



ESTADO DA PARAÍBA
TRIBUNAL DE CONTAS
MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL

Processo TC n.º: 10231/11
Parecer n.º: 01763/11
Natureza: **Licitação (Dispensa)**
Origem: **Secretaria de Estado da Saúde**
Jurisdicionado: **Waldson Dias de Souza**

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO TERCEIRIZADO. AUDITORIA. NÃO COMPROVAÇÃO DA ALEGADA SITUAÇÃO EMERGENCIAL. ILEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. MP DE CONTAS. EMERGÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. FICÇÃO GERADA PELA PRÓPRIA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. PELA IRREGULARIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO. COMINAÇÃO DE MULTA PESSOAL AO GESTOR ESTADUAL. BAIXA DE RECOMENDAÇÃO AO SECRETÁRIO NO SENTIDO DE, EVENTUALMENTE, AS FUTURAS DISPENSAS DE LICITAÇÃO SEREM CORRETAMENTE ENQUADRADAS. REPRESENTAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO COMUM E AO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 13.ª REGIÃO).

P A R E C E R

I – DO RELATÓRIO

Cuida-se do exame de DISPENSA de licitação n.º 007/2011, na origem, realizada pelo Estado da Paraíba, através da Secretaria da Saúde, com fulcro no art. 24, IV, da Lei n.º 8.666/93, com vistas à contratação de serviços terceirizados de Ortopedia e Traumatologia, através de Cooperativa, para o Hospital de Emergência e Trauma Luiz Gonzaga Fernandes, em Campina Grande.

Documentação pertinente encartada, fls. 02-124

Relatório inicial da DILIC inserto às fls. 55-124, dando pela irregularidade do presente processo, sugerindo a aplicação de multa ao Secretário e a extração de peças a ser remetidas ao Ministério Público Comum, devido à contratação de serviços médicos por meio de Cooperativas, em detrimento da realização de concurso público.

Vinda dos autos ao MPJTC em 18/11/2011, com distribuição nessa mesma data.

II – DA FUNDAMENTAÇÃO

É de popular sabença que as aquisições de bens e serviços pela Administração se darão por meio de procedimento licitatório (cf. art. 37, inc. XXI), ressalvadas as exceções previstas em lei, dentre as quais avultam a dispensa e a inexigibilidade.

A dispensa da realização do certame foi calçada no inciso IV do artigo 24, referente à situação de emergência ou urgência, devido às paralisações das atividades dos profissionais da saúde, o que levou a administração a realizar contratações por excepcional interesse público, para atender às demandas da população majoritariamente campinense e de comunas adjacentes.

Como bem assentou a DILIC, compulsando-se os autos, verificou-se a não caracterização da situação emergencial que ensejou a realização da dispensa, conforme exigência constitucional e previsão legal:

As dispensas previstas nos §§2.º e 4.º do art. 17 e nos incisos III a XXIV do art. 24, (omissis), desta Lei deverão ser comunicadas dentro de três dias à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade, ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

Com efeito, da leitura da matéria ventilada no presente caderno processual, em momento nenhum restou caracterizada situação emergencial ou calamitosa que ensejasse a dispensa de licitação para contratação de serviços dessa natureza, não tendo sido demonstrado, assim, algo que escapasse à vontade, ao controle e ao planejamento das atividades administrativas a cargo do administrador público.

Nas palavras de Lúcia Valle Figueiredo, na obra *Direitos dos licitantes*, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 25:

Dispensa-se a licitação, ainda, nos casos de emergência, quando a urgência (não de prazos políticos) possa comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos públicos.

Mister que se aclare: urgência não se identifica com desídia administrativa. Menos ainda com a vontade do administrador de colher dividendos políticos.

Seguindo a orientação da esmagadora maioria doutrinária (Marçal Justen Filho, Marinense Escobar, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Jessé Torres Pereira Júnior, dentre outros), tem-se como situação emergencial aquela a que não tenha dado causa o administrador pela inércia na sua atuação. Nem pela pressa de agir diante dos resultados práticos de sua omissão!

Na lição de Antonio Carlos Cintra do Amaral,¹ a emergência:

é caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: um caso é de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização de licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo à empresa (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou, ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas.

¹ Antonio Carlos Cintra do Amaral *apud* Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo, na obra *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 49.

Quando a realização de licitação não é incompatível com a solução necessária, no momento preconizado, não se caracteriza a emergência.

A propósito, vale trazer a lume excerto da Decisão **347/1994** do Tribunal de Contas da União – Plenário, em tema da qual referido Pretório de Contas menciona os requisitos a ser observados para a caracterização da dispensa de licitação e justificação da contratação direta:

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

1. conhecer do expediente formulado pelo ilustre Ministro de Estado dos Transportes para informar a Sua Excelência que, de acordo com as normas que disciplinam a matéria, o Tribunal não responde a consultas consubstanciadas em caso concreto;

2. responder ao ilustre Consulente, quanto à caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública, em tese:

a) que, além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei nº 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, inciso IV, da mesma Lei:

a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;

a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;

a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;

No caso em disceptação, a situação “emergencial” não foi imprevisível, mas resultou da própria inércia da administração pública.

Ademais, mesmo que restasse comprovada situação emergencial ou calamitosa, está pacificada na doutrina e na jurisprudência a ilegalidade da contratação de serviços médicos terceirizados através de cooperativas. A propósito, traga-se à colação o Enunciado da Súmula n.º 331, do Tribunal Superior do Trabalho, que dicciona:

I – a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6019, de 03 de janeiro de 1974);

II – a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, inc. II, da Constituição da República);

III – não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividades-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta;

IV – o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Como se vê, a referida jurisprudência trabalhista incorporou as hipóteses de terceirização previstas no DL 200/67 e Lei 5.645/70, além de acolher a vedação constitucional de contratação de servidores sem concurso público, bem assim a distinção entre atividade-meio e atividade-fim. Firmou, ainda, com acerto, a separação entre terceirização lícita e terceirização ilícita, para o fim da responsabilidade decorrente da relação jurídica terceirizada.

Conclui-se, portanto, ter o gestor agido inadequadamente, utilizando-se de meios inadequados para sanar sua omissão, como seja, dispensa licitatória com enquadramento legal forçado.

III - DA CONCLUSÃO

ANTE O EXPOSTO, opina esta representante do Parquet Especial pela **IRREGULARIDADE** da Dispensa de Licitação n.º 007/2011, levada a efeito pelo Sr. Waldson Dias de Souza, por injustificada sua realização com fundamento no art. 24, I, da Lei n.º 8.666/93, alvitando-se, ainda, a:

a) **COMINAÇÃO DE MULTA** pessoal ao Sr. Waldson Dias de Souza, com base no inciso II do artigo 56 da LOTC/PB;

b) **RECOMENDAÇÃO** ao gestor supracitado de *estrita* observância das normas consubstanciadas na Lei de Licitações e Contratos, bem como dos princípios basilares da Administração pública respeitantes a essa Pasta, evitando, a todo custo, incorrer, novamente, na irregularidade aqui constatada e

c) **REPRESENTAÇÃO** ao Ministério Público Comum acerca dos indícios de cometimento de crime licitatório (dispensa indevida de licitação) e ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) e ao Ministério Público do Trabalho (Procuradoria Regional do Trabalho da 13.ª Região) acerca dos indícios de precarização das relações de trabalho e do malferimento ao princípio da realização de concurso público como forma de admissão de pessoal de caráter efetivo.

João Pessoa (PB), 14 de dezembro de 2011.

SHEYLA BARRETO BRAGA DE QUEIROZ

Procuradora do Ministério Público junto ao TC-PB

cpp