



EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS

REPRESENTAÇÃO Nº 09 /2014-MP-EFC

Diretoria de Ministério Público Junto ao
TCE/AM
RECEBIDO

Em: 06 / 02 / 14 Horas 13:29

Por: 119

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS, por intermédio da procuradora signatária, no desempenho de sua missão institucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático, a guarda da Lei e a fiscalização de sua execução, no uso de suas atribuições constitucionais e legais e com base no art. 127 da Constituição Republicana¹ nos artigos 54, I e 288 da Resolução nº 04/2002-TCE/AM², e, especialmente, no § 5º do artigo 263 do Regimento Interno³, vem perante Vossa Excelência oferecer a presente

REPRESENTAÇÃO
com pedido de MEDIDA CAUTELAR,

em face do Estado do Amazonas (por assunto relativo à Agência Amazonense de Desenvolvimento Econômico e Social - AADES), com vistas à **imediate suspensão do processo seletivo simplificado** relativo ao Edital nº 012/2014, destinado à contratação de profissionais com atribuições de cargo efetivo, e posterior reconhecimento da

¹ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

² Art. 54. Compete ao Ministério Público: I - promover a defesa da ordem jurídica, requerendo perante o Tribunal as medidas de interesse da Justiça, da Administração e do erário;
Art. 288. O Tribunal receberá de qualquer pessoa, Órgão ou Entidade, pública ou privada, representação em que se afirme ou se requeira a apuração de ilegalidade ou de má gestão pública.

³ Art. 263. Verificando o Presidente a ocorrência de ilegalidade ou outra irregularidade em processo de admissão em curso, despachará, determinando a instauração de procedimento próprio, identificando o objeto e as infrações que ocorrerem, ordenando à DIEPRO a autuação e distribuição a Relator, que cuidará de dar seguimento à instrução.
§5.º Diante das irregularidades verificadas, o Presidente do Tribunal ou o Relator já designado poderá ordenar à Administração, cautelarmente, a suspensão do procedimento admissional, com a medida disposta no § 4.º do art. 262 deste Regimento.



ilegalidade da contratação excepcional e necessidade de realização do concurso público (artigo 37, II da Constituição Republicana), pelos fatos adiante.

A AADES divulgou **Edital de Processo Seletivo nº 012/2014**, de 27/01/2014, com o objetivo de selecionar candidatos a serem contratados por prazo determinado, sob a égide da Consolidação das Leis do trabalho – CLT, por meio de análise de currículos e entrevistas, para atuação no Serviço Residencial Terapêutico (SRT), coordenado pela Secretaria de Estado de Saúde (Susam).

Foram ofertadas vagas para as seguintes funções: **cuidador de pessoas com transtornos mentais, assistente social, fisioterapeuta e assistente administrativo.**

Nota-se que a contratação abrange funções que compõem a atividade-fim da Susam, do que decorre a necessidade de apuração de possível burla ao princípio do concurso público, por meio da utilização da contratação por tempo determinado e via interposta pessoa jurídica criada pelo Estado.

Sabe-se que a Agência Amazonense de Desenvolvimento Econômico e Social - AADES foi instituída pelo Estado do Amazonas pretensamente sob a forma de serviço social autônomo. No entanto, esse artifício significa tão somente a intenção de recrutamento de mão-de-obra temporária para prestação de serviços precipuamente a cargo das Secretarias de Estado.

A intermediação de mão-de-obra para compor recursos humanos dos estabelecimentos e serviços públicos relacionados à saúde caracteriza, em tese, terceirização ilícita, por ser inconciliável com o regime constitucional impositivo de vinculação funcional direta do pessoal com a Administração Pública, que deve ocorrer mediante cargos efetivos e concurso ou função temporária em casos de excepcional interesse público.



Pela referida nomenclatura e pelas disposições da lei criadora, o regime que está sendo aplicado à agência é híbrido, como se fosse entidade paraestatal; isto é, entidade criada por iniciativa privada, sob sistemático incentivo público em parcerias de viabilização de projetos sociais. Em vez de regime jurídico administrativo, regime privado de contratações, observados os princípios de Administração Pública, para funcionar como gerenciador e executor de projetos públicos mediante contrato de gestão

Há relativa imprecisão no tocante aos serviços sociais autônomos e fundações civis instituídos pelo Estado do Amazonas. É o caso da AADES.

Quando criados e controlados pelo Estado, por meio de lei, como elementos de políticas públicas para função de fomento ao Terceiro Setor ou de promoção de atividades sociais e culturais, os serviços sociais autônomos e as fundações civis deixam de se caracterizar ente privado de cooperação paraestatal, passando a se sujeitar – integralmente – ao regime de Administração Pública Indireta, equiparando-se às fundações governamentais.

Em vista da origem, função e controle genuinamente públicos dessas pessoas jurídicas, independentemente da vontade literal do legislador, **deve prevalecer a inteligência do disposto no artigo 37, cabeça e inciso XIX, da Constituição Brasileira, para submetê-las às normas de Administração Pública, entre as quais a de licitar (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93), a de admitir pela via da criação de empregos públicos via concurso público e de prestar contas regularmente ao Tribunal de Contas - interpretação em sentido oposto, tornaria legítimo ao legislador contornar o regime constitucional próprio das entidades criadas e controladas pelo Estado por meio de simples rótulo legal de serviço social autônomo ou fundação civil.**

Somente devem se sujeitar ao regime predominantemente de direito privado os serviços sociais autônomos e fundações frutos de iniciativa e gestão privados, cuja existência e interesse social vêm reconhecidos por lei somente com a finalidade da



outorga de regime de incentivo público - não é esse o caso da AADES, ante a atuação do Estado na criação e controle da entidade.

Nos últimos anos, inclusive em nível federal, observam-se iniciativas que não fazem a devida distinção nesse sentido, em relação às quais assevera José dos Santos Carvalho Filho:

[...] na verdade, esses serviços sociais autônomos mais recentes afastaram-se do modelo clássico e mais se aproximam do sistema de Administração Pública descentralizada. Levando-se em consideração seu objeto institucional, poderiam ser corretamente enquadradas como agências executivas, sob a forma de autarquia⁴.

Nesse sentido, a distorção motivou crítica emblemática na obra *Parcerias na Administração Pública* (editora Atlas) da Professora Di Pietro, com citação do caso da Associação das Pioneiras Sociais, transformada irregularmente de fundação governamental em serviço social autônomo mediante lei e contrato de gestão:

[...] está em situação inteiramente irregular, qualquer que seja a natureza jurídica que se lhe atribua: se for entidade da Administração Indireta, a irregularidade decorre da inobservância de dispositivos constitucionais, que são simplesmente afastados mediante a celebração dos contratos de gestão...se for entidade particular, seu papel iguala-se ao das fundações de apoio..., sendo igualmente irregular⁵.

Além disso, os contratos de gestão e projetos entre o Estado e AADES não podem consubstanciar – como ocorria até recentemente por intermédio de entes de apoio e as OSCIPs –: meio de simples fornecimento de recursos humanos e materiais aos órgãos e serviços públicos na área social, de modo a caracterizar terceirização ofensiva ao dever constitucional de licitar e de criar cargos efetivos e provê-los por concurso, assim como de função temporária de regime administrativo com vinculação direta ao órgão público.

⁴ Manual de Direito Administrativo, 22 ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009, p. 510.

⁵ *op. cit.*, 5 ed., p. 279.



O Edital de Processo Seletivo nº 012/2014, de 27/01/2014, objetiva contratar pessoal para atuar junto à Susam e inexistem preceitos no texto do edital que assegurem a caracterização de emprego temporário sem riscos de conversão futura em vínculo por tempo indeterminado, na forma do regime laboral-celetista, com possíveis prejuízos financeiros e efetivação da relação empregatícia em detrimento de concurso público.

Atento ao assunto, o Ministério Público de Contas, ao analisar o primeiro edital de processo seletivo da entidade (Edital n. 01/2011), recomendou (Recomendação 08/2011-MP, de 22/08/2011), sem prejuízo de outras providências e postulações quanto ao regime jurídico insólito da entidade, ao responsável pela AADES: a) abster-se de contratar e fornecer mão-de-obra às instituições públicas de modo a usurpar e menosprezar o regime de concurso, cargos efetivos e contratações temporárias, por imperativo do artigo 37, II e IX, da Constituição Brasileira.

Ainda, requisitaram-se informações, documentos e justificativas, desta feita, também acerca do objeto do referido Edital e do Projeto de Humanização correlato, de modo a consignar detalhadamente onde e como atuariam os profissionais, explicitando inclusive a fonte de recursos para pagamento.

Sabe-se que com o advento da Constituição Republicana de 1988, a investidura em cargos públicos efetivos deve ser realizada mediante concurso público, admitindo-se contratações temporárias unicamente em circunstâncias excepcionais de interesse público e, ainda, temporariamente.

Verifica-se, no caso em tela, que as admissões promovidas decorreram, supostamente, do artigo 37, IX, da Carta Magna⁶, cujo teor permite à Administração Pública promover contratações por tempo determinado visando ao atendimento da

⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;



necessidade temporária de excepcional interesse público, ficando a cargo de lei infraconstitucional estabelecer os casos que ensejariam tal excepcionalidade.

As contratações temporárias são excepcionalidades, visto que em regra as admissões de pessoal, seja pelo Regime Celetista, seja pelo Estatutário, devem ser promovidas por concurso público (artigo 37, II, da CR/1988). Esse princípio, em virtude do princípio da simetria constitucional, foi repetido no art. 108, § 1º da Constituição do Estado do Amazonas de 1989.

Como se vê, a contratação baseada no art. 37, IX, da CR/88, deve atender a necessidades excepcionais, nas quais o interesse público exige medidas céleres da Administração, razão por que é inviável a realização de concurso público em tais oportunidades.

Neste sentido, cita-se o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello⁷:

A Constituição prevê que a lei (entende-se, federal, estadual ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento de necessidade *temporária de excepcional interesse público*. Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem 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 concurso) (art.37, IX).

Porém, através de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, constata-se que, mesmo em casos de contratação de pessoal temporário, faz-se necessária a realização de um processo seletivo, o qual, segundo Hely Lopes Meirelles, é uma forma simplificada de concurso. Essa exigência encontra fundamento legal nas normas constitucionais que regulamentam o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos e se torna dispensável somente nos casos em que o interesse da coletividade o

⁷ Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Malheiros: São Paulo, 1997, p. 165.



exigir, como, por exemplo, na contratação de pessoal para desempenhar atividades em decorrência de uma situação de calamidade pública.

Portanto, a Constituição da República de 1988 permite que a União, os Estados e os Municípios editem leis que estabeleçam os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. Obviamente, essas leis deverão atender aos princípios constitucionais da razoabilidade e da moralidade, **devendo prever casos que efetivamente justifiquem tais contratações.**

Importa ressaltar, com base nos dispositivos constitucionais sobreditos, que, além da exigência de realização de teste seletivo, os vínculos estabelecidos entre a Administração e os particulares contratados nessa modalidade são de natureza precária, mesmo nos casos em que tenham sido realizados por meio de teste seletivo. Isso porque essa seleção não substitui nem elimina a obrigatoriedade de concurso público, nem pode ser considerada fonte de direitos à permanência no desempenho. Tal seleção é comum, por exemplo, nos casos de magistério, quando, vagos alguns cargos, candidatos são selecionados, precária e rapidamente, sobrevivendo, então, o regular concurso público, do qual aqueles devem participar, se desejarem disputar o cargo.

Não se pode, todavia, admitir que, sob a suposta alegação de existência de situações excepcionais, utilize-se a excepcionalidade como regra, desvirtuando a finalidade da norma constitucional (art. 37, IX, CR/88), que é suprir necessidades temporárias. Neste diapasão, traz-se a lição de Frederico Jorge Gouveia de Melo⁸:

As necessidades temporárias de pessoal devem ser satisfeitas para que não seja paralisada uma atividade governamental ou deixe outra de ser implementada por ausência de agentes para tal finalidade. A temporariedade será caracterizada, v.g., na contratação de pessoal para implantação de programa específico de combate e erradicação de doenças ou mesmo para suprimento urgente de necessidade surgida com falecimento, exoneração ou inativação de servidor com impossibilidade de sua substituição por outro do quadro de pessoal permanente, entre outras situações,

⁸ Admissão de Pessoal no Serviço Público. Procedimentos Restrições e Controles. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 67.



Fica claro que a urgência não deve decorrer da omissão da Administração, pelo contrário, é necessário que tenha sido provocada por situação imprevisível. (...) (grifo nosso).

Também deverá estar presente ainda situação de excepcional interesse público, isto é, não basta que a necessidade seja pública, é imprescindível que seja absolutamente relevante.

In casu, fomentou-se contratação temporária para o preenchimento de funções permanentes, fato este cotidianamente rejeitado pela doutrina e jurisprudência dos Tribunais.

Acerca do tema, informa José dos Santos Carvalho Filho⁹ que o regime especial deve atender a três pressupostos inafastáveis:

O primeiro deles é a **determinabilidade temporal** da contratação, ou seja, os contratos firmados com esses servidores deve ter sempre prazo determinado, contrariamente, aliás, do que ocorre nos regimes estatutário e trabalhista, em que a regra consiste na indeterminação do prazo da relação de trabalho.

Depois, temos o pressuposto da **temporariedade** da função: a necessidade desses serviços deve se sempre temporária. **Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indisfarçável simulação e a admissão será inteiramente inválida.** Lamentavelmente, algumas Administrações, insensíveis (para dizer o mínimo) ao citado pressuposto, tentam fazer contratações temporárias para funções permanentes, em flagrante tentativa de fraudar a regra constitucional. Tal conduta, além de dissimular a ilegalidade do objetivo, não pode ter outro elemento mobilizador senão o de favorecer a alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade. (grifamos)

O último pressuposto é a **excepcionalidade** do interesse público que obriga ao recrutamento. Empregando o termo excepcional para caracterizar o interesse público do Estado, **a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores. Portanto, pode dizer-se que a excepcionalidade do interesse público corresponde à excepcionalidade do próprio regime especial.** Algumas vezes o Poder Público, tal como sucede com o pressuposto anterior e em regra com o

⁹ Manual de Direito Administrativo. 15 ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006. P.500



mesmo desvio de poder, simula desconhecimento de que a excepcionalidade do interesse público é requisito inafastável para o regime especial. (grifos não constantes do original).

Esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se infere dos julgados abaixo:

Servidor público: contratação temporária excepcional (CF, art. 37, IX): **inconstitucionalidade de sua aplicação para a admissão de servidores para funções burocráticas ordinárias e permanentes.**” (ADI 2.987, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 02/04/04) (grifamos)

A Administração Pública direta e indireta. Admissão de pessoal. Obediência cogente à regra geral de concurso público para admissão de pessoal, excetuadas as hipóteses de investidura em cargos em comissão e contratação destinada a atender necessidade temporária e excepcional. Interpretação restritiva do artigo 37, IX, da Carta Federal. Precedentes. **Atividades permanentes. Concurso Público. As atividades relacionadas no artigo 2º da norma impugnada, com exceção daquelas previstas nos incisos II e VII, são permanentes ou previsíveis. Atribuições passíveis de serem exercidas somente por servidores públicos admitidos pela via do concurso público.** (ADI 890, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 06/02/04) (grifamos)

A regulamentação, contudo, não pode autorizar contratação por tempo determinado, de forma genérica e abrangente de servidores, sem o devido concurso público (CF, artigo 37, II), **para cargos típicos de carreira, tais como aqueles relativos à área jurídica**” (ADI 2.125-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29/09/00) (grifamos)

No caso em exame, deve-se proceder aos questionamentos sobre a contratação excepcional. Sendo assim, ao Tribunal de Contas cabe averiguar minuciosamente a possível ilegalidade da contratação.

Portanto, o Ministério Público de Contas REQUER:

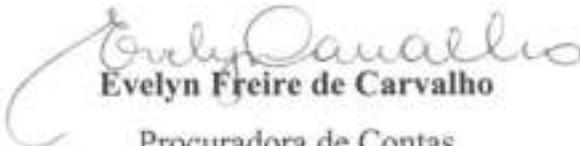
1. **Liminarmente**, em razão da urgência e pela existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, o **deferimento de medida cautelar** determinando a **imediata suspensão** do Processo Seletivo Simplificado - Edital nº 012/2014-AADES, para que não se



concretizem efeitos potencial e irreversivelmente lesivos à ordem jurídica;

2. A **citação dos representados** para apresentar defesa (o Estado por meio da Procuradoria Geral e a AADES pela sua presidência), mediante apresentação de documentos e/ou justificativas (art. 1º, XII e parágrafo único e art. 5º, I e XI, da Lei 2423/96¹⁰);
3. Determinar a **célere apuração do fato** pelo órgão técnico, com emissão de relatório conclusivo, sobre a contratação temporária.
4. Caso verificada a procedência e persistência da situação desconforme:
 - a) **determinar** à AADES que se abstenha de fornecer recursos humanos com violação ao princípio do concurso; b) **fixar** prazo razoável para a criação e provimento de cargos efetivos para atender as necessidades permanentes de pessoal (art. 37, II, da CF/88), sob pena do julgamento pela ilegalidade das admissões decorrentes do processo seletivo simplificado.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS, em Manaus, 06 de fevereiro de 2014.


Evelyn Freire de Carvalho
Procuradora de Contas

¹⁰ Art. 1º - Ao Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, órgão destinado à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos Municípios, auxiliar dos Poderes Legislativos Estadual e Municipais, no controle externo, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta lei, compete: XII - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; Parágrafo único: Ao Tribunal de Contas do Estado, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

Art. 5º - A jurisdição do Tribunal abrange: I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o Art. 1º, inciso II, desta lei, e que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais o Estado e Municípios respondam, ou que, em nome deles, assumam obrigações de natureza pecuniária; XI - os que lhe devam prestar contas, ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de lei.