



MUNICÍPIO DE JACIARA
ESTADO DE MATO GROSSO

FLS

158

SETOR DE LICITAÇÃO

PARECER JURÍDICO Nº 40/2018

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PROTOCOLO N. 2877-01/2018

PREGÃO PRESENCIAL N. 016/2018

Solicitante: COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

Objeto: *"Registro de Preços para contratação de empresa especializada em locação de mão de obra para limpeza de vias e logradouros públicos, varrição, raspagem, limpeza, conservação de meios fios e sarjetas, pintura de meios fios, limpeza de boca de lobo, jardinagem, poda de árvores, serviços de tapa buraco e coleta dos resíduos e serviços gerais, secretaria, vigilância, auxiliar de cozinha, cozinheira, limpeza predial e lavanderia, nas áreas de saúde, limpezas de prédios, asseio e conservação predial em prédios públicos, estes dois últimos com fornecimento de materiais de consumo e equipamentos necessários a perfeita execução dos serviços para atendimento do Município de Jaciara."*

1. Trata-se de solicitação de parecer jurídico da Comissão de Licitação do Município de Jaciara para análise do referido certame do tipo MENOR VALOR GLOBAL, buscando seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública sob a égide do princípio da economicidade.

2. A análise do processo pelo Jurídico visa sanar eventuais falhas cometidas na instrução do processo, evitando que a licitação seja frustrada em momento posterior. Dessa forma, procura-se preservar a legalidade dos atos da Administração em detrimento de situação que esteja em descompasso com o regime Jurídico vigente e que possa provocar a invalidação - parcial ou total - do certame executado pelo Poder Público.

3. O certame teve início após solicitação advinda da Secretaria Municipal de Administração e Finanças, através do Ofício de nº 70/2018/SAF/JAC de 20/06/2018, onde justifica que a licitação deve ser realizada a fim de *"garantir aos usuários da rede pública municipal os direitos que lhes são concedidos por lei, e dar as condições necessárias para os funcionários dos órgãos desempenharem suas atividades, tratando de serviço essencial para saúde, higienização e funcionamento das instalações físicas da cidade"*, fazendo-se juntar, ainda, pesquisa de mercado que, segundo a Administração, é suficiente para assegurar a viabilidade econômica da aquisição.



FLS 159
SETOR DE LICITAÇÃO

MUNICÍPIO DE JACIARA ESTADO DE MATO GROSSO

4. Diante da solicitação do respectivo setor, passo a análise da questão e elaboração de parecer jurídico, sob o prisma estritamente jurídico.

5. A princípio, antes da análise direta sobre o termo de referência e minuta do Edital trazida pela gestão, convém tecer breves comentários sobre a "TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES NO SETOR PÚBLICO".

6. De início, cumpre destacar que a Constituição Federal de 1988 instituiu como imperativo constitucional, regra geral, a necessidade de concurso público para o ingresso em cargo ou emprego público, ou processo seletivo para contratações temporárias para atendimento à excepcional interesse público, nos termos do art. 37, II e IX. Confira-se:

"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;

7. Embora nossa Carta Magna não preveja expressamente a palavra "terceirização", para o trespasse de serviços públicos, a CF traz os termos da concessão, permissão e autorização, admitindo-se, em tese, a terceirização com base no art. 37, XXI, que prevê:

"XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, **SERVÇOS**, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" (g.n.).

8. Desta forma, ao menos em tese e desde que não se tratem de atividades típicas do Estado (atividade fim), é possível que determinados serviços sejam trespasados a terceiros, por meio do devido processo licitatório.



FLS 160
SECRETARIA DE LICITAÇÃO

MUNICÍPIO DE JACIARA ESTADO DE MATO GROSSO

9. Porém, para se alcançar o conteúdo do termo "serviços" do artigo 37, XXI, há que se fazer uma interpretação sistemática da Constituição, de modo a coadunar os incisos I e II do art. 37 com o inciso XXI do mesmo artigo, pois, embora a doutrina e a jurisprudência da Súmula 331 do TST consagraram a diferença entre atividade-fim e atividade-meio, afirmando a viabilidade de se terceirizar tão-somente as atividades-meio, que é casuística, a própria dicção dos incisos I e II do art. 37 não prevê a distinção para fins de realização de concurso público.

10. A primeira baliza constitucional que podemos nos socorrer é a da própria previsão dos incisos I e II do art. 37 que, ao estabelecer a necessidade de concurso público para os cargos e empregos na Administração Pública, afirma que o APARATO ADMINISTRATIVO (interno) deva ser preenchido por pessoas cujo vínculo com a Administração não seja episódico, eventual, transitório, mas sim, PERMANENTE, não sendo de interesse público um concursado para trabalhar em serviços esporádicos e transitórios.

11. Partindo-se destas premissas, realizando a interpretação sistemática da CF, os serviços do inciso XXI do art. 37, passíveis de terceirização, são aqueles que não constituem atividade permanente e interna da Administração, uma vez que para estas, a Administração necessita contratar pessoal, nos termos dos incisos I e II, a fim de integrar seu quadro com os recursos humanos que exercerão as atividades administrativas.

12. Outra observação que podemos destacar desta interpretação sistemática da CF, mais relevante para a presente solicitação de parecer, é de que as atividades EXTERNAS E PERMANENTES, como por exemplo, manutenções de áreas públicas, semáforos, limpezas, jardinagem, são caracterizadas como serviços públicos, mas em sentido estrito, já que alheias à esfera da vida cotidiana da Administração Pública, podendo, EM TESE, ser prestados por empresas terceirizadas, já que a redação do artigo 37, XXI da Constituição dispõe que "*as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública*".



FLS 161
SETOR DE LICITAÇÃO

MUNICÍPIO DE JACIARA ESTADO DE MATO GROSSO

13. Porém, A MAIS IMPORTANTE OBSERVAÇÃO AO CASO TRAZIDO À APRECIÇÃO: ainda que exista a possibilidade da contratação de empresa terceirizada por licitação para a execução indireta destas atividades acessórias do Poder Público, HAVENDO PREVISÃO DE CARGO COM ATRIBUIÇÃO DO SERVIÇO QUE QUEIRA TERCEIRIZAR NO PLANO DE CARGOS E CARREIRAS do ente público, com Concurso Público em vigência, patente a configuração da "substituição de servidor", diante da exigibilidade de concurso para o provimento originário dos cargos públicos efetivos.

14. Esta ressalva, inclusive, está disposta expressamente no Decreto Federal nº 2.271/97, que dispõe ao regulamentar o § 7º do art. 10 do Decreto-Lei 200/677:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta 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. (g.n.)

15. Portanto, nesta situação em que as atribuições previstas para a contratação terceirizada ter previsão em cargo efetivo a ser preenchido por concurso público com disposição no PCCS do ente, o pretense procedimento licitatório e consequente contrato de terceirização afronta diretamente a Constituição Federal, no normativo posto no inciso II do art. 37 comentado.

16. Feitas estas breves considerações, analisando o Termo de Referência e Minuta do Edital deste procedimento administrativo, observa-se uma listagem extremamente ampla de serviços que se pretende terceirizar, não havendo nenhuma avaliação ou observação pela Secretaria solicitante sobre a ressalva da previsão de atribuições em cargo efetivo com previsão no PCCS do ente público, que pode ser preenchido somente por concurso público ou processo seletivo, se temporário.



FLS 162
SECTOR DE LICITAÇÃO

MUNICÍPIO DE JACIARA

ESTADO DE MATO GROSSO

17. Nesse sentido, da análise perfunctória do termo de referência e minuta do Edital, já se verificam várias atividades que, embora possam se considerar acessórias e "terceirizáveis", **detém atribuições de cargos efetivos, inclusive do Concurso Público 01/2014 em vigência**, como, por exemplo, nas atribuições de oficiais administrativos e operadores de máquinas, sendo patente a inconstitucionalidade desta solicitação de licitação da forma abrangente como está.

18. Também importante notar que o **Termo de Referência traz uma descrição para aquisição de objeto também muito abrangente e imprecisa, impossibilitando ou prejudicando a análise sobre a razoabilidade e proporcionalidade** dos preços de referência dos serviços, bem como dos materiais e equipamentos, necessitando-se de uma fundamentada **justificativa da economicidade e delimitações do objeto da licitação**, para evitar-se eventuais aditivos prejudiciais à Administração.

19. Desta forma, em observância aos preceitos do parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 10.520/02, embora o objeto licitado seja comum e possível em tese o Pregão Presencial, os quantitativos e delimitações específicas dos serviços e materiais não estão definidos objetivamente na Minuta do Edital Convocatório.

20. Enfim, da forma como está, tanto o Termo de Referência, quanto a Minuta do Edital, apresentam vícios insanáveis e ilegalidades que provavelmente culminarão com a anulação de todo o processo administrativo, e até mesmo uma eventual responsabilização pessoal do gestor, do qual cabe avaliar se as informações contidas no Ofício nº 70/2018/SAF são suficientes a delimitar, detalhadamente, o objeto da contratação e suas especificações, e amparar legalmente seu objetivo.

CONCLUSÃO

21. Em razão de todo o exposto e, considerando-se as ressalvas e recomendações contidas no presente parecer jurídico, consoante fundamentação supra, **opinamos ao Administrador Público que determine o retorno do presente Procedimento Administrativo ao Secretário Municipal solicitante para que**




FLS 163
MUNICÍPIO DE JACIARA
ESTADO DE MATO GROSSO
DE LICITAÇÃO

realize as conferências sobre aqui ressaltadas e, caso queira, adeque o Termo de Referência e conseqüente minuta do Edital, para posterior nova análise.

S.M.J., este é o meu parecer, elaborado sobre o prisma estritamente técnico jurídico.

À douda consideração superior,

Jaciara/MT, 28 de junho de 2018.


DELICIO BARBOSA SILVA
Procurador do Município
OAB/MT 14364 - Mat. 7324