

PROCESSO: 1101594
NATUREZA: DENÚNCIA
ÓRGÃO: PREFEITURA MUNICIPAL DE CONTAGEM
DENUCIANTE: OLÍVIA ROGERIO BRANDÃO DE SOUZA
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO
ANO REF.: 2021

ANÁLISE DE DEFESA

I - INTRODUÇÃO

Trata-se de denúncia apresentada por Olívia Rogério Brandão de Souza, em razão de possíveis irregularidades praticadas pelo município de Contagem ao promover a contratação de Organização da Sociedade Civil para atuação na área de assistência social, desconsiderando os aprovados em referido concurso público vigente.

Em síntese, a denunciante sustenta que o processo para o referido concurso público, edital n. 002/2019, fora desconsiderado e utilizado de forma errônea, uma vez que os candidatos aprovados foram descartados, sem chance de nomeação e posse, mesmo que cumprissem com todos os requisitos para aprovação no cargo de Assistente Social da Administração Direta da Prefeitura de Contagem.

A Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social, respondendo à Comissão dos Aprovados no Concurso Público para a Administração Direta do Município de Contagem, através do ofício nº 484/2021, embasou a legalidade da dispensa e a contratação de terceiros através da Lei 13.019/2014, artigo 30, VI e rebateu os demais aspectos apresentando justificativas que viabilizassem a contratação da empresa referida

Em despacho inicial, o Conselheiro Relator encaminhou os autos a esta Unidade Técnica para elaboração de relatório técnico preliminar.

Esta Coordenadoria em seu relatório inicial entendeu pela procedência do seguinte apontamento:

Apontamento 01 – desconsideração dos aprovados em referido concurso público vigente e pela irregularidade da contratação da empresa OSC Associação de Apoio Social e Cultural Renascer pelo município de Contagem.

Remetidos os autos ao Ministério Público de Contas (MPC) para manifestação preliminar (peça 09, arquivo 2591324/SGAP), o Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello proferiu parecer pela citação dos responsáveis para apresentação de defesas e esclarecimentos sobre as irregularidades apontadas na inicial.

Conclusos os autos, o Conselheiro Relator determinou que juntassem aos autos o expediente 132/21, datado de 03/11/2021, o qual contém a desistência da peticionária por meio da peça 16, arquivo 2576176/SGAP tendo em vista sua nomeação no Concurso Público nº 02/2009.

Intimou-se a denunciante de que o seu pedido será analisado em momento processual oportuno, após a manifestação do órgão técnico e do Ministério Público junto a este Tribunal.

Apresentada a manifestação da denunciante (peças 11 a 18 e peça 20 do SGAP), os autos foram remetidos para esta Coordenadoria que entendeu que a desistência da ação pela denunciante, não obsta o prosseguimento do feito por esse Tribunal de Contas. Entretanto, esta Unidade Técnica, entende que houve perda do objeto da denúncia, uma vez que a Prefeitura de Contagem demonstrou que não estava desconsiderando a nomeação dos aprovados, inclusive, tendo feito algumas nomeações no período.

Encaminhados os autos ao MPC, a Procuradora Elke Andrade Soares de Moura, proferiu em seu parecer (peça 24/sgap), pela citação de Marília Aparecida Campos, Prefeita Municipal de Contagem à época, dos responsáveis pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social de Contagem e da OSC Associação de Apoio Social e Cultural Renascer, para apresentarem defesa, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, acerca dos apontamentos constantes do relatório técnico de peça nº 7 do SGAP.

Conclusos os autos, o Conselheiro Relator determinou a citação dos responsáveis para apresentação de defesa acerca dos fatos apontados.

Após manifestação dos responsáveis os autos retornaram a esta Unidade Técnica para análise de defesa.

II. ANÁLISE DA DEFESA

Apontamento 01 – Irregularidade da contratação da empresa OSC Associação de Apoio Social e Cultural Renascer pelo município de Contagem.

Preliminarmente as defendentes alegam ausência de interesse de agir, devido ao fato da denunciante ter desistido da denúncia e esta Unidade Técnica entender pela perda do objeto da denúncia, conforme análise da peça 22 constante no sgap.

Ainda em preliminar, as defendentes alegam que não são responsáveis pela nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, dispondo de legislação e doutrina.

Prosseguiram alegando que a Dispensa do Chamamento Público nº 01/2021 teve como embasamento a Lei nº 13.019/2014, que em seu art. 30, IV, prevê que é possível dispensa de chamamento público para as atividades de saúde, educação e assistência social, porém exigindo-se que a entidade seja credenciada antecipadamente junto à Administração Pública para realização do serviço, devendo ainda que a dispensa seja devidamente justificada.

Segundo as defendentes, as atividades realizadas pela Organização Social parceira não estavam atreladas somente ao serviço de assistente social, mas como consta na justificativa e objeto da parceria, em todos os serviços socioassistenciais previstos na Resolução n. 109/2009, dentre eles, assistente social, psicólogo, assessor jurídico, pedagogo etc.

As defendentes alegam também que, todo o processo de dispensa passou pelo crivo da Procuradoria Geral do Município, a qual não apontou nenhuma irregularidade na realização do Termo de Cooperação por meio de Dispensa.

Ademais, as defendentes alegam que a Secretária Municipal de Desenvolvimento Social, no âmbito de suas atribuições, não poderia nomear qualquer concursado, tendo em vista que todo o processo de contratação de servidor, seja o comissionado, seja o concursado, ocorre, no Município de Contagem por meio da Secretaria Municipal de Administração, nos termos do Decreto n. 762/2022. E ainda, alegam a inexistência da irregularidade, já que a denunciante desistiu da denúncia.

ANÁLISE

A desistência do denunciante não impede a apuração dos fatos por este Tribunal e possui como consequência apenas a perda da sua qualidade de denunciante no processo. Registra-se, ainda, que a denúncia é um instrumento que os legitimados possuem para provocar ações de fiscalização por parte do Tribunal de Contas.

Assim, o denunciante não é considerado parte na relação processual e, por conseguinte, não pode dispor do direito da ação proposta. Isso porque os processos que tramitam neste Tribunal não têm o condão de tutelar interesses individuais, mas sim de proteger interesses públicos.

O Tribunal de Contas da União se manifestou sobre o tema, conforme Acórdão 1446/2015. O Ministro Relator Augusto Sherman proferiu o seguinte voto, acompanhado pelos seus pares no Plenário daquele Tribunal:

Trata-se de representação formulada pela empresa [...], dando conta de possíveis irregularidades na Tomada de Preços 002/2015, conduzida pela Prefeitura Municipal de Cândido Sales/BA, tendo por objeto a contratação de empresa para execução de serviços de engenharia na construção do Centro de Cultura no município com recursos oriundos do Ministério do Turismo.

[...]

10. Por fim, **em relação ao requerimento de desistência da representação formulado pelo representante, cabe assinalar que, ante os princípios do impulso oficial, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público, o pedido em questão não obsta o prosseguimento do presente processo**, tendo em vista terem sido verificadas nos autos questões de interesse público a serem tuteladas por este Tribunal. (grifo nosso)

Em sua fundamentação, esposou as seguintes razões:

18. Na petição encaminhada, o sócio-administrador da construtora informa que, após o envio da representação a esta Corte de Contas, retornou, em 24/3/2015, à sede da Prefeitura Municipal de Cândido Sales/BA, ocasião em que o município representado reconsiderou as suas alegações e permitiu-lhe participar do certame representando a empresa [...].

19. Conforme pacífica jurisprudência desse Tribunal, os pedidos de desistência formulados em processos de representação perante esta Corte têm apenas o efeito de retirar os representantes da situação de interessados nos referidos feitos, caso nessa condição tenham sido previamente reconhecidos por este Tribunal, cabendo ao TCU dar prosseguimento ao exame da matéria suscitada nos autos.

20. Isto porque, os processos de representação que tramitam neste Tribunal não têm o condão de tutelar interesses individuais, mas sim de proteger interesses públicos. Desse modo, **superveniente oferecimento de desistência de representação não constitui ato com força bastante para produzir arquivamento de processo já autuado, até porque na espécie incidem os princípios do impulso oficial, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público, entre tantos outros.**

21. É dizer, **o pedido de desistência da representação não interfere no prosseguimento do feito**, resultando, quando muito, na exclusão da desistente como parte interessada na representação, tendo em vista que a atuação desta Corte de Contas pauta-se na **defesa do erário e do interesse público, sem subordinar-se à vontade processual do particular interessado**, conforme inteligência dos Acórdãos 2.761/2010, 1.957/2012, 5.964/2012 e 283/2014, todos do Plenário.

[...]

25. Em outras palavras, o representante, apesar de na peça vestibular sustentar que representa com o intuito de resguardar a primazia da legalidade e do interesse público, em verdade, defende causas menos nobres.

26. Apesar disso, em que pese o objetivo da representação ofertada pela [...] seja a defesa de interesses particulares da [...], destaca-se que a matéria controversa trazida a esta Corte de Contas denota, também, a existência de interesse público, motivo pelo qual a representação deve prosseguir, em especial ante a ausência de competição no certame, conforme abaixo demonstrado.

(grifo nosso)

O Tribunal de Contas de Minas Gerais possui entendimento similar, a teor da decisão da então Conselheira Adriene Andrade nos autos da Denúncia 1015836, na qual determinou que "a desistência da denunciante não impede a apuração dos fatos apontados, tendo apenas como consequência a perda da sua qualidade de denunciante, uma vez que a atuação deste Tribunal encontra-se voltada à tutela do interesse público".

Nesse mesmo sentido, colaciona-se decisão do Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, nos autos da Denúncia 1007655:

À Secretaria da Primeira Câmara,

Juntem-se o Exp. n.º 660/2017, dessa Secretaria, e a petição protocolizada sob o n.º 0002863710/2017.

A denunciante [...] pleiteia a desistência da Denúncia n.º 1.015.657, considerando a perda do objeto, uma vez que a licitação já se encerrou.

Assinalo, de início, que, por tutelar necessariamente interesses de ordem pública, os processos de contas, uma vez iniciados, seguem tramitação decorrente de impulso oficial, alheia à vontade de responsáveis e interessados. Diante disso, o juízo de oportunidade quanto ao prosseguimento do processo baseia-se sempre na proteção dos bens jurídicos públicos alcançados na respectiva ação de controle.

Não por outra razão, **o instituto da desistência, no âmbito desta Casa de Contas, é possível tão somente nos recursos** (art. 332 do Regimento Interno). Nessas hipóteses, o colegiado competente já procedeu ao exame dos fatos tratados no processo principal e proferiu decisão de mérito, de modo a tutelar os bens jurídicos públicos abarcados na respectiva ação de controle externo. Não é a situação do presente processo, sobre cujo objeto o Tribunal ainda não se manifestou conclusivamente.

Desse modo, sem prejuízo do prosseguimento do processo, ante o interesse público e a existência de outros denunciante, defiro o pedido de desistência formulado por [...] para que produza os seus jurídicos e legais efeitos, sem, contudo, colocar termo à regular fluência da marcha processual da denúncia, pois a apuração de indícios de falhas em processo licitatório passa ao largo do interesse privado.

Dessarte, resta claro que a desistência do denunciante não obsta o prosseguimento do feito por este Tribunal de Contas.

Em relação a ilegitimidade passiva, de fato, a Secretaria Municipal de Administração é responsável pelo processo de contratação de servidor, comissionado ou concursado, conforme artigos 42 e 49 do Decreto Lei 762/2022 do município, vejamos:

Art. 42 À Gerência de Atendimento, Admissão e Contratação compete:

[...]

IV - admitir, contratar e lotar novos servidores do Poder Executivo, independentemente de seu regime jurídico;

[...]

Art. 49 À Diretoria de Redação e Controle de Atos Administrativos compete:

I - expedir os atos administrativos de nomeação e exoneração de servidores detentores de cargos efetivos e comissionados, bem como os atos de designação e desligamento de função de confiança e especial da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo, mediante autorização prévia do Gabinete do Prefeito;

[...]

Desta forma, não caberia à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social a convocação de novos servidores, não sendo as defendentes responsáveis pela nomeação dos novos servidores. Por outro lado, a referida secretaria é a responsável pelo planejamento e organização da disponibilidade de mão de obra especializada para prestação do serviço de assistência social, em especial requer a nomeação de novos servidores a Secretaria Municipal de Administração.

Sobre a irregularidade da contratação da empresa OSC Associação de Apoio Social e Cultural Renascer, por dispensa de licitação pelo município de Contagem, em vista de ter havido concurso público para atuação na área de assistência social, este Órgão Técnico ratifica seu entendimento exposto na análise inicial, no qual entendeu que, a justificativa para a terceirização foi baseada no juízo de conveniência e oportunidade do gestor municipal e utilizou como respaldo o fato de que apenas candidatos aprovados dentro do número de vagas detém legítimo direito à nomeação. É certo e pacífico, de fato, que a regra do direito subjetivo à nomeação é nítida no caso do aprovado dentro do número de vagas. No entanto, quando existem candidatos aprovados fora do número de vagas declarado no edital e, durante a validade do concurso, o Poder Público realiza novas contratações, faz-se necessário a ponderação acerca da preterição arbitrária, expressão cunhada pelo Supremo Tribunal Federal que, em sede de repercussão geral, firmou a seguinte tese:

O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, **ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresse do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.** Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses:

I – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;

II – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;

III – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, **e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada** por parte da administração nos termos acima.

[Tese definida no RE 837.311, rel. min. Luiz Fux, P, j. 9-12- 2015, DJE 72 de18-4-2016, Tema 784].

A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.

Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

[RE 837.311, rel. min. Luiz Fux, P, j. 9-12-2015, DJE 72 de 18-4- 2016, Tema 784].

No caso em tela, o Município de Contagem demonstrou cabalmente a necessidade da contratação dos serviços de assistência social por meio do MEMO/SMDS/SAS/013/2021, de 05 de fevereiro de 2021, no qual consta:

A necessidade do procedimento se deve ao fato de, atualmente, não haver estrutura interna suficiente na Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social, para a continuidade dos serviços sociais nos CRAS/CREAS. Necessitando a Superintendência de Assistência Social de parcerias com as Organizações da Sociedade Civil para apoio às suas atividades. Embora estejamos recompondo o quadro de servidores públicos efetivos, as recentes convocações em concurso público 002/2019 – ADM, não são suficiente para atender a demanda social de pessoas em vulnerabilidade crescente nos territórios.

Se, “as recentes convocações em concurso público 002/2019 não são suficientes para atender a demanda social”, é nítido que há necessidade de se nomear mais aprovados no concurso além das vagas previstas no edital.

A Constituição Federal em seu artigo 37, inciso II, instituiu o “princípio do concurso público”, o qual prevê em regra que, a pessoa somente pode ser investida em cargo ou emprego público após ser aprovada em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Ainda no art 37, o inciso IX prevê outra

exceção, o caso dos servidores temporários, no qual a lei estabelecerá a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária do interesse público.

Por conta disso, entende-se que a contratação da OSC burla o princípio constitucional do concurso público, em razão dos serviços contratados para 1 (um) ano serem de caráter permanente ou continuado inerente ao cargo efetivo, conforme elucidado no próprio contrato firmado entre a Prefeitura e a OSC, vejamos:



SECRETARIA MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL
E SEGURANÇA ALIMENTAR



Os serviços de Proteção Social Especial devem atuar de forma contínua e compartilhada com outras políticas setoriais que compõem o Sistema de Garantia de Direitos. Asseguram, assim, a efetividade da reinserção social, a qualidade na atenção protetiva e o monitoramento dos encaminhamentos realizados (fonte: <https://www.gesuas.com.br/blog/creas/>).

1.1.2.1. DESCRIÇÃO DAS FUNÇÕES DO CREAS

O papel do CREAS no SUAS, de modo geral, compreendem:

- a) Ofertar e referenciar serviços especializados de caráter continuado para famílias e indivíduos em situação de risco pessoal e social, por violação de direitos, conforme dispõe a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais;

Ademais, a redução de custos não é argumento suficiente para se desconsiderar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da eficiência, da moralidade e da publicidade. Na vigência de concurso público, com cargos vagos na Administração e, diante da contratação de uma organização da sociedade civil para exercer atividades na mesma área de assistência social constante do concurso, o Município atuou de forma injustificada e irregular.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, esta Unidade Técnica opina pela procedência da denúncia, em função da seguinte irregularidade:

- a) Da contratação da empresa OSC Associação de Apoio Social e Cultural Renascer pelo município de Contagem, em ofensa ao princípio constitucional do concurso público.

Por fim, entende-se que a irregularidade apontada é passível de multa as Sras. Marília Aparecida Campos (Prefeita Municipal de Contagem à época) e Viviane Souza França (Secretária Municipal de Defesa Social de Contagem), agentes públicos, responsáveis por terem praticado atos com grave infração a norma legal, nos termos do art. 83, I, c/c o art. 85, II, da Lei Orgânica desta Corte.

À consideração superior.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Diretoria de Controle Externo dos Municípios – DCEM
3ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal



Belo Horizonte, 28 de abril de 2023

Guilherme de Lima Alves
Analista de Controle Externo
TC 3301-1