

ACÓRDÃO Nº 080462/2023-PLEN

1 PROCESSO: 202621-2/2023

2 NATUREZA: REPRESENTAÇÃO

3 INTERESSADO: SGE-SECRETARIA GERAL DE CONTROLE EXTERNO, 1ª CAP - COORD AUD ADMISSAO GESTAO PESSO

4 UNIDADE: PREFEITURA MUNICIPAL DE DUQUE DE CAXIAS

5 RELATOR: MARCIO HENRIQUE CRUZ PACHECO

6 REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Sem manifestação do MPC

7 ÓRGÃO DECISÓRIO: PLENÁRIO

8 ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **REPRESENTAÇÃO**, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em sessão do **PLENÁRIO**, por unanimidade, por **CONFIRMAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA** com **PROCEDÊNCIA**, **COMUNICAÇÃO**, **DETERMINAÇÃO** e **ARQUIVAMENTO**, nos exatos termos do voto do Relator.

9 ATA Nº: 18

10 QUÓRUM:

Conselheiros presentes: Rodrigo Melo do Nascimento, Marianna Montebello Willemann, Domingos Inácio Brazão e Marcio Henrique Cruz Pacheco

Conselheiros-Substitutos presentes: Andrea Siqueira Martins, Marcelo Verdini Maia e Christiano Lacerda Ghuerren

11 DATA DA SESSÃO: 7 de Junho de 2023

Marcio Henrique Cruz Pacheco

Relator

Rodrigo Melo do Nascimento

Presidente

Fui presente,

Henrique Cunha de Lima

Procurador-Geral de Contas

PROCESSO: TCE-RJ Nº 202.621-2/23

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE DUQUE DE CAXIAS

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO

INTERESSADO: SECRETARIA GERAL DE CONTROLE EXTERNO - SGE

TEMA: EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 001/23

EMENTA. REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELO SECRETÁRIO-GERAL DE CONTROLE EXTERNO. PREFEITURA MUNICIPAL DE DUQUE DE CAXIAS. EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 001/23. BURLA AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO IRREGULAR. CERTAME SUSPENSO POR TUTELA PROVISÓRIA. CONFIRMAÇÃO DA TUTELA. PROCEDÊNCIA. COMUNICAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

Trata-se de **REPRESENTAÇÃO** deflagrada pelo Secretário-Geral de Controle Externo, com pedido de **TUTELA PROVISÓRIA** em face da **PREFEITURA MUNICIPAL DE DUQUE DE CAXIAS**, com fundamento no artigo 84-A, do RITCERJ, o qual, subsidiado em instrução da Coordenadoria de Auditoria em Admissão e Gestão de Pessoal - **1ª CAP**, narra possível irregularidade concernente à terceirização consubstanciada pelo Edital de Pregão Eletrônico nº 001/2023.

O objeto do certame é a contratação de empresa para prestação de serviços técnicos de enfermagem e técnico de enfermagem socorrista, em atendimento às necessidades da Secretaria Municipal de Saúde do Município de Duque de Caxias, cujo valor estimado é de R\$ 201.399.971,04, para a quantidade 3.713.760 horas, com prazo de vigência inicial de 12 (doze) meses, com data de realização inicialmente prevista para o dia 30.01.23, conforme quadro detalhado por função, a seguir:

FUNÇÃO	HORAS/MÊS	HORAS/ANO
TÉCNICO DE ENFERMAGEM DIARISTA – 44 HS	50.600	607.200
TÉCNICO DE ENFERMAGEM 12X36 DIURNO	88.200	1.058.400
TÉCNICO DE ENFERMAGEM 12X36 NOTURNO	54.000	648.000
COORDENADOR TÉCNICO DE ENFERMAGEM DIARISTA – 44 HS	41.800	501.600
TÉCNICO DE ENFERMAGEM SOCORRISTA 24X96 HS	74.880	898.560

Inicialmente, em Decisão Monocrática de 27.01.23 (peça 8), concedi a tutela provisória, a fim de que o jurisdicionado suspendesse o procedimento licitatório, nos seguintes termos:

DECIDO:

I. Pelo **CONHECIMENTO** desta Representação, uma vez preenchidos os requisitos de legitimidade, nos termos do artigo 9º, inciso V, da Deliberação TCE-RJ nº 266/16;

II. Pelo **DEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA** pleiteada, determinando-se ao Jurisdicionado a imediata suspensão do Edital de Pregão Eletrônico nº 001/23, no estado em que se encontra, abstendo-se de praticar quaisquer atos tendentes a adjudicar o objeto, homologar o resultado ou celebrar o contrato, sob pena de aplicação de multa inicial equivalente a 10.000 UFIR-RJ em caso de descumprimento da medida determinada, sem prejuízo da aplicação de outras sanções legais, inclusive caso venha a ser apurada irregularidade na contratação;

III. Por **COMUNICAÇÃO PESSOAL a ser efetivada por Técnico de Notificações**, ao atual Secretário Municipal de Saúde, o Sr. Daniel Carvalho Puertas de Souza, com fulcro no artigo 84-A, parágrafo 4º e na forma do § 1º, do artigo 26 do Regimento Interno do TCE-RJ, para que atenda aos termos do **DEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA (Item II)**, bem como, no prazo de 15 (quinze) dias:

III.1. Comprove a suspensão do procedimento licitatório objeto do Pregão Eletrônico nº 001/23;

III.2. Manifeste-se quanto a todos os aspectos impugnados, desde logo oportunizado ao responsável o envio de todos os elementos necessários à comprovação da adequação do procedimento licitatório ao regramento atinente à matéria, inclusive e em especial, a legislação pertinente aos cargos em comento, atribuições, quantidade de cargos providos e vagos, bem como acerca da eventual existência de procedimento destinado à realização de concurso público.

IV. Pela **COMUNICAÇÃO** ao Prefeito Municipal de Duque de Caxias, a fim de que tome ciência da decisão desta Corte;

V. Pela **COMUNICAÇÃO** ao titular do Órgão Central de Controle Interno da Prefeitura de Duque de Caxias, para que acompanhe o cumprimento da presente decisão e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária, de acordo com o art. 53, inciso IV e art. 55 da Lei Complementar nº 63/90;

VI. Pelo **ENCAMINHAMENTO** à i. Secretaria-Geral de Controle Externo deste Tribunal, com vistas à sua distribuição à Coordenadoria competente, para que, findo o prazo, com ou sem resposta do jurisdicionado, analise a representação, quanto ao mérito, com posterior remessa ao d. Ministério Público de Contas, nos termos do art. 84-A, § 7º, do Regimento Interno do TCE-RJ.

A decisão foi levada ao conhecimento das autoridades do Município de Duque de Caxias, tendo sido apresentadas respostas, conforme se depreende do exame do quadro a seguir:

Ofício PRS/SSE/CGC nº	Responsável	Resposta (Doc. TCE-RJ nº)
1098/2023	DANIEL CARVALHO PUERTAS DE SOUZA Secretário Municipal de Saúde	3685-9/2023
1099/2023	WILSON MIGUEL DOS REIS Prefeito Municipal	Comunicação para ciência
1101/2023	FABRICIO ABILIO DUARTE DE MOURA Secretário Municipal de Controle Interno	2438-7/2023

Ato contínuo, os autos foram submetidos à reanálise da Coordenadoria de Auditoria em Admissão e Gestão de Pessoal - 1ª CAP, por meio da manifestação técnica datada de 06.03.23 (peça 27), oportunidade na qual sugeriu a adoção das medidas de confirmação da tutela provisória, procedência da representação, comunicação e arquivamento, nos precisos termos conclusivos, ora *in verbis*:

I - A CONFIRMAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA concedida na decisão monocrática de 27/01/23, considerando exauridos os seus efeitos, em razão da sugestão pela procedência quanto ao mérito;

II - A PROCEDÊNCIA da representação, em virtude dos fundamentos expostos;

III - A COMUNICAÇÃO ao atual Secretário Municipal de Saúde, com fulcro no § 1º do artigo 26 do Regimento Interno do TCE-RJ, para que tome ciência da decisão, bem como para que adote as seguintes **DETERMINAÇÕES**, alertando-o de que o não atendimento às decisões plenárias desta Corte torna seus responsáveis passíveis de aplicação de multa, não sendo necessária a comprovação do cumprimento das medidas neste processo, as quais poderão ser objeto de verificação em futuras auditorias:

III.1. Proceda à anulação do Edital de Pregão Eletrônico nº 001/23, da Prefeitura Municipal de Duque de Caxias;

III.2. Caso opte pela contratação por prazo determinado, prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, atente para as premissas determinadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral no tema nº 612¹;

III.3. Proceda, junto ao Chefe do Poder Executivo e tão logo seja possível, aos trâmites necessários à realização de concurso público, a fim de suprir a carência dos profissionais de saúde cujos cargos seriam objeto de terceirização irregular;

IV. A COMUNICAÇÃO ao Prefeito Municipal de Duque de Caxias, a fim de que tome ciência da decisão desta Corte;

¹ Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: (a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; (b) o prazo de contratação seja predeterminado; (c) a necessidade seja temporária; (d) o interesse público seja excepcional; (e) a contratação deve ser indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração.

V. A COMUNICAÇÃO ao titular do Órgão Central de Controle Interno da Prefeitura de Duque de Caxias, para que acompanhe o cumprimento da presente decisão e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária, de acordo com o art. 53, inciso IV e art. 55 da Lei Complementar nº 63/90;

VI. O ARQUIVAMENTO do presente feito.

Instado a se manifestar, o Ministério Público de Contas concordou com as medidas preconizadas pelo Corpo Técnico, nos termos do parecer exarado pelo Procurador-Geral de Contas, Sr. Henrique Cunha de Lima, datado de 07.03.23, consoante a fundamentação transcrita *ipsis litteris* a seguir (peça 30):

Os autos estão a revelar a irregularidade na contratação sobre a qual incide a representação em exame, ante a existência de cargo efetivo na estrutura da administração municipal para o desempenho das funções que se pretende terceirizar, não sendo correta a opção escolhida para suprir a alegada carência de profissionais de saúde no quadro efetivo para atender à demanda, pois se caracteriza como verdadeira burla ao concurso público, sendo certo que a atividade-fim do órgão público não pode ser terceirizada.

Nesse diapasão, a anulação do respectivo procedimento licitatório se faz premente, em razão da irregularidade destacada pela 1ª CAP, a saber, “terceirização da contratação de mão de obra para executar atividades de caráter permanente, de atribuição do cargo de técnico de enfermagem, constituindo-se burla ao concurso público, contrariando o que dispõe o art. 37, II, da Constituição Federal”.

Pelo exposto, o Ministério Público de Contas corrobora o encaminhamento proposto pela instância instrutiva, nos termos transcritos no relatório supra.

Por fim, em 08.03.23, os autos retornaram a este Gabinete para o exame meritório do feito.

Eis o Relatório.

De início, observo que duas respostas foram apresentadas pelos responsáveis dos **itens III e V do decisum monocrático de 27.01.23**, conforme já destacado no quadro constante desta decisão, pelo que as analisarei de *per si*, a fim de tornar a matéria mais clara e didática possível.²

² O Sr. Wilson Miguel dos Reis, Prefeito Municipal de Duque de Caxias, foi comunicado para tomar ciência da decisão monocrática de 27.01.23, nos termos do item IV, o que ocorreu por meio do Ofício PRS/SSE/CGC nº 1099/2023.

Todavia, ressalto que inverterei a ordem de análise dos itens decisórios **III e V**, na medida em que o item **V** traz apenas questão concernente à incompetência da pessoa comunicada, enquanto o item **III** se traduz em verdadeira análise de mérito.

Ofício PRS/SSE/CGC nº 1101/2023 / Doc. TCE-RJ nº 2.438-7/23

Responsável: Fabrício Abílio Duarte de Moura - Secretário Municipal de Controle Interno

No **item V** da Decisão Monocrática de 27.01.23, determinei que o Sr. Fabrício Abílio Duarte de Moura, na qualidade de responsável pela Secretaria de Controle Interno da Prefeitura de Duque de Caxias, acompanhasse o cumprimento do *decisum*, sob pena de responsabilidade solidária.

Todavia, em sua resposta comprovou não ser mais o responsável pela pasta, tendo trazido aos autos a Portaria nº 056/GP/2023 (PDF #3599302), contendo sua exoneração a contar de 15.01.23.

Ademais, na oportunidade, o comunicado informou que o atual Secretário de Controle Interno seria o Sr. Ademar Hiunes Borges Júnior.

Neste contexto, a **1ª CAP** ao reexaminar o caso sugeriu, em sua instrução datada de 06.03.23, o aperfeiçoamento da comunicação destinada ao responsável pelo Controle Interno da Prefeitura de Duque de Caxias, a fim de que o atual titular tomasse ciência do caso e passasse a acompanhar o cumprimento das medidas decididas por esta Corte.

Sendo assim, concordo com a sugestão técnica apresentada. Todavia, com o acréscimo dos comandos dos artigos 53, inciso IV e 55, ambos da Lei Complementar nº 63/90, alertando o titular sobre a aplicação da responsabilidade solidária, no caso de eventual descumprimento do *decisum*, em item a ser consignado na parte dispositiva desta decisão.

Ofício PRS/SSE/CGC nº 1098/2023 / Documento TCE-RJ nº 3685-9/20233
Responsável: Daniel Carvalho Puertas de Souza - Secretário Municipal de Saúde

Neste tocante, ressalto que determinei no **item III** da Decisão Monocrática de 27.01.23, a comunicação pessoal do Secretário Municipal de Saúde, o Sr. Daniel Carvalho Puertas de Souza, para que tomasse ciência do deferimento da tutela provisória, bem como atendesse os **subitens III.1 e III.2**, que serão ora analisados:

III.1 Comprove a suspensão do procedimento licitatório objeto do Pregão Eletrônico nº 001/23

Neste aspecto, considero o item atendido, já que o responsável juntou aos autos o Ofício nº 0024/SMS/2023 (Protocolo Eletrônico #3640505), no qual comprova ter solicitado à equipe de pregão a suspensão do Pregão Eletrônico nº 001/2023.

No mais, destaco a observação da **1ª CAP** constante da manifestação técnica de 06.03.23, que conferiu a adoção da medida suspensiva, em consulta ao Portal da Transparência da Prefeitura de Duque de Caxias⁴, cuja informação foi por mim checada na presente data, conforme *print* abaixo:

Processo	Modalidade	Nº Ref.	Origem	Objeto	Certame	Resultado	Anexo Dispensa	Ata de Registro	Ata Arquivo
014/000048/2022	PREGÃO ELETRÔNICO	PE Nº001/2023	SAÚDE	CONTRATAÇÃO DE EMPRESA/Pessoa Jurídica para prestação de serviços técnicos de enfermagem em atendimento às necessidades da Secretaria Municipal de Saúde do Município de Duque de Caxias, conforme especificações e quantidades estabelecidas no termo de referência, edital e seus anexos.	SUSPENSÃO MEDIANTE SOLICITAÇÃO DA SMS				

³ O responsável fez referência, de forma equivocada, ao Ofício PRS/SSE/CGC 1099/2023, que, na verdade, foi remetido ao Prefeito, já que o Ofício PRS/SSE/CGC 1098/2023 é que lhe fora dirigido. Em consequência, a CPR em sua manifestação de 01.03.23 se equivocou ao informar a não apresentação de resposta em face deste Ofício PRS/SSE/CGC nº 1098/23, quando na verdade o expediente que não teve resposta foi o Ofício PRS/SSE/CGC 1099/2023, dirigido ao Prefeito de Duque de Caxias para que tomasse ciência da decisão.

⁴ <https://transparencia.duquedecaxias.rj.gov.br/licitacoes.php>

III.2 Manifeste-se quanto a todos os aspectos impugnados, desde logo oportunizado ao responsável o envio de todos os elementos necessários à comprovação da adequação do procedimento licitatório ao regramento atinente à matéria, inclusive e em especial, a legislação pertinente aos cargos em comento, atribuições, quantidade de cargos providos e vagos, bem como acerca da eventual existência de procedimento destinado à realização de concurso público

Em resposta, o responsável anexou os seguintes documentos:

- Lei nº 2.868/17, que alterou a Lei nº 1.443/99, estabelecendo os profissionais cujas atividades foram inseridas no contexto de Pessoal Médico e Paramédico (art. 2º, § 1º, inciso III – Enfermeiro) e Pessoal de Apoio (art. 2º, § 2º, inciso I - Técnico de Enfermagem e inciso V - Auxiliar de Enfermagem) – Protocolo Eletrônico #3640503;
- Lei nº 1.608/01, que criou vagas para ingresso em várias carreiras, dentre elas: Enfermeiro – 30 (trinta) vagas e Técnico de Enfermagem, Classe C – 30 (trinta) vagas - Protocolo Eletrônico #3640503;
- Lei nº 1.796/04, que criou 80 (oitenta) vagas de Enfermeiro e 100 (cem) vagas de Técnico de Enfermagem - Protocolo Eletrônico #3640503;
- Memorando nº 000044/DAGP/SMSDC/2023 – Tabela do quadro de servidores estatutários nas funções de técnico de enfermagem e enfermeiros no período de 2008 até 2022, em resposta ao Memorando nº 43/2023-GAB/SMS (Protocolo Eletrônico #3640504):

ENFERMEIROS ATIVOS – 328
ENFERMEIROS DESLIGADOS POR RECISÃO: 75
ENFERMEIROS FALECIDOS: 08
ENFERMEIROS APOSENTADOS: 37

TÉCNICOS DE ENFERMAGEM ATIVOS: 342
TÉCNICOS DE ENFERMAGEM DESLIGADOS POR RECISÃO: 77
TÉCNICOS DE ENFERMAGEM FALECIDOS: 17
TÉCNICOS DE ENFERMAGEM APOSENTADOS: 142

- Ofício nº 443/GAB-SMSDC/2023, subscrito pelo responsável com esclarecimentos e em resposta ao item III da decisão monocrática de 27.01.23 (Protocolo Eletrônico #3640506).

Da análise deste Ofício, destaco os seguintes pontos:

1. Suspensão do Pregão Eletrônico nº 001/23;
2. O responsável justificou a necessidade da contratação por terceirização em virtude da ampliação da rede municipal de saúde, que demandou um aumento de profissionais e que esta opção teria se revelado a alternativa mais célere e vantajosa encontrada pela Administração;
3. O titular defende a maior flexibilidade na gestão de seus recursos humanos, de modo a passar ao prestador de serviços o gerenciamento da mão-de-obra, permitindo a contratação e rescisão de contratos de acordo com o interesse público, notadamente, nos casos em que a gestão de determinadas unidades de saúde possui caráter temporário;
4. Competiria à administração o controle e fiscalização do contrato, garantindo a qualidade e eficiência, evitando dano ao erário;
5. A ausência do concurso público está justificada no fato de que a administração enfrentaria alguns desafios, **uma vez que envolveria maiores gastos com contratação de empresa organizadora do certame**, além da divulgação, aplicação de provas, correção e demais despesas, o que envolveria uma série de etapas e procedimentos que poderiam aumentar a complexidade do processo, tornando-o ainda mais moroso;
6. A opção pela terceirização não se caracterizaria em meio de contornar a obrigatoriedade da realização de concurso público, todavia, buscar-se-ia atender os critérios objetivos e a necessidade imediata de ampliar o quadro de profissionais de saúde em atendimento aos usuários, facilitando o acesso e garantindo a universalidade dos serviços do Sistema Único de Saúde.
7. As atribuições dos cargos constam do Termo de Referência; e,
8. As legislações anexadas (Memorando nº 000044/DAGP/2023) atestam o quantitativo de cargos efetivos e vagos das funções requisitadas.

No que tange ao quantitativo de cargos providos e vagos de técnico de enfermagem, o responsável limitou-se a comunicar que há 342 cargos ativos (Protocolo Eletrônico #3640504) e, apesar de não ter mencionado o número de cargos efetivos vagos, cita o afastamento de 236 profissionais da área, pelos seguintes motivos: desligados por rescisão (77), falecidos (17) e aposentados (142).

Aparentemente, o responsável engloba numa mesma situação servidores técnicos de enfermagem efetivos e contratados, haja vista a natureza das “*vagas em aberto – desligados por rescisão*”.

Ademais, depreendo o fato de haver mais cargos providos do que a quantidade criada pelas leis que foram trazidas em anexo (total de 130 cargos efetivos de técnico de enfermagem), o que me permite inferir que pode haver outras leis que versem sobre a criação desse cargo, além das que foram juntadas aos autos.

Neste aspecto, ressalto que o Corpo Técnico, ao pesquisar o sítio eletrônico da Prefeitura e da Câmara Municipal, não encontrou outros dispositivos legais sobre o tema, pelo que não foi possível mensurar a quantidade de cargos vagos a serem providos por concurso público, dado esse não trazido pelo jurisdicionado de forma precisa.

D’outro turno, o comunicado não trouxe aos autos a legislação que definiu as atribuições dos cargos efetivos de técnico de enfermagem, conforme determinado no decisório de 27.01.23. Ele apenas faz referência às atribuições relacionadas no Termo de Referência (TR), dos cargos a serem terceirizados, as quais trago a seguir:

<p>Desempenham atividades técnicas de enfermagem em empresas públicas e privadas como: hospitais, clínicas e outros estabelecimentos de assistência médica, embarcações e domicílios; atuam em cirurgia, terapia, puericultura, pediatria, psiquiatria, obstetrícia, saúde ocupacional e outras áreas. Prestam assistência ao paciente zelando pelo seu conforto e bem estar, administram medicamentos e desempenham tarefas de instrumentação cirúrgica, posicionando de forma adequada o paciente e o instrumental. Organizam ambiente de trabalho e dão continuidade aos plantões. Trabalham em conformidade às boas práticas, normas e procedimentos de biossegurança. Realizam registros e elaboram relatórios técnicos. Desempenham atividades e realizam ações para promoção da saúde da família.</p>	<p>É um profissional da área da saúde devidamente treinado e capacitado para o atendimento pré-hospitalar, prestar os primeiros socorros e resgate de vítimas de acidente ou mal súbito, controlando o local do acidente para permitir a chegada dos profissionais no local da ocorrência e realiza transporte de pacientes em ambulância. O atendimento de primeiros socorros é muito importante para evitar complicações para a saúde ou até mesmo o falecimento da vítima. Presta primeiro socorro e resgate de vítimas, controla locais de acidentes para permitir a chegada dos profissionais no local da ocorrência e realiza transporte de pacientes em ambulância. Os trabalhadores em serviços de promoção e apoio à saúde, visitam domicílios periodicamente; orientam a comunidade para promoção da saúde; assistem pacientes, dispensando-lhes cuidados simples de saúde, sob orientação e supervisão de profissionais da saúde; rastreiam focos de doenças específicas; realizam partos; promovem educação sanitária e ambiental; participam de campanhas preventivas; incentivam atividades comunitárias; promovem comunicação entre unidade de saúde, autoridades e comunidade; realizam manutenção dos sistemas de abastecimento de água; executam tarefas administrativas; verificam a cinemática da cena da emergência; socorrem as vítimas e realizam ações de controle de endemias.</p>
<p>Técnico de enfermagem</p>	<p>Técnico de enfermagem socorrista</p>

Outrossim, em consulta ao Portal BI – Painel AudFopag desta Corte, o Corpo Técnico detectou que o jurisdicionado apresentava, no mês de novembro de 2022, 345 cargos de “*técnicos de enfermagem – classe C*” providos por servidores efetivos e oito cargos de “*técnicos de enfermagem – PSS*” ocupados por servidores contratados por prazo determinado.

No mais, apesar de não terem sido localizadas as atribuições dos cargos efetivos, as funções de técnicos de enfermagem provavelmente não diferem muito entre si, em virtude da natureza da função. Neste momento, é oportuno transcrever aos autos excerto da justificativa contida no Termo de Referência (fl. 29):

Os serviços, objeto deste projeto, são indispensável (sic) ao correto andamento e desenvolvimento das atividades inerentes à realização da saúde de atenção primária, de média e alta complexidade, além do atendimento de emergência e urgência na Rede Municipal de Saúde de Duque de Caxias.

Atente-se que há funções/cargos com atribuições similares às ora componentes deste procedimento administrativo, mas estas encontram-se com quadros reduzidos, insuficientes para prestação a contento dos serviços demandados para auxiliar na promoção dos deveres institucionais desta SMSDC. Ademais, não há concursados aprovados e classificados para estas funções. (grifo nosso).

Neste sentido, o responsável justificou a necessidade da contratação por terceirização em virtude da ampliação da rede municipal de saúde, que demandou um aumento de profissionais e que esta opção teria se revelado a alternativa mais célere e vantajosa encontrada pela Administração.

Ademais, pauta sua justificativa no fato de que enquanto gestor público, com a pretensa terceirização passaria a ter maior flexibilidade na gestão de seus recursos humanos, pelo que lhe competiria apenas o controle e fiscalização do contrato.

Desta forma, o gestor alega que com essas medidas aumentaria a qualidade e eficiência dos serviços prestados, evitando dano ao erário.

Neste momento, faz-se mister revisitar o estudo do instituto da terceirização e sua evolução, a fim de elucidar a matéria de mérito em exame, na busca de um melhor entendimento a ser adotado no caso ora *sub judice*.

O tema central da controvérsia já foi abordado por diversas vezes por este Tribunal, pelo que trago à lume o voto paradigma proferido pela Conselheira Relatora Marianna M. Willeman, em sessão de 01.03.18, nos autos do Processo TCE-RJ 219.978-9/17, que sintetizou de forma esclarecedora os principais conceitos sobre a matéria:

Pois bem. **A terceirização no âmbito da administração estatal não é proibida**, porém deve respeitar requisitos. Incumbe à doutrina e jurisprudência – à falta de critério legal – a tarefa de delinear as hipóteses em que a transferência à iniciativa privada é possível, bem como os pressupostos para tanto.

No Direito Administrativo⁶ a matéria, embora não seja nova, tendo em vista a previsão no Decreto-Lei nº 200/67², demorou para ser estudada com profundidade, tendo demandado maior atenção apenas após o período de privatizações iniciado com o Programa Nacional de Desestatização³.

O Tribunal de Contas da União admite a **terceirização das atividades-meio**⁴:

“A verdadeira terceirização é a contratação de serviços e não locação de trabalhadores. Quando uma empresa terceiriza um serviço, sempre uma atividade meio, ela contrata outra empresa para realizar aquela atividade, por sua conta e risco, interessando à empresa tomadora do serviço o resultado, o produto, a tempo e modo, independente de quais ou quantos funcionários a empresa contratada empregou. Com a locação de mão-de-obra sucede exatamente o contrário. A contratante solicita que se coloque à sua disposição, no lugar que indica, número certo de empregados, que podem ou não ser aceitos e que desenvolverão, sob supervisão do contratante, as atividades que determinar. Trata-se de fraude à legislação trabalhista, nada mais que isso.”

Acrescentando – a jurisprudência do TCU – o requisito de **não existirem atribuições semelhantes no plano de cargos e salários** da entidade tomadora dos serviços.

“9.2.2 as **atividades de apoio** ao acompanhamento e à análise das referidas prestações de contas podem ser objeto de terceirização quando forem, **nitidamente, acessórias ou instrumentais** e não requererem qualquer juízo de valor acerca das contas, **além de não estarem abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade**, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratarem de atribuições de cargo extinto, total ou parcialmente, nos termos do art. 1º, *caput* e § 2º, do Decreto nº 2.271/1997 e dos arts. 6º, 7º, § 2º, 8º e 9º da Instrução Normativa SLTI/MP nº 2/2008.”

Assim sendo, em resumo, tanto na legislação federal quanto na jurisprudência do Tribunal de Contas da União temos **dois limites à terceirização na Administração Pública**: i) atividade-fim do órgão ou entidade não pode ser terceirizada; e ii) funções típicas de servidores públicos, conforme previsto em plano de cargos e salários, tampouco poderão ser transferidas à iniciativa privada.

Em sentido semelhante, esta Corte de Contas aprovou a **Deliberação nº 178/94** que admite, no âmbito da administração pública, a terceirização, atendidos alguns requisitos, como sua restrição às atividades meio. Confira-se:

“Art. 1º - É vedada a contratação de servidores de qualquer especialização ou profissão, por intermédio de interposta pessoa.

Art. 2º - **É admitida a terceirização no âmbito da Administração Pública** Estadual ou Municipal, nelas incluídas a Administração Direta, Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, Fundações e as Sociedades Anônimas sob controle direto ou indireto do Estado do Rio de Janeiro ou de seus Municípios.

Art. 3º - Entende-se por **terceirização a contratação de pessoa jurídica de direito público ou privado, objetivando a prestação de serviços vinculados exclusivamente à atividade-meio** do contratante, de acordo com o disposto no Enunciado nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho - TST, e precedida de licitação.

[...]

Art. 5º - É nula a contratação em que for constatada relação de pessoalidade ou subordinação direta entre o contratante e pessoa física empregada pela contratada, sendo também inadmissível a concessão direta ou indireta a empregado da contratada, de vantagens e/ou benefícios estatutários ou trabalhistas auferidos pelos servidores da contratante.”

Além de tais limites, é comum na doutrina a restrição à transferência de atividade inerente à **categoria constitucionalmente regulamentada**¹², bem como a vedação do trespasse de **função inerente ao Estado**⁸, em outras palavras, não pode o poder público delegar parcela de seu poder de império.

Flávio Amaral Garcia, por exemplo, sugere novos *standards* para a aferição da regularidade da terceirização: (i) **impossibilidade quanto a atividades administrativas que envolvam poder de império estatal**; (ii) **impossibilidade quanto a atividades atribuídas a carreiras com assento constitucional**; e, quanto às demais atividades, passíveis, pois, de terceirização: (iii) necessidade de realização de estudo técnico que demonstre que a terceirização é a forma mais eficiente de prestar o serviço, bem como (iv) impossibilidade de coexistência entre servidores efetivos e terceirizados¹⁴.

Em outras palavras, é indispensável que a contratação observe os seguintes parâmetros: execução de **serviço** específico, delimitado e predeterminado; prazo determinado para execução; inexistência de hierarquia e subordinação entre o contratante e o contratado; atuação de mão de obra especializada; execução de serviços que não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade contratante, ou que envolvam atividades de natureza indelegável; realização de estudos e justificativas técnicas que demonstrem a necessidade do serviço e a eficiência da medida, no tocante ao melhor alcance do interesse público. (grifo do autor).

Ademais, o Decreto Federal 9.507/18, que revogou o Decreto 2.271/97, que dispõe sobre a execução indireta de serviços no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, em seu artigo 3º, apontava as vedações à terceirização:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.

Outrossim, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão editou a Instrução Normativa nº 5/17⁵, a qual buscou aperfeiçoar a governança e a gestão das contratações realizadas pela Administração Pública Federal, merecendo destaque à constatação de existência de disfunções na atual metodologia para contratação de serviços. Senão, veja-se:

Instrução Normativa nº 05/2017

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

[...]

Seção II

Das Características da Terceirização de Serviços

Art. 3º O objeto da licitação será definido como prestação de serviços, sendo vedada a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra.

Art. 4º A prestação de serviços de que trata esta Instrução Normativa não gera vínculo empregatício entre os empregados da contratada e a Administração, vedando-se qualquer relação entre estes que caracterize pessoalidade e subordinação direta.

Art. 5º É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, a exemplo de:

I - possibilitar ou dar causa a atos de subordinação, vinculação hierárquica, prestação de contas, aplicação de sanção e supervisão direta sobre os empregados da contratada;

⁵ A Instrução Normativa nº 5/2017 foi precedida por diversas determinações e recomendações do TCU, a exemplo do Acórdão 2.622/2015-TCU-Plenário.

II - exercer o poder de mando sobre os empregados da contratada, devendo reportar-se somente aos prepostos ou responsáveis por ela indicados, exceto quando o objeto da contratação prever a notificação direta para a execução das tarefas previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, tais como nos serviços de recepção, apoio administrativo ou ao usuário;

III - direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas;

IV - promover ou aceitar o desvio de funções dos trabalhadores da contratada, mediante a utilização destes em atividades distintas daquelas previstas no objeto da contratação e em relação à função específica para a qual o trabalhador foi contratado;

V - considerar os trabalhadores da contratada como colaboradores eventuais do próprio órgão ou entidade responsável pela contratação, especialmente para efeito de concessão de diárias e passagens;

VI - definir o valor da remuneração dos trabalhadores da empresa contratada para prestar os serviços, salvo nos casos específicos em que se necessitam de profissionais com habilitação/experiência superior à daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria, desde que justificadamente; e

VII - conceder aos trabalhadores da contratada direitos típicos de servidores públicos, tais como recesso, ponto facultativo, dentre outros.

[...]

Seção III

Dos Serviços Passíveis de Execução Indireta

Art. 7º Nos termos da legislação, serão objeto de execução indireta as atividades previstas em Decreto que regulamenta a matéria.

§ 1º A Administração poderá contratar, mediante terceirização, as atividades dos cargos extintos ou em extinção, tais como os elencados na Lei nº 9.632, de 7 de maio de 1998.

§ 2º As funções elencadas nas contratações de prestação de serviços deverão observar a nomenclatura estabelecida na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), do Ministério do Trabalho, ou outra que vier a substituí-la.

Art. 8º Poderá ser admitida a contratação de serviço de apoio administrativo, considerando o disposto no inciso IV do art. 9º desta Instrução Normativa, com a descrição no contrato de prestação de serviços para cada função específica das tarefas principais e essenciais a serem executadas, admitindo-se pela Administração, em relação à pessoa encarregada da função, a notificação direta para a execução das tarefas.

Seção IV

Da Vedação à Contratação de Serviços

Art. 9º Não serão objeto de execução indireta na Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:

I - atividades que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - as atividades consideradas estratégicas para o órgão ou entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - as funções relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - 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.

Parágrafo único. As atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias às funções e atividades definidas nos incisos do **caput** podem ser executadas de forma indireta, sendo vedada a transferência de responsabilidade para realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

Percebe-se que esta norma, em seu artigo 9º, preocupou-se em definir o termo *atividade-fim* já utilizado pela doutrina, além de sintetizar outras vedações nos seus artigos 3º, 4º, e 5º.

Portanto, os limites à terceirização no serviço público podiam ser sintetizados da seguinte forma:

i. Atividades que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle do órgão ou entidade não podem ser terceirizadas;

ii. As atividades consideradas estratégicas para o órgão ou entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias do órgão ou entidade não podem ser terceirizadas;

iii. As funções relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção do órgão ou entidade não podem ser terceirizadas;

iv. **As atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade tampouco poderão ser transferidas à iniciativa privada, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;**

v. **Impossibilidade da transferência de responsabilidade para realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado;**

vi. O objeto da contratação deverá ser definido como prestação de serviço, que deve ser específico, delimitado e predeterminado, e não a locação de trabalhadores (fornecimento de mão de obra). A sociedade empresária contratada para desenvolver a atividade o faz por sua conta e risco e com relativa autonomia, interessando à empresa tomadora do serviço o resultado, o produto, a tempo e modo, independente de quais ou quantos funcionários a empresa contratada empregou;

vii. A contratação deve ter prazo determinado para a execução e contar com a atuação de mão de obra especializada;

viii. Inexistência de relações de pessoalidade, hierarquia e subordinação direta entre contratante e contratado, uma vez a terceirização não gera vínculo empregatício entre os empregados da contratante e a Administração;

ix. Inexistência de ingerência na administração da contratada, como por exemplo, interferir na política salarial da sociedade empresária, aplicação de sanção, supervisão direta, exercício do poder de mando sobre os empregados, direcionar a contratação de pessoas para trabalhar na empregada, etc.;

x. Não deve haver dificuldade na troca do terceirizado, haja vista que se trata de contratação de serviço. Se a substituição de um colaborador irá prejudicar o andamento dos serviços, é indício de que se trata de contratação de pessoal e não de serviço;

xi. Terceirizados não devem trabalhar em conjunto (ombrear-se) com servidores efetivos e comissionados, salvo havendo demandas específicas, como, por exemplo, um pedido de desenvolvimento de determinado software pela área-fim ou, conforme mencionado, se houver expressa disposição legal ou o cargo estiver em processo de extinção.

No caso em questão, em relação especificamente ao fornecimento de mão de obra de profissionais de saúde (técnico de enfermagem e técnico de enfermagem socorrista), constatou-se que as funções a serem desenvolvidas estão vinculadas às atividades-fim do órgão, então vinculado à Secretaria Municipal de Saúde⁶, bem como envolvem um conjunto de atribuições, e não um serviço específico e perfeitamente identificável.

⁶ Artigo 30 inciso VII da Constituição da República, estabelece a competência dos municípios em prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, os serviços de atendimento à saúde da população.

No mais, atesto que o próprio gestor justifica a contratação com base no argumento de que há cargos efetivos com atribuições similares, porém sem quantitativo suficiente para atender à demanda.

Ademais, no que tange a inaplicabilidade da Lei 13.429/17, a chamada Lei de Terceirização, que modificou a Lei 6.019/74, esta Corte já definiu a inaplicabilidade da nova lei à Administração Pública, bem como a impossibilidade da terceirização de tais atividades, então caracterizadas como de atuação típica do Estado.

Na ocasião, definiu-se que os citados comandos legais deveriam ser relacionados a atividades secundárias, anexas e de apoio, denominadas pela doutrina de atividades-meio, uma vez que violariam flagrantemente o princípio constitucional do concurso público, a exemplo do julgado no Processo TCE-RJ 816.923-9/16⁷.

D'outro turno, no que concerne a área de pessoal, o inciso IX, do artigo 37, da Carta Magna 1988, estabeleceu a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, como uma exceção à regra geral do concurso público de provas ou de provas e títulos para ingresso no serviço público, com fulcro no inciso II, do mesmo artigo e diploma legal.

Portanto, partindo de um pressuposto de que se a convocação de concurso público fosse inviável com vistas ao atendimento de emergência em saúde, diante de uma situação aumento da estrutura na saúde e, por conseguinte, dos serviços prestados⁸, a contratação de pessoal por prazo determinado seria o instrumento que permitiria aos entes públicos enfrentarem situações anormais, extraordinárias, imprevisíveis, de maneira eficaz e eficiente, mesmo quando carentes de mão de obra em seus quadros de pessoal.

Enquanto os princípios, em geral, são flexíveis, tendo textura normativa aberta, a ser concretizada *in casu* pelo aplicador do direito, as regras gozam de maior grau de delimitação, incidindo conforme a lógica do tudo ou nada⁹. Nessa linha, o constituinte veiculou regras

⁷ Sessão Plenária de 11.05.20.

⁸ Não estou, neste mesmo, analisando a questão atinente à justificativa quanto à contratação por prazo determinado.

⁹ Nas lições de Ronald Dworkin, *all-or-nothing-fashion*. Ao contrário dos princípios, cujo modelo de aplicação levaria em conta sua dimensão de peso (*dimension of weight*). Levando os direitos a sério. SP: Martins Fontes. 2010.

concretizadoras desses princípios no próprio art. 37, nos seguintes termos:

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:

[...]

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; (grifo nosso).

Observe-se que a **regra do concurso público** se aplica a toda e qualquer investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão e funções gratificadas. De outro lado, a contratação temporária – prevista no inciso IX do mesmo art. 37 – também é hipótese de exceção à regra do concurso, na qual sequer há provimento em cargo público. Confira-se o teor da norma:

Art. 37. [...]

IX - a lei estabelecerá os casos de **contratação por tempo determinado** para atender a **necessidade temporária de excepcional interesse público**; (grifo nosso).

Conforme emerge do dispositivo, **a contratação deverá se dar por prazo certo e determinado, apenas para atender necessidades temporárias e de excepcional interesse público, na forma da lei local.**

O Supremo Tribunal Federal, analisando a matéria em sede de repercussão geral – temas nº 612¹⁰ e 735¹¹ – assentou algumas premissas: **(a)** os casos excepcionais devem estar previstos em lei; **(b)** o prazo de contratação deve ser predeterminado; **(c)** a necessidade deve ser temporária; **(d)** o interesse público deve ser excepcional; e **(e)** a necessidade de contratação

¹⁰ Tema nº 612: “Constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária servidores públicos”. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária servidores públicos.

¹¹ Tema nº 735: “Direito à nomeação de candidato aprovado em concurso público em face de posteriores contratações temporárias, nas hipóteses em que não fica comprovada a preterição”. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, XXXV, LIV e LV; 93, IX; e 37, II e IV, da Constituição federal, a existência de direito subjetivo à nomeação de candidata aprovada em concurso público para “cadastro reserva” de professor, em razão da posterior contratação temporária de professores”. O acórdão recorrido partiu da premissa de que o edital não permite a conclusão precisa de quantas vagas existem para cada categoria de ensino, o que inviabiliza o reconhecimento do direito subjetivo à nomeação. Sobre esse tema, o STF acabou **não reconhecendo**, posteriormente, a **presença de repercussão geral**.

deve ser indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, que devem estar sob o espectro das contingências normais da Administração (RE nº 658.026 MG, Relator: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09.04.14, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014). **São estas, em síntese, as premissas que devem orientar a conduta do jurisdicionado na matéria.**

Outrossim, no julgamento da ADI nº 3.649/RJ, o STF posicionou-se pela possibilidade de contratação por prazo determinado para suprir uma necessidade temporária que exsurge da vacância de cargo efetivo, ponderando, no entanto, que esta deve perdurar apenas pelo tempo necessário à realização do próximo concurso público, **ressoando como razoável o prazo de 12 meses.** Confira-se:

Ementa

- 1) A contratação temporária prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição da República não pode servir à burla da regra constitucional que obriga a realização de concurso público para o provimento de cargo efetivo e de emprego público.
- 2) O concurso público, posto revelar critério democrático para a escolha dos melhores a desempenharem atribuições para o Estado, na visão anglo-saxônica do *merit system*, já integrava a Constituição Imperial de 1824 e deve ser persistentemente prestigiado.
- 3) Deveras, há circunstâncias que compelem a Administração Pública a adotar medidas de caráter emergencial para atender a necessidades urgentes e temporárias e que desobrigam, por permissivo constitucional, o administrador público de realizar um concurso público para a contratação temporária.
- 4) A contratação temporária, consoante entendimento desta Corte, unicamente poderá ter lugar quando: 1) existir previsão legal dos casos; 2) a contratação for feita por tempo determinado; 3) tiver como função atender a necessidade temporária, e 4) quando a necessidade temporária for de excepcional interesse público.

[...]

7) A realização de contratação temporária pela Administração Pública nem sempre é ofensiva à salutar exigência constitucional do concurso público, máxime porque ela poderá ocorrer em hipóteses em que não há qualquer vacância de cargo efetivo e com o escopo, *verbi gratia*, de atendimento de necessidades temporárias até que o ocupante do cargo efetivo a ele retorne. Contudo, a contratação destinada a suprir uma necessidade temporária que exsurge da vacância do cargo efetivo há de durar apenas o tempo necessário para a realização do próximo concurso público, ressoando como razoável o prazo de 12 meses. (grifo nosso).

(ADI 3649, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28.05.14, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG. 29.10.14 PUBLIC 30.10.14)

Ultrapassadas as preliminares, o núcleo sensível da matéria em comento reside no fato de que a contratação em questão se amolda no fato da existência de cargo efetivo na estrutura do órgão público para o desempenho das funções terceirizadas –, sendo esta realidade corroborada pelo argumento do próprio responsável de que **optou pela terceirização por não haver profissionais de saúde do quadro efetivo suficientes para atender à demanda.**

Ora, a ausência de quantidade adequada de servidores efetivos para suprir a demanda não serve de justificativa para a terceirização, pois há alternativas constitucionalmente previstas para socorrer o gestor, consoante tratado à exaustão nestes autos.

Neste sentido, observo que a terceirização visa à contratação de serviços técnicos de enfermagem, a serem prestados em diversos hospitais e unidades de saúde do município, relacionados no TR – item 3, portanto, destinada à execução da atividade-fim da Secretaria Municipal de Saúde e mais, se revela em verdadeira contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, que devem estar sob o espectro das contingências normais da Administração, consubstanciando na sua ilegalidade.

No mais, em relação à argumentação de que a terceirização se revelou mais vantajosa para a Administração, não há nos autos quaisquer estudos que comprovem o alegado. Ademais, ainda que tal premissa fosse verdadeira, não se pode permitir que a Administração pratique atos ilegais sob a escusa da vantajosidade.

Outrossim, o gestor, ao justificar que a realização de concurso demandaria maior esforço e tempo do que a contratação da terceirização, revela a intenção de adotar um caminho mais célere, porém irregular. Tal fato não pode ser admitido, uma vez que, nesse caso, não há discricionariedade para o gestor, devendo a Administração Pública ter seus atos pautados pela legalidade.

Nesta linha de raciocínio, trago à colação recente decisão da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (antiga 8ª Câmara Cível), datada de 30.06.22, nos autos das Apelações Cíveis nº0008052-78.2017.8.19.0003 e 0011800-21.2017.8.19.0003 (julgamento conjunto), tendo como partes o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e o Município de Angra dos Reis e a Fundação Hospital Geral de Japuíba, que, por unanimidade, deu provimento ao recurso nos termos do voto da E. Desembargadora-Relatora Mônica Maria Costa Di Piero.

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. PRETENSÃO DE INTERRUPTÃO DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DESTINADOS À TERCEIRIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS E QUE OS RÉUS SEJAM CONDENADOS A ADOTAR MEDIDAS ADMINISTRATIVAS PARA SUPRIR A CARÊNCIA DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE NO MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS, ESPECIALMENTE MEDIANTE A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO, DE MODO A ATENDER À DEMANDA PERMANENTE DOS SERVIÇOS DE SAÚDE E EVITAR A CRIAÇÃO ARTIFICIAL DE SITUAÇÃO EMERGENCIAL QUE VENHA A ENSEJAR NOVAS CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DA SITUAÇÃO EMERGENCIAL TEMPORÁRIA ELENCADE PELA ADMINISTRAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA ATENDER AS DEMANDAS PERMANENTES DA ÁREA DE SAÚDE DE ANGRA DOS REIS. REFORMA.¹²

Nesta oportunidade, transcrevo, ainda, importantes trechos do Acórdão, que caem como uma luva no caso, ora em pauta:

Com efeito, não se nega a possibilidade de participação da iniciativa privada na prestação do serviço público de saúde, mas desde que observados os mandamentos constitucionais e legais sobre a matéria, o que não se verifica na hipótese.

Sabe-se que a prestação do serviço público de saúde, além de indispensável à população e de imperativa prestação contínua, se constitui função típica e atividade fim do Estado, devendo obediência à regra geral insculpida no art. 37, da Constituição da República de 1988, que impõe a criação, por meio de lei, de cargos efetivos ou empregos públicos para preenchimento por intermédio de concurso público.

É o que dispõe o artigo 37, inciso II, *in verbis*:

“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”.

Assim, em observância à determinação constante do *caput* do artigo 37 da CRFB/88, que elenca os princípios fundamentais a serem seguidos pela Administração Pública -legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência-, o inciso II instituiu a regra geral a ser aplicada à nomeação para cargos ou empregos de provimento efetivo, excetuando, no mesmo dispositivo, às hipóteses de nomeação para cargos em comissão, os quais, por definição, são de livre nomeação e exoneração.

A Constituição da República de 1988 excepcionou a regra geral do concurso público em situações outras, além das prescritas no inciso II do artigo 37, permitindo ao gestor, em razão de *excepcional* interesse público e, por *prazo determinado*, proceder a

¹² Em sede de Embargos de Declaração, em julgamento datado de 13.10.22, foi reconhecida a nulidade do acórdão embargado, por questão processual, determinando-se a designação de novo julgamento dos recursos de apelação, acerca do qual o Município de Angra dos Reis e a Fundação Hospital Geral de Japuíba deverão ser intimados pessoalmente, pelo que citei o entendimento esposado, todavia, fazendo-se esta ressalva.

contração de pessoal para trabalhar a fim de atender **necessidade temporária**, conforme a ressalva constante do inciso IX, do mesmo dispositivo constitucional.

Tão somente em situações excepcionais e para atender necessidade temporária, por prazo determinado, é possível a contratação sem a realização de concurso público.

Ocorre que a circunstância posta nos autos não encontra guarida na exceção prevista na Constituição da República.

De certo que a urgência na contratação não se constitui, por si só, emergência que justifica a dispensa da realização de concurso público.

A dispensa do concurso público depende da caracterização de situação de emergência ou de calamidade pública, desde que, contudo, a circunstância não tenha se originado da desídia administrativa ou da má-gestão dos recursos disponíveis e, quando cabalmente demonstrado, que a imediata contratação é o meio adequado, eficaz e eficiente para se afastar o risco iminente verificado.

Bem de ver que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de “a natureza permanente de algumas atividades públicas - como as desenvolvidas nas áreas da saúde, educação e segurança pública – não afasta, de plano, a autorização constitucional para contratar servidores destinados a suprir demanda eventual ou passageira, havendo necessidade de exame sobre a transitoriedade da contratação e a excepcionalidade do interesse público que a justifica. (ADI 3247, Relator(a): Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, Julgado Em 26/03/2014, Acórdão Eletrônico Dje-158 Divulg. 15-08-2014 Public. 18-08-2014)

Entretanto, os serviços essenciais e necessários ao Município, que têm continuidade no tempo, não podem ser terceirizados, devendo a Administração Pública promover a contratação de empregados por meio de concurso público. (grifo nosso).

Conquanto a Constituição da República possibilite a Administração a contratar pessoal por tempo determinado desde que para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, independentemente da realização de concurso público, não admite que a lei municipal possa contemplar contratações precárias em atividades rotineiras da Administração, as quais podem ser evitadas mediante adequado planejamento do gestor público.

O Supremo Tribunal Federal, em seus julgados, vem definindo o alcance dos termos “necessidade temporária” e “excepcional interesse público”, para fins de contratação temporária autorizada pelo art.37, IX, da CRFB/88.

No tocante à definição da abrangência da expressão “excepcional interesse público”, para fins de contratação temporária autorizada pelo art.37, IX, da CRFB/88, transcreve-se preciso trecho do voto da Min. Carmen Lúcia, no julgamento da ADI 3247, concluído em 26/03/2014:

“Quanto à excepcionalidade do interesse público exigida pelo art. 37, inc. IX, da Constituição da República, anotei: “a excepcionalidade do interesse pode corresponder à contratação ou ao objeto do interesse. Pode-se ter situação em que o interesse seja excepcional no sentido de fugir ao ordinário. São hipóteses nas quais se tem uma condição social a demandar uma prestação excepcional, inédita, normalmente imprevista. Por exemplo, é o que ocorre numa contingência epidêmica, na qual a necessidade de médicos em determinada região, especialistas na moléstia contra a qual se há de travar o combate, faz com que se contratem tantos deles para fazer face à circunstância. Pode-se ter, contudo, situação em que

o interesse seja regular, a situação comum, mas advém uma circunstância que impõe uma contratação temporária. É o que se dá quando há vacância de cargo de magistério antes de novo concurso para prover o cargo vago ou quando se tem o afastamento temporário do titular de cargo em razão de doença ou licença para estudo etc. O magistério tem de ser desempenhado, o aluno tem direito a ter a aula, e o Estado tem o dever constitucional de assegurar a presença do professor em sala. Há, então, a excepcionalidade do interesse público determinante da contratação. Aqui a excepcionalidade não está na singularidade da atividade ou no seu contingenciamento, mas na imprevista, porém imprescindível, prestação, que impõe que o interesse tenha de ser atendido, ainda que em circunstância excepcional. A necessidade da contratação é temporária, e o interesse é excepcional para que ocorra o desempenho da função naquela especial condição” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. Cit. p. 241-242).

Assim, o Constituinte Originário deixou claro que as situações administrativas corriqueiras não podem dar ensejo a contratações temporárias, uma vez que a excepcionalidade do interesse público corresponde à excepcionalidade do próprio regime especial.

Em relação a expressão “necessidade temporária” pode se concluir dos excertos judiciais que a contratação pode se dar para atender uma demanda permanente e própria do órgão, mas desde que de forma transitória, evidenciando que a exigência se dá em relação à necessidade e não à atividade, senão vejamos:

“É de natureza permanente a atividade de estatística e pesquisa desenvolvida pelo IBGE; sua intensidade e o volume dessas pesquisas não são os mesmos todo o tempo. Possibilidade de contratação temporária, nos termos do art. 37, IX, da Constituição da República, para atender à necessidade temporária de pessoal necessário à realização de trabalhos em determinados períodos. Observância dos princípios da eficiência e da moralidade. (ADI 3.386, rel. min. Cármen Lúcia, j. 14-4-2011, P, DJE de 24-8-2011).

O art. 37, IX, da Constituição do Brasil autoriza contratações, sem concurso público, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente. A alegada inércia da administração não pode ser punida em detrimento do interesse público, que ocorre quando colocado em risco o princípio da continuidade da atividade estatal. (ADI 3.068, rel. p/ o ac. min. Eros Grau, j. 25-8-2004, P, DJ de 23-9- 2005 e ADI 3.247, rel. min. Cármen Lúcia, j. 26-3-2014, P, DJE de 18-8-2014)

A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: CF, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. (ADI 2.229, rel. min. Carlos Velloso, j. 9-6- 2004, P, DJ de 25-6-2004; ADI 3.430, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 12-8-2009, P, DJE de 23-10-2009; RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, j. 9-4-2014, P, DJE de 31-10-2014, Tema 612)

Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da CF. (...) Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, II e IX, da CF. Descumprimento dos requisitos constitucionais. (...) O conteúdo jurídico do art. 37, IX, da CF pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da administração. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a CF. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, entre eles os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, j. 9-4-2014, P, DJE de 31-10-2014, Tema 612; ADI 2.229, rel. min. Carlos Velloso, j. 9-6-2004, P, DJ de 25-6-2004; RE 765.320 RG, rel. min. Teori Zavascki, j. 15-9-2016, P, DJE de 23-9-2016, Tema 916”

Registre-se que, em alguns julgados, a Corte Suprema chegou a referendar o entendimento de que a contratação temporária não poderia sequer ter por objeto atividades de cunho permanente.

Nesse sentido, confira-se trecho extraído do brilhante voto do Min. Moreira Alves, na ADI 2380 MC, julgada em 20/06/2001, pelo Tribunal Pleno:

“(...) tenho como relevante a fundamentação de que essa alínea é inconstitucional por ofender o disposto no art.37, IX, da Constituição, porquanto, como de certa forma, entendeu esta Corte para conceder a liminar, na ADIN 2.125, a fim de suspender a eficácia do art.2º, da Medida Provisória nº 2014/2000, **esse dispositivo constitucional não permite que a lei que estabelecer os casos de contratação temporária admita que figurem entre eles atividades públicas permanentes que são desempenhadas por servidores públicos devidamente concursados (art.37, II, da Carta Magna).**

Nesse sentido, CELSO BASTOS, (“Comentários à Constituição do Brasil” em parceria com IVES GANDRA MARTINS, 3º vol., tomo III, p.97, Editora Saraiva, São Paulo, 1992) salienta que com inteiro acerto ADILSON DALARI identifica o que a lei, a que alude o art.37, IX, da Constituição, não poderá fazer, verbis: “está absolutamente claro que não mais se pode admitir pessoal por tempo indeterminado, para exercer funções permanentes, pois o trabalho a ser executado precisa ser, também, eventual ou temporário, além do que a contratação somente se justifica para atender a um interesse público qualificado como excepcional, ou seja, uma situação extremamente importante, que não possa ser atendida de outra forma.” (sem grifo no original)

Nessa mesma direção, ao julgar a ADI 890, o Supremo Tribunal Federal, em julgado de Relatoria do Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2003, assim se manifestou sua orientação:

“Com efeito, a cláusula constitucional autorizadora destina-se exclusivamente – e aqui a interpretação restritiva se impõe – aos casos em que comprovadamente haja

necessidade temporária de pessoal. Tal situação não abrange aqueles serviços permanentes que estão a cargo do Estado nem aqueles de natureza previsível, para os quais a Administração Pública deve alocar, de forma planejada, os cargos públicos para isso suficientes, a serem providos pela forma regular do concurso público, sob pena de desídia e ineficiência administrativa.”

Ultrapassadas essas premissas, vele destacar, é verdade, que recentemente o Plenário do STF proferiu decisão admitindo a contratação temporária para as atividades estatais permanentes, desde que fossem comprovadamente temporárias, o que realmente não é o caso destes autos administrativos.

Neste sentido, trago novamente à colação outro trecho do acórdão supracitado, da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (antiga 8ª Câmara Cível), datado de 30.06.22, nos autos das Apelações Cíveis nº 0008052-78.2017.8.19.0003 e 0011800-21.2017.8.19.000, na medida em que elucida a matéria aqui tratada.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, INC. III, DA LEI N. 8.745/93: NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, PARA FINS DE CONTRATAÇÃO DE PESSOAL; REALIZAÇÃO DE RECENTEAMENTOS E OUTRAS PESQUISAS DE NATUREZA ESTATÍSTICA EFETUADAS PELA FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. 1. É de natureza permanente a atividade de estatística e pesquisa desenvolvida pelo IBGE; sua intensidade e o volume dessas pesquisas não são os mesmos todo o tempo. 2. Possibilidade de contratação temporária, nos termos do art. 37, inc. IX, da Constituição da República, para atender à necessidade temporária de pessoal necessário à realização de trabalhos em determinados períodos. Observância dos princípios da eficiência e da moralidade. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3386, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2011, DJe de 24/08/2011)

A questão foi assentada no julgamento do RE 658.026, de Rel. Ministro Dias Toffoli, em processo submetido à sistemática da repercussão geral, Tema 612, em que se deliberou acerca do conceito de contratação temporária:

“Feitas essas considerações, há que se compreender o sentido do comando necessidade temporária inscrito no texto. Essa cláusula constitucional excepcionadora e autorizativa destina-se aos casos em que, comprovadamente, há necessidade temporária de pessoal, desde que a situação esteja previamente estabelecida na lei. Assim sendo, não há como se admitir possa a lei abranger serviços permanentes de incumbência do Estado, tampouco aqueles de natureza previsível, para os quais a Administração Pública deva criar e preencher, de forma planejada, os cargos públicos suficientes ao adequado e eficiente atendimento às exigências públicas, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade e ineficiência administrativa, sem

prejuízo de, havendo omissão abusiva com o preenchimento dos requisitos subjetivos, configurar a conduta a prática de improbidade administrativa. (...) (grifo nosso).

A norma deve prever que a contratação somente seja admissível quando a necessidade se manifestar em situações temporárias e urgentes, e desde que a contratação seja indispensável. Esse é, aliás, o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello: [é necessário que a contratação temporária seja indispensável], vale dizer, indubitavelmente não haja meios de supri-la com remanejamento de pessoal ou redobrado esforço dos servidores já existentes (Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 83).

Portanto, caso a Administração tenha meios ordinários, regulares, para atender aos ditames do interesse público, ainda que em situação de urgência, qualificada pela temporariedade, não se poderá admitir a contratação temporária. É o caso, por exemplo, quando há concursados aprovados aguardando serem nomeados para cargos vagos.

(...) Portanto, a transitoriedade das contratações de que trata o art. 37, inciso IX, da CF, com efeito, não se coaduna com o caráter permanente de atividades que constituem a própria essência do Estado, como já descrito no julgados colacionados, dentre os quais figuram, com destaque, os serviços de saúde e de educação, serviços públicos essenciais e sociais previstos no art. 6º, caput, da Constituição da República.” (grifo nosso).

Confira-se a ementa desse julgado:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos.

1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, “à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos”.

2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente.

3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada

a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração. (grifo nosso).

4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal. 5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de la culture de gestion, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para 'cultura de gestão estratégica') que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva. 6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito ex nunc, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social. (RE 658026, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014)

Definiu-se, portanto, a tese de que para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que:

- a) os casos excepcionais estejam previstos em lei;
- b) o prazo de contratação seja predeterminado;
- c) a necessidade seja temporária;
- d) o interesse público seja excepcional;
- e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.

Assentadas tais premissas, forçoso concluir pela ausência da implementação dos requisitos necessários à validade da contratação temporária pelo Município de Angra dos Reis.

Isso porque ausente a situação emergencial temporária elencada pela Administração para a contratação sem a realização de concurso público.

No caso, os editais preveem contratações que recaem sobre atividades de caráter permanente e que se destinam a execução de funções rotineiras e essenciais para a prestação do serviço público.

Trata-se, portanto, de contratação de servidor para atividade absolutamente previsível, permanente e ordinária. (grifo nosso).

Conquanto a exigência de prazo na contratação esteja satisfeita com a designação de um limite temporal razoável (seis meses), a contratação se revela necessária à prestação de um serviço eventual ou não permanente, em decorrência dos constantes e repetitivos expedientes lançados a mão pela Administração Pública Municipal para contratação direta, o qual vem se perpetrando ao longo do tempo.

Bem de ver que o contingente de servidores existentes não se revela insuficiente para o atendimento de uma sobrecarga sazonal e transitória, mas sim decorre da falta de profissionais nos quadros efetivos da municipalidade, pelo que dessume das reiteradas contratações temporárias de sociedades fornecedoras de mão-de-obra, restando evidenciada a ausência de planejamento municipal capaz de atender, de maneira eficiente, às demandas locais e ao interesse público. (grifo nosso).

Compulsando-se os autos, nota-se que o Juízo *a quo* determinou às fls. 1716 que o Município de Angra dos Reis juntasse aos autos “*a relação de todos os funcionários que trabalham no HMJ, SAMU e SPA's, indicando o cargo ocupado e o tipo de vínculo com a Administração Pública (estatutário, cedido, contrato temporário, terceirizado etc.)*”.

Às fls. 1772/1805, por sua vez, o Município de Angra dos Reis juntou uma relação incompleta dos funcionários que exercem suas funções nas unidades de saúde municipais, citando-se, por exemplo, o caso do HMJ, cuja relação traz apenas servidores estatutários, furtando-se, assim, de cumprir devidamente a decisão, deixando de informar o quantitativo atual de pessoal vinculado a contrato temporário e terceirizados.

Infere-se, portanto, que os réus não se desincumbiram do ônus probatório que lhes cabe neste processo, demonstrando com a sua omissão e recalcitrância em apresentar documentos que poderiam elucidar a questão controvertida das presentes demandas, que empreende uma gestão da área de saúde duvidosa e pouco transparente acerca das reais necessidades do seu quadro de profissionais que exercem funções essenciais e permanentes na rede municipal de saúde de Angra dos Reis.

Ademais, cumpre ressaltar que não há quaisquer provas nos autos de que no curso das presentes demandas o Município tenha adotado medidas para o enfrentamento efetivo da carência de pessoal na área da saúde, pelo contrário, continua realizando processos seletivos para contratação de médicos temporários.

Perpetuando-se a omissão municipal em estruturar adequadamente uma rede de servidores estatutários, o que se observa é a reiteração da delegação das equipes de saúde a terceiros, mediante contratos que, além de não solucionarem a crise da carência permanente dos serviços relacionados à saúde pública, acarretam um significativo impacto financeiro ao erário. (grifo nosso).

Como bem ressaltado pelo *Parquet* em suas razões de apelação do processo nº 0011800-21.2017.8.19.0003 (fls. 1.059/1.060), há alguns anos o município de Angra dos Reis carece de planejamento administrativo adequado para fazer frente às demandas locais na área da saúde. Ressalta-se que, em março de 2017, quando se iniciava o mandato anterior do atual prefeito, os réus entregaram ao Ministério Público relatório acerca da situação em que se encontrava a rede pública de saúde do município. Segundo os réus, os gestores recém-chegados à Prefeitura teriam encontrado uma situação “caótica” em razão de diversos ilícitos perpetrados pela extinta Fundação de Saúde de Angra dos Reis na condução do planejamento necessário para a prestação dos serviços públicos de saúde (documento já juntado aos autos).

Ressaltou-se, ainda, que, nesse relatório, além de pontuar as irregularidades imputadas à gestão anterior, os réus se comprometeram a ajustar suas condutas à legalidade, observando as regras licitatórias e de contratações públicas impostas pela Constituição da República e Lei Geral de Licitações. Nesse sentido, apresentaram algumas medidas

administrativas para a regularização do referido quadro considerado “caótico”, dentre as quais se destacam: (i) a elaboração de estudos técnicos a fim de planejar e reconduzir a rede municipal de saúde à dimensão necessária para uma prestação de serviços eficientes e adequada à receita municipal e (ii) a reorganização institucional da rede de saúde e o seu redimensionamento com o escopo de alocar os escassos recursos públicos eficientemente.

A propósito, demonstrando que os réus não mudaram a rota de sua reiterada conduta, observa-se que, recentemente, em 2021, o Município de Angra dos Reis, em manifesta inobservância à decisão proferida pela Oitava Câmara Cível, nos autos do agravo de instrumento nº 0008045-27.2019.8.19.0000, lançou edital destinado a processo seletivo para **contratação temporária de profissionais médicos** – clínico geral, abrindo 40 vagas destinadas ao desempenho do exercício nos Serviços de Pronto Atendimento da Rede de Urgência e Emergência, conforme se infere de um anúncio em um sítio eletrônico de concursos públicos², o qual, por sua vez, remete à página virtual do Município de Angra dos Reis³, senão vejamos:

(...)

Acresça-se, ainda, os réus não produziram quaisquer provas acerca da alegada economicidade da opção de terceirização dos serviços de saúde quando comparados com os gastos de estruturação de um quadro de servidores estatutários, ônus que incumbe ao administrador público ao justificar suas escolhas discricionárias, denotando, mais uma vez, a ausência de justificativas plausíveis para a sua escolha francamente refratária ao ordenamento jurídico.

Em vista de tais fatos, considerando-se que a contratação temporária, sobre a qual se debruça as presentes demandas coletivas esbarra na ausência de situação excepcional que a justifique por recorrentes períodos, desponta a premente necessidade de realização de concurso público pelo município de Angra dos Reis, como forma de pôr fim às contratações temporárias que, além de ilícitas, acabaram se consolidando no decorrer do tempo um modo indesejável de administrar do gestor local.

Servindo de alinhamento ao tema em debate, seguem os precisos ensinamentos do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Cabem alguns cuidados evidentes, tanto no reconhecimento do que seja situação excepcional ensejadora do contrato a ser feito, quanto na caracterização de seus requisitos, sem o que estar-se-ia desconhecendo o sentido da regra interpretada e favorecendo a reintrodução de ‘interinos’, em dissonância com o preceito em causa. Desde logo, não se coadunaria com a sua índole, contratar pessoal senão para evitar o declínio do serviço ou para restaurar-lhe o padrão indispensável seriamente deteriorado pela falta de servidores. Vale dizer: tais contratos não podem ser feitos simplesmente em vista de aprimorar o que já existia e tenha qualidade aceitável, compatível com o nível corrente a que está afeita a coletividade a que se destina. Em segundo lugar, cumpre que tal contratação seja indispensável; vale dizer, indubitavelmente não haja meios de supri-la com remanejamento de pessoal ou redobrado esforço dos servidores já existentes. Em terceiro lugar, sempre na mesma linha de raciocínio, não pode ser efetuada para instalação ou realização de serviços novos, salvo, é óbvio, quando a irrupção de situações emergentes os exigiria e já agora por motivos indeclináveis, como os de evitar a periclitada da ordem, segurança ou saúde.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta; 2ª. ed.; São Paulo: RT; 1991. p. 83)

Ressalte-se que a gestão eficiente dos recursos humanos na área da saúde é condição indispensável para o alcance das finalidades do SUS, sendo certo que a regularidade dos serviços públicos de saúde, que são essenciais e de execução contínua, depende de profissionais devidamente habilitados e integrados a uma visão sistêmica da gestão estatal, além de um planejamento que se pretenda de longo prazo. (grifo nosso).

Desse modo, incumbe à municipalidade realizar concurso público para a prestação do serviço público de saúde (art. 37, II, da CRFB), e só excepcionalmente pode, de forma complementar, admitir a participação de prestação de serviços privados.

A propósito, o parecer da Procuradoria de Justiça exarado em ambas as demandas, cujos fundamentos, consoante permissivo regimental, integram as presentes razões de decidir:

“(…)

Após a devida instrução processual, outra não é a conclusão. Constatase que o Município apelado tem se valido da inequívoca falta de pessoal na área da saúde para entabular contratações emergenciais, de forma reiterada e altamente dispendiosa para os cofres públicos, em burla ao princípio da acessibilidade aos cargos públicos por concurso (art. 37, II, da CRFB).

Os elementos evidenciam uma longa história de contratações e terceirizações, sem qualquer coordenação ou planejamento do ente municipal.

(…)

Restou demonstrado que, em vez de fazer uso das medidas legais disponíveis para a estruturação de seu quadro de servidores estatutários - o que atacaria a raiz do problema e viabilizaria um planejamento a longo prazo para os serviços permanentes da saúde - o Município segue delegando a composição de suas equipes de saúde a terceiros, mediante contratos que geram impacto financeiro ao erário.

No que tange à suposta economicidade da opção do gestor municipal, não há qualquer comprovação nesse sentido. O Município de Angra dos Reis, a quem incumbia tal ônus, diante do que foi apurado, não apresentou qualquer justificativa para as reiteradas contratações custosas e distanciadas dos padrões de juridicidade.

Dessa forma, não prosperam os fundamentos apresentados pela sentença, impondo-se sua reforma para que sejam julgados procedentes os pedidos de ambas as ações civis públicas.”

De certo que a Constituição Federal, em seu art. 199, §1º, ampliou a prestação do serviço de assistência à saúde à iniciativa privada, nos seguintes termos:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. §1º. 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.

Entretanto, pela exegese do dispositivo constitucional forçoso concluir que a participação da iniciativa privada é de complementação e não de substituição ao Estado na função que lhe foi atribuída pela Constituição, sob pena de violação ao art. 198 c/c art. 37, inciso II, da Constituição Federal. (grifo nosso).

Tal assertiva encontra guarida no art. 24, parágrafo único, da Lei 8.080/90 e nos arts. 2º a 5º da Portaria nº 1034/2010 do Ministério da Saúde, senão vejamos:

Da Participação Complementar:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

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.

§ 1º A complementação dos serviços deverá observar aos princípios e as diretrizes do SUS, em especial, a regionalização, a pactuação, a programação, os parâmetros de cobertura assistencial e a universalidade do acesso.

§ 2º Para fins de organização da rede de serviços e justificativa da necessidade de complementaridade, deverá ser elaborado um Plano Operativo para os serviços públicos de saúde, nos termos do art. 7º da presente Portaria. § 3º A necessidade de complementação de serviços deverá ser aprovada pelo Conselho de Saúde e constar no Plano de Saúde respectivo.

Art. 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante contrato ou convênio, celebrado entre o ente público e a instituição privada, observadas as normas de direito público e o disposto nesta Portaria.

Parágrafo único. Para a complementaridade de serviços de saúde com instituições privadas com ou sem fins lucrativos serão utilizados os seguintes instrumentos:

I - convênio, firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde;

II - contrato administrativo, firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde.

Art. 4º O Estado ou o Município deverá, ao recorrer às instituições privadas, dar preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos, observado o disposto na legislação vigente.

Art. 5º As entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos deixarão de ter preferência na contratação com o SUS, e concorrerão em igualdade de condições com as entidades privadas lucrativas, no respectivo processo de licitação, caso não cumpram os requisitos fixados na legislação vigente.”

Deste modo, a matéria enfrentada neste *decisum* é semelhante e se encaixa perfeitamente na discutida neste processo administrativo, na medida em que a execução indireta de serviços pela Administração deve estar atenta à natureza das atividades delegadas à iniciativa privada, visto que aquelas intrínsecas à natureza do órgão muitas vezes implicam o surgimento de relações de subordinação a gestores e chefes de unidades e departamentos públicos.

Neste caso *in concreto*, repito, a terceirização visa à contratação de serviços técnicos de enfermagem, a serem prestados em diversos hospitais e unidades de saúde do município, portanto, destinada à execução da atividade-fim da Secretaria Municipal de Saúde, ratificando a ilegalidade da terceirização, inclusive, pelo fato de que **é vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração**, tal como definido pelo STF, conforme já abordado nesta decisão – tema repercussão geral nº 612.

D'outro turno, a alegação do gestor de não haver quantidade suficiente de servidores efetivos para suprir a demanda não é justificativa capaz de autorizar terceirização do serviço. O arcabouço legislativo, inclusive, a própria Constituição da República Federativa do Brasil prevê alternativas legais que amparam as medidas a serem adotadas pelo gestor.

Neste sentido, havendo cargos efetivos vagos para a função demandada, o procedimento a ser adotado é a realização de concurso público, com vistas a provê-los. Uma vez que todos estejam providos e, ainda sim, persista a necessidade de mão de obra, o correto é que se proceda à reestruturação do quadro de pessoal, por meio da criação de novos cargos.

Ademais, no caso em tela em que a administração não dispõe de recursos humanos suficientes ao enfrentamento do problema, enquanto não se procede à realização do devido concurso público, há o instrumento da contratação por prazo determinado, previsto no inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal e normatizado, em âmbito local, pela Lei nº 1922, de 08.12.05, tal como bem apontado pelo Corpo Técnico em sua manifestação datada de 06.03.23.

Portanto, incumbe à municipalidade realizar concurso público para a prestação do serviço público de saúde (art. 37, II, da CRFB), e só excepcionalmente pode, de forma complementar, admitir a participação de contratados por prazo determinado enquanto se aguarda a conclusão do concurso, observando-se, no entanto, o prazo razoável de realização dele, com supedâneo nas decisões do Supremo Tribunal Federal citadas neste *decisum*.

Neste sentido, esta Corte de Contas enfrentou a matéria vertente nestes autos em outra situação, pelo que cito a decisão proferida pelo Plenário, na sessão de 11.03.20, nos autos do Processo TCE-RJ nº 106.988-2/19, cuja ementa transcrevo a seguir:

TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-FIM ATIVIDADE-MEIO EXISTENTES NO PLANO DE CARGOS E SALÁRIO. EXTINÇÃO DE CARGOS.

Afigura-se ilegal a terceirização na Administração Pública de atividade-fim do órgão ou entidade, bem como de atividades-meio que pertençam às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos e salários, salvo se, nessa última hipótese, tiverem sido tomadas medidas concernentes à extinção dos cargos que se pretenda transferir para a execução indireta.

Por oportuno, vale consignar que a Lei 14.133/21 - Nova Lei de Licitações, veio tratar do tema da terceirização mais detalhadamente do que a legislação anterior. O *caput* do artigo 48 estabeleceu as atividades passíveis de execução por terceiros sendo aquelas de naturezas materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade¹³.

Neste sentido, observo que houve uma limitação do objeto a ser executado por terceiros, havendo, portanto, um limite ao tipo de atividade terceirizável, se aproximando, sobremaneira, ao conceito de atividade-meio.

Dito isto, é verdade que o tema vertente nestes autos é complexo e vem sendo discutido tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina pátrias e se demonstra em constante evolução, tal como apontado nesta decisão.

Todavia, no presente caso **a terceirização como apresentada se amolda não na característica de uma terceirização lícita (aquela que não intenta estabelecer vínculo de**

¹³ Art. 48. Poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado:

I - indicar pessoas expressamente nominadas para executar direta ou indiretamente o objeto contratado;
II - fixar salário inferior ao definido em lei ou em ato normativo a ser pago pelo contratado;
III - estabelecer vínculo de subordinação com funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado;
IV - definir forma de pagamento mediante exclusivo reembolso dos salários pagos;
V - demandar a funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado a execução de tarefas fora do escopo do objeto da contratação;
VI - prever em edital exigências que constituam intervenção indevida da Administração na gestão interna do contratado. Parágrafo único. Durante a vigência do contrato, é vedado ao contratado contratar cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de dirigente do órgão ou entidade contratante ou de agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.

peçoalidade com os trabalhadores contratados) e, sim, ilícita (a contratação de trabalhadores subordinados e pessoalmente engajados nas atividades administrativas, como se servidores públicos concursados fossem), na medida em que as funções que serão exercidas na área da saúde são atividades desempenhados por servidores cujas funções estão na estrutura de cargos da municipalidade, bem como são inerentes a serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.

Assim sendo, pelo exposto, decido pela confirmação da tutela provisória e a procedência da presente representação. Rogo, ainda, pela comunicação ao atual Secretário Municipal de Saúde de Duque de Caxias, a fim de que o procedimento licitatório seja anulado, em razão da irregularidade na terceirização da contratação de mão de obra para executar atividades de caráter permanente, constituindo-se burla ao concurso público, contrariando o que dispõe o art. 37, II, da Constituição Federal, bem como para que se abstenha de efetuar contratação de mão de obra terceirizada em substituição a servidores efetivos e para a serviços ordinários permanentes do Estado, que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração, conforme definido pelo Supremo Tribunal Federal.

No mais, determino a comunicação ao Prefeito Municipal de Duque de Caxias, a fim de que tome ciência da decisão desta Corte, bem como ao atual titular do Órgão Central de Controle Interno da Prefeitura de Duque de Caxias, para que acompanhe o cumprimento da presente decisão e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária, de acordo com o art. 53, inciso IV e art. 55 da Lei Complementar nº 63/90.

Deste modo, feitas as considerações anteriores, posiciono-me **DE ACORDO** com o Corpo Instrutivo e com o parecer do Ministério Público de Contas, e, assim,

VOTO:

I - Pela CONFIRMAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA concedida na Decisão Monocrática de 27.01.23, considerando exauridos os seus efeitos, em razão da sugestão pela procedência quanto ao mérito;

II – Pela **PROCEDÊNCIA** da Representação, em virtude dos fundamentos expostos;

III – Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Secretário Municipal de Saúde, com fulcro no § 1º do artigo 26 do Regimento Interno do TCE-RJ, para que tome ciência da decisão, bem como para que adote as seguintes **DETERMINAÇÕES**, alertando-o de que o não atendimento às decisões plenárias desta Corte torna seus responsáveis passíveis de aplicação de multa, não sendo necessária a comprovação do cumprimento das medidas neste processo, as quais poderão ser objeto de verificação em futuras auditorias:

III.1. Proceda à anulação do Edital de Pregão Eletrônico nº 001/2023, da Prefeitura Municipal de Duque de Caxias;

III.2. Caso opte pela contratação por prazo determinado, prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, atente para as premissas determinadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral no tema nº 612;

III.3. Verifique junto ao Chefe do Poder Executivo, a possibilidade da adoção de medidas para realização de concurso público, a fim de suprir a carência dos profissionais de saúde cujos cargos seriam objeto de terceirização irregular;

IV. Pela **COMUNICAÇÃO** ao Prefeito Municipal de Duque de Caxias, a fim de que tome ciência da decisão desta Corte;

V. Pela **COMUNICAÇÃO** ao titular do Órgão Central de Controle Interno da Prefeitura de Duque de Caxias, para que acompanhe o cumprimento da presente decisão e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária, de acordo com o art. 53, inciso IV e art. 55 da Lei Complementar nº 63/90;

VI. Pelo **ARQUIVAMENTO** do presente processo.

CONSELHEIRO MÁRCIO PACHECO
Documento assinado digitalmente