia até o julgamento final desta representação, nos termos do previsto no art. 252, III, do Regimento Interno.

III. DOS PEDIDOS.

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas do Estado do Pará vem, com suporte na fundamentação jurídica ora expedida, requerer:

- a) o recebimento e o processamento da presente Representação, **dando-lhe trâmite de urgência**, haja vista o previsto no art. 42, VIII, do Regimento Interno;
- b) o deferimento de medida cautelar *inaudita altera pars* para que **expeça determinação à Fundação PROPAZ para que promova Seleção Pública na escolha dos profissionais arte educadores atuantes no Projeto Propaz nos Bairros, deixando-se de valer do credenciamento, posto que inapropriado;**



5ª Procuradoria de Contas

- c) a realização de inspeção, nos termos do art. 83 do Regimento Interno da Corte, para se apurar os fatos aqui narrados, com especial enfoque nas atividades promovidas pelos profissionais contratados, relacionando-as com a atividade fim da autarquia, bem como analisando a presença dos requisitos autorizadores da contratação;
- d) o assinalamento de prazo à Fundação PROPAZ para que proceda aos levantamentos necessários a fim de subsidiar a elaboração de projeto de lei, que crie os cargos necessários à execução das atividades finalísticas da entidade, encaminhando-o ao Governador do Estado para que, no cumprimento do art. 105, II, a, da Constituição Estadual, apresente à Assembleia Legislativa para deliberação,
- e) após a criação dos cargos necessários, a imposição de prazo para promoção do devido concurso público;
- f) o monitoramento de todas as determinações cá encetadas;
- g) ao fim, a procedência definitiva da presente Representação, confirmando os termos das medidas cautelares aqui requeridas.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento.

Belém, 14 de março de 2017.

PATRICK BEZERRA MESQUITA
Procurador de Contas