

ÓRGÃO: PREFEITURA DE GRAVATÁ

TIPO: CONSULTA

DATA DE JULGAMENTO: 11/08/2004

RELATOR: CONSELHEIRO ROMEU DA FONTE

PUBLICADO: 01/09/2004

RELATÓRIO

O processo em epígrafe diz respeito à consulta formulada pelo Prefeito do Município de Gravatá, Exmo. Sr. Joaquim Neto de Andrade Silva, com relação à contratação de recursos humanos através de OSCIP.

O Exmo. Sr. Joaquim Neto de Andrade Silva, Chefe do Executivo de Gravatá, possui legitimidade ativa para formular consulta a esta Corte de Contas, a qual carece da instrução de parecer próprio do órgão de assistência técnica ou jurídica, dada à exigência do Parágrafo Único do artigo 110 do Regimento Interno deste Tribunal. O referido parecer jurídico não se encontra anexado aos autos. No entanto, em face da necessidade desta Casa pronunciar-se sobre o assunto consultado por conta do incremento deste tipo de convênio, e as conseqüências administrativas que podem advir desses procedimentos, sou pela admissibilidade da presente consulta.

A presente consulta se efetiva da seguinte maneira:

“Tendo em vista as diversas e justificadas alegações dos Secretários Municipais de Gravatá, os quais precisam ampliar seus quadros de recursos humanos, vimos expor a situação e solicitar o vosso parecer, para que possamos resolver a questão.

Identificamos que a contratação dos recursos humanos necessários incide na transgressão da Lei de Responsabilidade Fiscal. Não fazê-lo, implica no descumprimento da Constituição da República do Brasil, onde, nos casos de saúde e educação direitos de todos e dever intransferível do poder público. Na saúde, por exemplo, o Sistema Único está regulamentado, cabendo ao Governo Municipal cumprir as responsabilidades de nível de gestão local, sob pena de receber sanções e inclusive corte de recursos financeiros.

Frente a esta situação, vimos questionar as possibilidades de resolver o problema de contratação de recursos humanos através da OSCIPE ou de outra possibilidade que este importante Tribunal possa sugerir.”

Tendo sido enviado ao DCM, os autos foram endereçados a CCE, que emitiu o Parecer nº 01/2004, da lavra do Coordenador de Controle Externo, Adailton Feitosa Filho, e

do Assessor Técnico Walter Brandão Júnior. Após minucioso e extenso arrazoado do bem elaborado opinativo, entenderam pelo conhecimento da presente, manifestando-se sobre o mérito da mesma. Adoto o referido parecer neste voto.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

CONSIDERANDO que a presente consulta atende ao pressuposto de admissibilidade, contido no art. 111, “*in fine*”, do Regimento Interno desta Corte de Contas;

CONSIDERANDO o que dispõe o art. 2º, XIV, da Lei Estadual nº 12.600/04 (Lei Orgânica do TCE),

VOTO que se responda a presente consulta nos termos do Parecer CCE nº 01/2004, como segue:

a) “O acesso aos postos de trabalho no setor público, a princípio, deve-se dar por meio de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos não só para a investidura em cargo, como também para emprego público, considerando a sua natureza e complexidade, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal.

b) Há, entretanto, hipóteses excepcionantes à regra geral do concurso público. A contratação de pessoal para serviços temporários, em face de necessidade transitória de excepcional interesse público, regulada por lei autorizativa do ente contratante (federal, estadual, distrital ou municipal), a par da nomeação para os cargos em comissão, que devem ser reservados às atribuições de direção, chefia e assessoramento, e dada a sua natureza de estrita confiança, se configuram de livre nomeação e exoneração, respeitando tão-somente os casos, condições e percentuais mínimos estabelecidos, por lei, para os servidores de carreira.

c) A prestação de serviços públicos, consoante o artigo 175 da Constituição Federal, é dever do Poder Público, que pode fazê-la diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Por outro lado, os serviços públicos que se enquadram na categoria de serviços sociais do Estado (saúde, educação e assistência social) não são passíveis de delegação, uma vez que são gratuitos e não se prestam à exploração comercial que garanta a remuneração do concessionário ou permissionário.

d) Neste contexto, a terceirização somente se mostra admissível na Administração Pública quando se tratar de “atividades-meio”, por sua própria natureza (tais como: vigilância, limpeza, conservação, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicação, instalação e manutenção de prédios públicos), e não constar aquela atividade, ou função equivalente, no plano de cargos da entidade,

sendo necessária a ocorrência das duas situações. Caso o plano de cargos da entidade contemple cargos que sejam inerentes às atividades-meio, portanto, passíveis de terceirização, e seja do interesse do administrador prestar estes serviços de forma terceirizada, é necessário que os cargos em questão sejam colocados em extinção.

e) As empresas de locação de mão-de-obra, cooperativas de trabalho, ou mesmo entidades sem fins lucrativos, não podem invadir áreas de atividades onde a terceirização seria inadmitida, seja porque respeitam aos serviços sociais do Estado responsáveis pelos serviços públicos essenciais, seja porque não se poderia furtar à exigência do concurso público, em face da existência de cargos permanentes na estrutura administrativa com as mesmas atribuições das atividades terceirizadas, ainda que meramente acessórias (e.g.: gari, segurança, merendeira e motorista), pois o legislador, ao criá-los, considerou que para o exercício de suas funções far-se-iam necessários servidores públicos regidos por regime jurídico específico.

f) A admissão de pessoal para a execução de programas, especialmente nas áreas de educação (e.g.: ensino fundamental, ensino e nutrição, educação de jovens e adultos, reforço escolar, incentivo ao amigo da escola, educacional escolar indígena, erradicação do trabalho infantil) e saúde (e.g.: saúde da família - PSF, gestão ambiental, agente cidadão, saúde da família indígena, agentes comunitários de saúde - PACS, saúde para todos - PSPT e agentes do controle de endemias - PACE), deverá ser consecutada – à consideração da conveniência administrativa de realizar concurso público para funções temporárias – mediante a contratação por prazo determinado ou pelo lapso temporal de vigência do programa, antecedida de necessária seleção pública simplificada, consoante prescrição da lei específica.

g) A celebração de termos de parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não se presta à contratação pura e simples de pessoas para a execução dos serviços públicos de educação e saúde pelos Municípios, pois refugiria ao objetivo basilar do Estado (*lato sensu*), quando concede a qualificação de OSCIP a determinadas organizações não-governamentais, qual seja: propiciar o fomento de atividades de interesse público, através do incentivo e ajuda às iniciativas privadas, quando o Estado (sentido largo) se mostrar deficiente na sua prestação direta.

h) A participação de instituições privadas na prestação dos serviços sociais do Estado, sejam Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público ou não, dar-se-á exclusivamente em caráter complementar, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, mediante contrato, convênio ou termo de parceria, quando a estrutura do Poder Público se mostrar insuficiente na prestação destes serviços.

i) Uma vez caracterizada a OSCIP como mera pessoa interposta com o fito de intermediar mão-de-obra, as transferências de recursos àquela entidade, nos casos em que as atividades terceirizadas estejam contempladas por cargos iguais ou similares no plano de cargos ou tratar-se de serviços sociais do Estado, que via de regra são classificadas como "outros serviços de terceiros- pessoa jurídica" ou "subvenções sociais", devem ser classificadas como "outras despesas de pessoal", e assim expressar corretamente o comprometimento da despesa total com pessoal, visto tratar-se de uma clara contraprestação direta

de serviços executados por profissionais nas instalações da Prefeitura e com materiais adquiridos pela própria Prefeitura.

j) É possível, entretanto, o Município fomentar atividades de interesse público nos estritos termos da legislação municipal específica que verse sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como OSCIP, no âmbito municipal, e consequente celebração de termos de parceria com estas organizações, **exclusivamente** dentro do objetivo social reconhecido pelo órgão municipal responsável pela titulação, dentre as finalidades prescritas no comando normativo próprio, a exemplo da Lei Federal nº 9.790/99 e da Lei Estadual nº 11.743/00.

k) A Lei Federal nº 9.790/99, por sua ementa, muito embora pareça dispor sobre normas gerais, é de aplicação restrita à União, pois versa sobre matéria de Direito Administrativo, que "tem por objetivo os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública", razão pela qual a Constituição Federal não cuidou da hipótese de legislar sobre Direito Administrativo como competência privativa da União (art. 22, inciso I) ou competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, inciso I). O Município, destarte, não poderá usar a legislação federal, tampouco as normas estatuidas pelo Estado (*stricto sensu*), e, por conseguinte, as qualificações procedidas por tais entes, como fundamento de validade à celebração de seus termos de parceria com OSCIPs, devendo, sim, no uso de sua autonomia administrativa, política e normativa concedida pelo art. 1º, c/c o art. 18, da Carta Federal, que reside fundamentalmente na disposição sobre tudo que diga respeito ao seu **interesse local**, normatizar a qualificação de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, com vistas à celebração de termos de parceria no âmbito do Município, observando os princípios gerais informadores da Administração Pública.

l) A promoção do voluntariado é uma das finalidades propostas pela Lei Federal nº 9.790/99 (art. 3º, inciso VII) e não um meio em si mesmo para a concretização dos objetivos sociais da OSCIP. De igual modo, sob o manto da legislação municipal específica, as OSCIPs poderão ter pessoal contratado para a realização de suas atividades, não se restringindo ao serviço prestado, gratuita e espontaneamente, por aqueles que queiram doar seu tempo disponível e suas habilidades profissionais à consecução de objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, nos moldes da Lei nº 9.608/98, até porque o voluntário não pode cumprir jornada de trabalho previamente definida (o período em que os serviços vão ser postos à disposição não podem constar do termo de adesão ao serviço voluntário), tampouco receber um valor certo mensal, a título de ressarcimento de despesas efetuadas no exercício das atividades voluntárias (e.g.: viagens, estadias, alimentação), as quais precisam ser, prévia e expressamente, autorizadas, além de documentalmente comprovadas (notas fiscais e recibos etc.).

m) Por fim, com relação às limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal para contratação de pessoal e suas eventuais implicações na prestação adequada pelo município dos serviços públicos de saúde e educação, temos que o remédio para o problema descrito na presente consulta encontra-se na própria Constituição Federal. O artigo 169, § 3º, estabelece as providências que os entes da Federação

deverão tomar caso estejam extrapolando seus limites com gasto de pessoal, que são: a) redução em pelo menos vinte e cinco por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; b) exoneração de servidores não estáveis. Adotadas estas providências, se o município mesmo assim não se enquadrar em seus limites, o § 4º do mesmo artigo permite inclusive que servidor estável perca o cargo, desde que cumpridas as exigências dos §§ 5º e 6º do artigo 169."

n) "O acesso aos postos de trabalho no setor público, a princípio, deve-se dar por meio de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos não só para a investidura em cargo, como também para emprego público, considerando a sua natureza e complexidade, nos termos do artigo 37, II, da Constituição Federal.

o) Há, entretanto, hipóteses excepcionantes à regra geral do concurso público. A contratação de pessoal para serviços temporários, em face de necessidade transitória de excepcional interesse público, regulada por lei autorizativa do ente contratante (federal, estadual, distrital ou municipal), a par da nomeação para os cargos em comissão, que devem ser reservados às atribuições de direção, chefia e assessoramento, e dada a sua natureza de estrita confiança, se configuram de livre nomeação e exoneração, respeitando tão-somente os casos, condições e percentuais mínimos estabelecidos, por lei, para os servidores de carreira.

p) A prestação de serviços públicos, consoante o artigo 175 da Constituição Federal, é dever do Poder Público, que pode fazê-la diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Por outro lado, os serviços públicos que se enquadram na categoria de serviços sociais do Estado (saúde, educação e assistência social) não são passíveis de delegação, uma vez que são gratuitos e não se prestam à exploração comercial que garanta a remuneração do concessionário ou permissionário.

q) Neste contexto, a terceirização somente se mostra admissível na Administração Pública quando se tratar de "atividades-meio", por sua própria natureza (tais como: vigilância, limpeza, conservação, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicação, instalação e manutenção de prédios públicos), e não constar aquela atividade, ou função equivalente, no plano de cargos da entidade, sendo necessária a ocorrência das duas situações. Caso o plano de cargos da entidade contemple cargos que sejam inerentes às atividades-meio, portanto, passíveis de terceirização, e seja do interesse do administrador prestar estes serviços de forma terceirizada, é necessário que os cargos em questão sejam colocados em extinção.

r) As empresas de locação de mão-de-obra, cooperativas de trabalho, ou mesmo entidades sem fins lucrativos, não podem invadir áreas de atividades onde a terceirização seria inadmitida, seja porque respeitam aos serviços sociais do Estado responsáveis pelos serviços públicos essenciais, seja porque não se poderia furtar à exigência do concurso público, em face da existência de cargos permanentes na estrutura administrativa com as mesmas atribuições das atividades terceirizadas, ainda que meramente acessórias (e.g.: garf, segurança, merendeira e motorista), pois o legislador, ao criá-los, considerou que para o exercício de suas funções far-se-iam necessários servidores públicos regidos por regime jurídico específico.

s) A admissão de pessoal para a execução de programas, especialmente nas áreas de educação (e.g.: ensino fundamental, ensino e nutrição, educação de jovens e adultos, reforço escolar, incentivo ao amigo da escola, educacional escolar indígena, erradicação do trabalho infantil) e saúde (e.g.: saúde da família - PSF, gestão ambiental, agente cidadão, saúde da família indígena, agentes comunitários de saúde - PACS, saúde para todos - PSPT e agentes do controle de endemias - PACE), deverá ser consecutada – à consideração da conveniência administrativa de realizar concurso público para funções temporárias – mediante a contratação por prazo determinado ou pelo lapso temporal de vigência do programa, antecedida de necessária seleção pública simplificada, consoante prescrição da lei específica.

t) A celebração de termos de parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não se presta à contratação pura e simples de pessoas para a execução dos serviços públicos de educação e saúde pelos Municípios, pois refugiria ao objetivo basilar do Estado (*lato sensu*), quando concede a qualificação de OSCIP a determinadas organizações não-governamentais, qual seja: propiciar o fomento de atividades de interesse público, através do incentivo e ajuda às iniciativas privadas, quando o Estado (sentido largo) se mostrar deficiente na sua prestação direta.

u) A participação de instituições privadas na prestação dos serviços sociais do Estado, sejam Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público ou não, dar-se-á exclusivamente em caráter complementar, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, mediante contrato, convênio ou termo de parceria, quando a estrutura do Poder Público se mostrar insuficiente na prestação destes serviços.

v) Uma vez caracterizada a OSCIP como mera pessoa interposta com o fito de intermediar mão-de-obra, as transferências de recursos àquela entidade, nos casos em que as atividades terceirizadas estejam contempladas por cargos iguais ou similares no plano de cargos ou tratar-se de serviços sociais do Estado, que via de regra são classificadas como "outros serviços de terceiros- pessoa jurídica" ou "subvenções sociais", devem ser classificadas como "outras despesas de pessoal", e assim expressar corretamente o comprometimento da despesa total com pessoal, visto tratar-se de uma clara contraprestação direta de serviços executados por profissionais nas instalações da Prefeitura e com materiais adquiridos pela própria Prefeitura.

w) É possível, entretantes, o Município fomentar atividades de interesse público nos estritos termos da legislação municipal específica que verse sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como OSCIP, no âmbito municipal, e conseqüente celebração de termos de parceria com estas organizações, **exclusivamente** dentro do objetivo social reconhecido pelo órgão municipal responsável pela titulação, dentre as finalidades prescritas no comando normativo próprio, a exemplo da Lei Federal nº 9.790/99 e da Lei Estadual nº 11.743/00.

x) A Lei Federal nº 9.790/99, por sua ementa, muito embora pareça dispor sobre normas gerais, é de aplicação restrita à União, pois versa sobre matéria de Direito Administrativo, que "tem por objetivo os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade

jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública", razão pela qual a Constituição Federal não cuidou da hipótese de legislar sobre Direito Administrativo como competência privativa da União (art. 22, inciso I) ou competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, inciso I). O Município, destarte, não poderá usar a legislação federal, tampouco as normas estatuídas pelo Estado (*stricto sensu*), e, por conseguinte, as qualificações procedidas por tais entes, como fundamento de validade à celebração de seus termos de parceria com OSCIPs, devendo, sim, no uso de sua autonomia administrativa, política e normativa concedida pelo art. 1º, c/c o art. 18, da Carta Federal, que reside fundamentalmente na disposição sobre tudo que diga respeito ao seu **interesse local**, normatizar a qualificação de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, com vistas à celebração de termos de parceria no âmbito do Município, observando os princípios gerais informadores da Administração Pública.

y) A promoção do voluntariado é uma das finalidades propostas pela Lei Federal nº 9.790/99 (art. 3º, inciso VII) e não um meio em si mesmo para a concretização dos objetivos sociais da OSCIP. De igual modo, sob o manto da legislação municipal específica, as OSCIPs poderão ter pessoal contratado para a realização de suas atividades, não se restringindo ao serviço prestado, gratuita e espontaneamente, por aqueles que queiram doar seu tempo disponível e suas habilidades profissionais à consecução de objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, nos moldes da Lei nº 9.608/98, até porque o voluntário não pode cumprir jornada de trabalho previamente definida (o período em que os serviços vão ser postos à disposição não podem constar do termo de adesão ao serviço voluntário), tampouco receber um valor certo mensal, a título de ressarcimento de despesas efetuadas no exercício das atividades voluntárias (e.g.: viagens, estadias, alimentação), as quais precisam ser, prévia e expressamente, autorizadas, além de documentalmente comprovadas (notas fiscais e recibos etc.).

z) Por fim, com relação às limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal para contratação de pessoal e suas eventuais implicações na prestação adequada pelo município dos serviços públicos de saúde e educação, temos que o remédio para o problema descrito na presente consulta encontra-se na própria Constituição Federal. O artigo 169, § 3º, estabelece as providências que os entes da Federação deverão tomar caso estejam extrapolando seus limites com gasto de pessoal, que são: a) redução em pelo menos vinte e cinco por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; b) exoneração de servidores não estáveis. Adotadas estas providências, se o município mesmo assim não se enquadrar em seus limites, o § 4º do mesmo artigo permite inclusive que servidor estável perca o cargo, desde que cumpridas as exigências dos §§ 5º e 6º do artigo 169."