

Inquérito Civil nº 04.23.2020.0000011/2022-32

## RECOMENDAÇÃO 2351956

O Ministério Público Estadual, pela Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Norte/RN, cuja representante abaixo subscreve, no uso das atribuições legais conferidas pelo artigo 129, incisos II e III, da Constituição Federal de 1988, pelo artigo 27, parágrafo único, I, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), pelo artigo 69, parágrafo único, "d", da Lei Complementar Estadual nº 141/96 (Lei Orgânica Estadual do Ministério Público), art. 3º, § 2º, da Resolução nº 164 do CNMP e, ainda;

Considerando que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, nos termos do art. 127 da Constituição Federal;

Considerando que a Constituição Federal, em seu art. 129, inciso III, prevê que compete ao Ministério Público promover o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Considerando que pode o Ministério Público, no cumprimento de suas atribuições funcionais, para evitar ou estancar prontamente lesões aos interesses da sociedade, "expedir recomendações, visando a melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja a defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção de providências cabíveis", conforme dispõem o art. 6, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/93 e o art. 69, alínea "d", da Lei Estadual nº 141/961;

Considerando que o artigo 1º da Resolução nº 164/2017 do CNMP dispõe que:

Art. 1º A recomendação é instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público por intermédio do qual este expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas.

Considerando que o art. 37, em seus incisos II e IX, da CF estabelecem que:

[...] 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;

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

[...].

Considerando que, quanto à hipótese de “necessidade temporária de excepcional interesse público”, prevista no art. 37, IX, CF/88, ensina Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>2</sup> que “trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarram da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos”;

Considerando que o Supremo Tribunal Federal elencou alguns requisitos para que a contratação temporária se dê de forma regular, são eles: 1) previsão em lei dos casos de contratação temporária; 2) previsão legal dos cargos; 3) tempo determinado; 4) necessidade temporária de interesse público; 5) interesse público excepcional<sup>2</sup>;

Considerando que, em julgado acerca do assunto, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inconstitucionalidade da contratação temporária com vistas a admitir servidores para prestarem funções permanentes<sup>3</sup>;

Considerando que a lei é fonte primária para definir quais as hipóteses concretas de contratação por tempo determinado, especificando, de modo claro e inequívoco, os dois requisitos constitucionais: necessidade temporária e excepcional interesse público. Nesse contexto, no âmbito federal, a lei que dispõe sobre os casos de contratação por tempo determinado é a Lei nº 8.745/93 que prevê no rol do seu art. 2º a caracterização da necessidade temporária e excepcional interesse público, servindo de parâmetro de interpretação para a regulamentação dos demais entes federativos;

CONSIDERANDO que qualquer contratação que viole o disposto para caracterização de necessidade temporária e interesse público vai de encontro não apenas o previsto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal (que trata da obrigatoriedade do concurso público), mas também ao inciso IX do mesmo art. 37, que somente admite a contratação por tempo determinado mediante processo seletivo e para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público. É tanto que a inobservância desses requisitos pode gerar a ilegalidade da contratação temporária, bem como pode ensejar imputação de ato de improbidade administrativa por afronta aos princípios da Administração Pública, assentado no art. 11 da Lei nº 8.429/92, conforme entendeu o Egrégio TJRN<sup>5</sup>;

CONSIDERANDO que, além da exigência de lei específica tratando dos casos de contratação temporária, dispõe a Constituição Federal:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Em apanhado, para a contratação temporária, faz-se necessário, ainda, autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias e a inobservância desse requisito gera a contratação tanto ilegal quanto inconstitucional;

Considerando que a contratação temporária está reservada apenas às hipóteses do art. 37, inciso IX, da Constituição da República, de modo a garantir-se a isonomia, a impessoalidade e a participação, via de regra, por meio do certame público. Efetivamente, a falta de postos de trabalho no Município supre-se por meio do envio pelo Chefe do Executivo de projeto de lei para a criação de cargos públicos à Câmara Municipal e não por meio de contratação emergencial;

Considerando a instauração do Inquérito Civil acima, que tem por objeto apurar a legalidade de contrato da Prefeitura Municipal de Pedra Grande/RN com a Cooperativa de Trabalho dos Profissionais da Educação do Rio Grande do Norte — COOPEDU;

Considerando que há, na própria Constituição Federal, instrumento específico para a contratação de profissionais em situações análogas, qual seja, contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Considerando que os serviços realizados por professores tem caráter de serviço técnico profissional, tanto de acordo com o art. 13, I, II e VI da Lei nº 8.666/1993, quanto pelo art. 6º, XVIII, “a”, “b”, “c”, “d” da Lei 14.133/21;

Considerando que, de acordo com o art. 206, II, III, V e VI, da Constituição Federal, o ensino será ministrado com base nos princípios da liberdade de ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, no pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, na valorização dos profissionais da educação escolar, piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, dentre outros;

Considerando que o Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte já se manifestou no sentido que é possível licitar e contratar empresa de terceirização de mão-de-obra em substituição direta de servidores e empregados públicos, desde que para o exercício de atividade-meio;

Considerando que as Cooperativas encontram-se disciplinadas na Lei nº 5.764/1971 e se constituem como “sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados (...)” (art. 4º). Ademais, “Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados” (art. 90) e “As cooperativas igualam-se às demais empresas em relação aos seus empregados para os fins da legislação trabalhista e previdenciária” (art. 91);

Considerando que a Lei nº 12.690/2012, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das cooperativas de trabalho, dispõe que a cooperativa de trabalho pode ser “de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem

a presença dos pressupostos da relação de emprego” (art. 4º, II) e, ainda, “A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada” (art. 5º);

Considerando que conforme o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”;

Considerando que o Superior Tribunal de Justiça, de forma recorrente e pacificada, tem decidido que, embora não haja vedação ampla e geral para a participação de cooperativas em licitações públicas, tais entidades não podem participar dos certames públicos que objetivem a contratação de mão de obra que apresentem elementos típicos de uma relação de emprego, notadamente a subordinação e a habitualidade do empregado<sup>6789</sup>;

Considerando que o Tribunal de Contas da União, por seu turno, também possui posição cristalina sobre o tema, inclusive sumulada, vejamos:

Súmula nº 281/TCU: É vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade.

É irregular a participação de cooperativas em licitação cujo objeto se refira a prestação de serviço que demande requisitos próprios da relação de emprego, como subordinação (hierarquia) e habitualidade (jornada de trabalho) dos trabalhadores<sup>10</sup>. (grifos acrescidos).

A permissão à participação de cooperativas em licitações que envolvam terceirização de serviços com subordinação, pessoalidade e habitualidade afronta os arts. 4º, inciso II, e 5º da Lei 12.690/2012, a Súmula TCU 281, o Termo de Conciliação Judicial entre a União e o Ministério Público do Trabalho, de 5/6/2003, e o art. 4º da IN-SLTI/MPOG 2/2008. A aparente economicidade dos valores ofertados pelo licitante nesses casos não compensa o risco de relevante prejuízo financeiro para a Administração Pública advindo de eventuais ações trabalhistas<sup>11</sup>;

Considerando, ainda, o que dispõe o Decreto nº 9.507/2018, que trata sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, vedando a terceirização nas seguintes hipóteses:

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 I

V. 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 (art. 3, I a IV)”; [...].

Considerando que o Município de Macaíba/RN, após contratar a Cooperativa de Trabalho dos Profissionais da Educação do Estado do Rio Grande do Norte, por meio de licitação, reconheceu a impossibilidade de terceirizar mão-de-obra de profissionais da área da educação, realizando TAC com o MPRN, cancelando o contrato firmado com a Cooperativa, o qual foi objeto de discussão judicial e teve sua validade confirmada pela decisão do STJ12 que julgou procedente a Suspensão de Segurança nº 3323-RN, restabelecendo os efeitos de Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Município de Macaíba/RN e o Ministério Público Estadual (MPE) e, posteriormente, foi mais uma vez confirmada pelo STF na Reclamação Constitucional nº 48.613/RN13, que manteve a decisão do STJ;

Considerando que vários outros Órgãos Ministeriais no Estado do Rio Grande do Norte recomendaram a anulação dos contratos formalizados entre os Municípios de suas atribuições e a Cooperativa de Trabalho dos Profissionais da Educação do Rio Grande do Norte — COOPEDU, a exemplo de João Câmara, Campo Grande, Carnaubais, em razão da impossibilidade de terceirizar mão de obra de profissionais da área da educação;

Considerando a possibilidade de a Administração Pública exercer seu poder de autotutela na invalidação de atos administrativos eivados de nulidade desde o seu nascedouro;

RESOLVE RECOMENDAR ao Excelentíssimo Prefeito de Pedra Grande/RN, Sr. Pedro Henrique de Souza Silva, que:

a) anule, imediatamente, a contratação da Cooperativa de Trabalho dos Profissionais da Educação do Rio Grande do Norte, devendo encaminhar a esta Promotoria de Justiça, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, documentos que comprovem o cumprimento da presente Recomendação;

b) Se necessário, proceda a contratação temporária de professores e demais profissionais da área da educação para atender à situação temporária de excepcional interesse público, mediante contratação temporária, com prévio procedimento de seleção com critérios objetivos estabelecidos, devendo, neste caso, encaminhar ao Ministério Público prova do atendimento dos requisitos elencados pelo STF, quais sejam: 1) previsão em lei dos casos de contratação temporária; 2) previsão legal dos cargos; 3) tempo determinado; 4) necessidade temporária de interesse público; 5) interesse público excepcional; 6) previsão orçamentária para a despesa.

Fica advertido de que a não observância desta Recomendação, desde que injustificadamente, poderá ensejar o ajuizamento das ações cabíveis.

Por fim, determino à Secretaria Ministerial a adoção das seguintes providências:

1) encaminhe-se esta Recomendação ao Prefeito de Pedra Grande/RN, Sr. Pedro Henrique de Souza Silva, preferencialmente por meio eletrônico;

2) publique-se no DOE/RN;

3) remeta-se cópia eletrônica da presente Recomendação para a Coordenação do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Patrimônio Público do MPRN.

São Bento do Norte/RN, 11 de fevereiro de 2022.

Tiffany Mourão Cavalari de Lima

Promotora de Justiça

---

1 Art. 69. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: [...] d) promover audiências públicas e emitir relatórios anual ou especial, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p.270

3 ADI 3210, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2004, DJ 03-12-2004 PP-00012 EMENT VOL-02175-02 PP-00203 RDA n. 239, 2005, p. 457-463 RF v. 101, n. 379, 2005, p. 237-242 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 59-71 RTJ VOL-00192-03 PP-00884. Além de: ADI 2229, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2004, DJ 25-06-2004 PP-00003 EMENT VOL-02157-01 PP-00122 RTJ VOL-00194-03 PP-00842.

4 STF - ADI: 2987 SC , Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 19/02/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 02-04-2004 PP-00009 EMENT VOL-02146-03 PP-00614 RTJ VOL-00193-01 PP-00112

5 TJ-RN - Apelação Cível nº 0100318-34.2013.8.20.0153. Relator: Juiz Convocado João Afonso Pordeus. 3ª Câmara Cível. Julgado em 19/12/2019

6 STJ. RMS 25.097/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 12/12/2011.

7 STJ. REsp 1204186/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 29/10/2012.

8 STJ. AgRg no REsp 947.300/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 16/12/2008.

9 STJ, AgRg no REsp 960503/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 08/09/2009.

10 TCU. Acórdão 2221/2013-Plenário | Relator: JOSÉ MUCIO MONTEIRO. ÁREA: Licitação | TEMA: Cooperativa | SUBTEMA: Vedação. Outros indexadores: Hierarquia, Relação de emprego, Habitualidade

11 TCU, Primeira Câmara, Acórdão 2260/2017, Rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, Sessão de 18/04/2017.

12 STJ - SS: 3323 RN 2021/0211246-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Publicação: DJ 09/07/2021.

13 STF - Rcl: 48613 RN 0058440-65.2021.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 25/08/2021, Data de Publicação: 27/08/2021.