

ACÓRDÃO TC-020/2014 - PLENÁRIO

PROCESSO - TC-6948/2012
JURISDICIONADO - COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE SANEAMENTO –
CESAN
ASSUNTO - REPRESENTAÇÃO
REPRESENTANTE - VALDOMIRO ABRÃO PERSCH
ADVOGADA - ANA CRISTINA MUNHÓS DE SOUZA (OAB/ES Nº 2.970)

EMENTA

REPRESENTAÇÃO EM FACE DA COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE SANEAMENTO - EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 030/2012 - CONTRATAÇÃO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCERIZADOS ESPECIALIZADOS NA ESFERA TRABALHISTA - 1) IMPROCEDÊNCIA - 2) REVOGAR MEDIDA CAUTELAR - RETIFICAR EDITAL - 3) RECOMENDAÇÕES - 4) DETERMINAÇÃO.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

RELATÓRIO

Trata-se de Representação formulada pelo Sr. Valdomiro Abraão Persch, com pedido de provimento cautelar, noticiando a ocorrência de possíveis ilegalidades no Edital Concorrência nº 030/2012, realizada pela Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN, sob a responsabilidade do Sr. Neivaldo Bragatto – Presidente e da Sra. Ana Cristina Munhós de Souza – Presidente da Comissão de Licitação, cujo objeto é a contratação de sociedade de advogados para prestação de serviços especializados no contencioso trabalhista.

O representante, em síntese, apontou as seguintes inconsistências no Edital:

Item 3.2.1 – A, letras “a”, “b”, “c” e “e”, e 3.2.1 – B – Infringência ao art. 3º da Lei 8.666/93 – Exigência de comprovação de experiência dos advogados por no mínimo 1 ano em representação judicial na Administração Pública Direta e Indireta, com atestados fornecidos por Pessoa Jurídica de Direito Público. Advogados que atuaram em empresas da iniciativa privada estariam impedidos de participar do certame;

Item 5.2.1.1, letra “f” – O critério de pontuação por tempo de prestação de serviços atribuiria pontuação apenas ao licitante que comprovasse ter prestado serviços análogos ao objeto licitado;

Itens 5.2.1.1, letra “g.4” e 5.2.1.1, letra “g.5” – Afronta ao Princípio da Razoabilidade – Atribui pontuação ao número de livros constantes na biblioteca do licitante, que seria um mínimo de 100 e acima de 500, bem como ao número de assinaturas de revistas jurídicas e periódicos”.

Em Sessão Ordinária realizada no dia 23 de novembro de 2012, foi proferida a Decisão TC 5711/2012, às fls. 78/80, concedendo a medida cautelar pleiteada, determinando à CESAN a suspensão do certame até ulterior Decisão dessa Corte. Decidiu ainda por notificar os responsáveis para se manifestar sobre a Representação, juntando os documentos necessários e cópia do processo administrativo, relativos ao certame licitatório.

Em atendimento às determinações acima citadas, os responsáveis encaminharam a este Tribunal a documentação solicitada, bem como a comprovação de suspensão do edital por tempo indeterminado, fls. 225/227.

Nas informações prestadas, a Cesan informou que procedeu a alteração do Edital no tocante aos itens impugnados e que tais alterações constam em Ata de reunião

da CPL, fls. 357/375 e tão logo haja o deslinde por parte desta Corte acerca da suspensão do certame tais alterações serão implementadas e devidamente divulgadas.

Posteriormente, foi protocolizada nesta Corte cópia de Sentença trabalhista exarada pelo Exmo. Juiz substituto da 13ª Vara do Trabalho de Vitória, Fausto Siqueira Gaia, noticiando que embora a CESAN venha terceirizando seus serviços advocatícios, existem candidatos aprovados em concurso público.

A 1ª Secretaria de Controle Externo, por sua vez, elaborou a Análise de Edital de Licitação – AE-L 30/2012 e a Instrução Técnica Inicial – ITI nº 1047/2012, opinando pela improcedência da Representação no tocante ao edital impugnado, uma vez que a Cesan suspendeu o certame, bem como se comprometeu a promover as alterações necessárias ao saneamento do processo.

Todavia, suscitou outra questão, que não havia sido aduzida pelo Representante, a inobservância ao art. 37, II da CF/88, ou seja, ausência de concurso público para a contratação de advogados, o que ensejou a citação dos responsáveis.

Na sequência, foi elaborada a Instrução Técnica Conclusiva – ITC 934/2013, às fls. 553/568, a qual considerou que, embora tenha sido consignado em Ata o compromisso de alterar o edital no tocante aos itens impugnados, não há que se falar em improcedência da Representação, por se tratar de mera promessa, motivo pelo qual no tocante à peça inaugural do processo, opinaram pela procedência parcial da representação, tendo em vista que as alterações ainda não foram implementadas em decorrência da suspensão do certame por esta Casa de Contas.

Contudo, na Conclusão da ITC, a equipe técnica entende que há necessidade de cancelamento do procedimento licitatório de contratação de advogados com consequente perda de objeto da demanda e ao final opina pela procedência da representação.

Quanto à questão incidental referente à preterição de realização de concurso público para ingresso de advogados no quadro permanente da companhia, a área técnica sugere algumas medidas, dentre as quais, a substituição dos advogados terceirizados por concursados e que a Cesan cancele os contratos de terceirização de serviços advocatícios tão logo finalizasse a substituição destes por advogados concursados.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados para manifestação do Ministério Público de Contas que por meio de Parecer da lavra do Procurador de Contas, Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, acompanhou integralmente o opinamento emitido pelo corpo técnico.

No dia 09/07/2013, na 44ª Sessão Ordinária, a Sra. Ana Cristina Munhós de Souza – Presidente da CPL apresentou sustentação oral no Plenário desta Corte.

Após, a equipe técnica elaborou a Manifestação Técnica de Defesa – MTD 12/2013, fls. 713/747, na qual refuta os argumentos apresentados pela defendente e conclui seu opinamento se manifestando pela procedência parcial da representação apresentada nesta Corte pelo Sr. Valdomiro Abraão Persch e necessidade de republicação do edital impugnado, com as devidas retificações.

No tocante à terceirização dos serviços de advogados sugerem a revogação da medida cautelar que suspendeu a Concorrência Pública nº 030/2012; que a Cesan promova a substituição dos advogados terceirizados por concursados dentro de um período de 18 meses; que, sob pena de multa, dentro de 90 dias, elabore plano de ação para substituição gradual dos advogados terceirizados por concursados; que seja incluso como ponto de auditoria, o monitoramento do plano de substituição.

É o relatório. Passo a fundamentar.

FUNDAMENTAÇÃO

A Cesan é uma Sociedade de Economia Mista integrante da Administração Indireta, instituída pelo Poder Público, mediante autorização legal, enquadrada no regime jurídico de direito privado.

A ilegalidade ventilada pela equipe técnica versa basicamente sobre suposta irregularidade cometida pela Cesan quando da terceirização dos serviços advocatícios, com a recomendação de que se abstenha de fazê-la e promova a substituição destes por advogados concursados.

No meu ponto de vista, o caso deve ser analisado sob vários aspectos e dentro de um contexto próprio da Cesan, pois, não podemos desconsiderar suas peculiaridades. Além do que, trata-se de contratação de advogados de forma terceirizada no âmbito de uma sociedade de economia mista, cujo objeto é a prestação serviços de abastecimento de água e esgoto, não sendo tal contratação sua atividade fim.

Pois bem.

O cenário jurídico se encontra em constante evolução, motivo pelo qual sermos implacáveis e agirmos de forma generalizada em todos os processos que se apresentem a esta Corte não coaduna com o processo evolutivo, pelo contrário, não contribui em nada com o enriquecimento e desenvolvimento dos debates jurídicos. E este Tribunal, que desempenha o papel de Corte fiscalizadora não pode permanecer inerte perante uma situação que exige debate.

E é nesse contexto que a terceirização assume importância. Instrumento que, bem utilizado, permite ao Estado afastar-se da execução da atividade-meio, para melhor desempenhar suas funções típicas, despontando como instrumento do qual pode se valer na busca pela melhoria da gestão do interesse público.

Neste sentido é o entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes ¹. Observe:

A terceirização no serviço público constitui tema novo e desafiador, exigindo dos que almejam alcançar essa fronteira uma visão integrada da legislação e da jurisprudência, além de um esforço coordenado de diversos segmentos da Administração.

Os caminhos estão abertos e insinuados desde o Decreto Lei 200/67, mas agora fortalecidos e aclarados pela evolução jurisprudencial, constituindo uma etapa inexorável de uma longa linha evolutiva que encontrará um perfeito equilíbrio entre o verdadeiro papel do estado e da iniciativa privada na concretização do interesse público.

Desta forma, é possível perceber que o cenário de mudanças pelas quais passam e sempre passaram as relações jurídicas, exigem de nós, na condição de operadores do Direito e fiscalizadores da aplicação dos recursos públicos, uma investigação pela busca de novas formas de atuação que podem significar melhoria no desempenho administrativo, sem perder de vista a natureza do Texto Constitucional.

Feitas estas breves considerações acerca do atual cenário pelo qual passa nosso país em busca de mudanças positivas, passo a análise do tema proposto, qual seja, a terceirização de mão de obra no âmbito da Administração Pública.

Inicialmente, importante informar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência convergem no sentido de ser possível a terceirização de mão de obra para execução de atividades-meio, dado seu caráter de apoio às atividades-fim, no intuito de acelerar e tornar mais eficaz o processo de consecução dos objetivos.

Considerando que um dos maiores problemas que envolvem a terceirização é exatamente no tocante a natureza das funções terceirizadas, se faz necessário apontar a distinção entre atividade meio e atividade fim.

Muitas são as atribuições inerentes à determinada pessoa jurídica. Algumas delas, porém, integram seu *núcleo fundamental*, vale dizer, representa as atribuições básicas, assim consideradas aquelas para as quais a pessoa foi

¹ Artigo publicado pela Síntese Trabalhista nº 79 – Janeiro de 1996 – Pág. 132/139; pelo Informativo de Licitações e Contratos – Ano II nº 26 - Abril/96 – pág. 251/259; pela Revista de Informação Legislativa – Senado Federal – nº 130 – Ano 33 Pág. 115/120 e pela Revista RH – Manual do Profissional de Recursos Humanos no Serviço Público nº 2 Julho/96 – pág. 11/23.

instituída. Tais misteres é que, em última instância, mobilizaram a sua criação. Ao mesmo tempo em que lhe constituem a *causa*, serve-lhe também como *objeto*. Sem tais finalidades, a própria pessoa se esvaziaria: são, pois, *atividades-fim*.

Outras atribuições, contudo, a despeito de serem importantes para a busca das metas alvitadas, não integram o núcleo fundamental da entidade. Sua característica é a de serem *atividades-meio*, ou seja, aquelas que traduzem os instrumentos de apoio necessários à consecução dos objetivos. Cuida-se de típicas atividades de apoio, sobre as quais a empresa vai consolidando seus passos com os olhos voltados para as metas que estabeleceu. (grifos do autor)².

Desta forma, percebe-se que atividade-meio nada mais é que um auxílio para desafogar as atividades do contratante e deixá-lo mais livre para a boa realização de sua atividade-fim.

Em um estudo realizado acerca do tema, a doutrinadora Flávia Cristina Mendonça Faria Da Pieve escreve sobre a importância que pode ter para o Estado uma colaboração privada:

Não se está a defender o uso indiscriminado ou a advogar a necessidade de redução do aparato estatal. Nem seria possível juridicamente argumentar que o estado pode se supor confortável quando apoiado pela iniciativa privada. O texto constitucional não desonera o estado; não lhe atribui perfil liberal. Não obstante, a Constituição de 1988 autoriza a colaboração privada, se e quando ela puder contribuir para o alcance do interesse público.³

O doutrinador Luciano Ferraz registra, por seu turno, que a terceirização de atividades-meio atende os anseios da moderna Administração Pública. Vejamos:

O TCU mostra-se alinhado a esta tendência, já tendo admitido, inclusive, a contratação de pessoa para a realização de atividades compatíveis com as atribuições de cargos previstos no plano de cargos e salários do órgão ou entidade jurisdicionado, ao dar provimento a recurso interposto pela Empresa brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero (Decisão nº 885/97 – Rel. Ministro Carlos Átila Álvares de Silca: Ata nº 53/97 – Plenário),

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Terceirização na Administração. Terceirização no setor público: Encontros e desencontros. Coordenação: Cristiana Fortini. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 49.

³ Da PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria. Terceirização na Administração. As terceirizações e as contratações temporárias realizadas pela Administração Pública: Distinção entre as duas figuras e o impacto na LRF. Coordenação: Cristiana Fortini. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 12.

em vista do caráter especializado de que se revestiam as atividades de operador de PABX e telefonista.

Entendo que a flexibilização dispensada no precedente citado é bastante salutar e vai ao encontro das diretrizes que norteiam a moderna Administração Pública e dos pilares estatuídos nos §§ 1º e 2º do Dec. Nº 2271/97. Não obstante, devo asseverar que o elastecimento na contratação indireta de serviços públicos na Administração Pública deve circunscrever-se a atividades de caráter inequivocamente auxiliar. Ressalte-se que atividades dessa natureza exteriorizam-se através de atos materiais, meramente executórios, e não por atos administrativos *strito sensu*.⁴

Trazendo estas considerações para o caso concreto, é notória a existência de uma demanda constante de ações judiciais no âmbito da Cesan, não somente em áreas trabalhistas como em diversos ramos do Direito. Porém, dependendo do caso é admissível a terceirização, uma vez que esta não é sua atividade fim.

Neste sentido, vejamos o que nos ensina sobre terceirização o eminente doutrinador Marçal Justen Filho:

Os serviços a serem prestados devem ser considerados atividades-meio da contratante, não podendo ser considerado exclusivo do Estado. Para o Direito Público, terceirizar corresponde à possibilidade de a Administração Pública (direta ou indireta) obter de terceiro, mediante contrato de prestação de serviços, a execução material de atividade-meio, identificável de acordo com a missão institucional do órgão ou pessoa contratante, respeitados os ditames de segurança e interesse público.⁵

O TCU proferiu acórdão, enfatizando ser possível a terceirização tão somente das atividades-meio, cabendo à Administração a realização de suas atividades finalísticas. Vejamos:

REPRESENTAÇÃO. CONSELHO FEDERAL DE FISCALIZAÇÃO DAS PROFISSÕES REGULAMENTADAS. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA JURÍDICA, SEM LICITAÇÃO. CONCESSÃO DE DIÁRIAS E A LEI N. 11.000/2004. CONHECIMENTO E PROCEDÊNCIA. 1. Para configurar-se a hipótese de inexigibilidade de licitação, não basta que se esteja perante um dos serviços arrolados no art. 13 da Lei n. 8.666/1993, mas, tendo natureza singular, a singularidade nele reconhecível seja necessária para o bom atendimento do interesse administrativo posto em

⁴ FERRAZ, Luciano. A Lei de responsabilidade Fiscal e terceirização de mão-de-obra no serviço público. Fórum Administrativo – FA, ano 1, nº 2, p. 133-134.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 798.

causa, devidamente justificado. 2. Na contratação de empregados para prestação dos serviços de assessoria jurídica que sejam inerentes às atividades finalísticas da entidade, deve ser realizado o devido concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, da CF/1988. 3. Para a celebração de contratos de serviços de assistência jurídica que não integram o plexo das atribuições finalísticas da instituição, cabe promover prévio procedimento licitatório, com fundamento no art. 2º da Lei n. 8.666/1993.⁶

Assim também é o entendimento do doutrinador Sérgio Pinto Martins, *in verbis*:

A relação contratual entre Administração e terceirizado, além de permitir o controle sobre o inchaço da máquina pública, que trabalha com menos pessoas e menos órgãos, leva à execução da tarefa por um prestador especializado a cada objeto, a cada tarefa, bem como transfere o centro de gerenciamento da execução direta a uma pessoa externa, o terceirizado, que fica responsável pelo regular cumprimento da avença, e isso permite que a Administração Pública fique centrada em atividades de planejamento, fiscalização e controle.⁷

Em um Estado em que a legislação se torna cada dia mais exigente no sentido de atribuir um número cada vez maior de deveres à Administração, de alguma forma esta precisa dispor de meios para atender com presteza e qualidade a todos esses deveres. Na busca da satisfação destes interesses, observo a presença de 2 princípios fundamentais na Administração Pública, quais sejam: economicidade e eficiência.

Com fundamento no Acórdão 980/205 – Segunda Câmara, no qual o TCU determina que o jurisdicionado promova estudos para aferir a relação custo/benefício das contratações de serviços advocatícios, pessoa física ou jurídica em comparação com os custos decorrentes da admissão de novos advogados concursados, em obediência ao princípio da economicidade, uma questão que merece importante destaque foi citada quando da sustentação oral realizada pela Dra. Ana Cristina Munhós. Pois, foi elaborado estudo técnico sobre este ponto, e o resultado é que a CESAN gasta anualmente, mesmo com os 3 contratos em andamento, o total de R\$ 785.235,56, ao passo que no mesmo período gastaria R\$ 2.389.857,56 com os advogados próprios de sua estrutura caso os mantivesse. Observe que esta

⁶ TCU. Processo nº 012.134/2005-8. Acórdão 933/2008 – Plenário. Julgado em: 21 de maio de 2008.

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 104.

terceirização gera uma economia anual para a Companhia no montante de R\$ 1.604.622,00.

O TCU já se manifestou quanto à observância na economicidade da terceirização, recomendando “uma análise de custo/benefício em cada processo de terceirização, de modo a permitir a constatação de viabilidade econômica do procedimento”.⁸

Sobre o princípio da eficiência, o destaque é para o fato de que para as várias ações em curso, os escritórios contratados já possuem um elevado grau de conhecimento sobre o assunto demandado, bem como já existe tese defensiva elaborada em torno da questão suscitada, o que demandaria tempo para que novos contratados adquirissem o conhecimento necessário para ingressar no feito, em substituição.

O constitucionalista José Afonso da Silva trata das vantagens da terceirização na Administração Pública.

Ao se admitir que a Administração Pública recorra à terceirização para a execução de determinadas atividades, surge a possibilidade de obtenção de um bom serviço a um bom custo, de modo que a escolha decorre, via de regra, da concorrência entre possíveis prestadores, o que tende a promover acréscimo de qualidade com redução de preço, traduzido na Constituição Federal como o princípio da eficiência, a pautar a atuação do administrador (art. 37, caput).⁹

Alguns doutrinadores se posicionam no sentido de que não se deve chegar ao ponto de inviabilizar o adequado funcionamento da Administração Pública, com a fixação de exigências inexistentes no Texto Constitucional. Vejamos:

Nesse diapasão, entendemos que a posição majoritária do STF, adotada no julgamento da ADI nº 3.068 é a mais apropriada. Tem razão o Min. Eros Grau, ao observar que a CF não faz distinção entre atividades permanentes e atividades temporárias para efeito da contratação prevista no inc. IX do art. 37. com efeito, esse dispositivo prevê “contratação por tempo

⁸ TCU. Processo nº 014.523/2004-7. Acórdão 2058/2005 – Plenário. Julgado em: 06 de setembro de 2005.

⁹ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 337.

determinado para atender necessidade temporária” e não “contratação para atividades temporárias”.¹⁰

A terceirização lícita é regulada basicamente pela Súmula 331 do TST, que aponta como terceirização lícita a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não objetivando fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego.

Portanto, cabe destacar que a terceirização é nitidamente admitida em nosso ordenamento jurídico, não existindo qualquer norma que vede tal iniciativa. Numa análise jurídica, verificamos permissões expressas às terceirizações. Vejamos:

A intermediação, em mão de obra, em atividades permanentes, não é vedada por lei e nem proclama a legislação responsabilidade solidária do tomador e do intermediário. Situação que não se confunde com a prevista na Lei 6.19 que se refere apenas a serviços temporários.¹¹

Inexistindo em nossa legislação, qualquer proibição à utilização de mão de obra de terceiros, há que se proclamar a licitude de tal prática, eis que destituída de qualquer eiva de burla à legislação obreira, complementando-se a relação jurídica de forma plena e límpida.¹²

Como se pode ver, a vedação à terceirização no âmbito da Administração Pública não é absoluta, nem questão pacífica. Inexistindo a intenção de fraudar direitos dos trabalhadores, a terceirização vai sendo lentamente admitida e reconhecida como instrumento de economicidade e eficiência.

Ademais, pondera-se que não existe no ordenamento jurídico nacional regulamentação específica acerca das atividades passíveis ou não de terceirização no setor de saneamento básico, de modo que é preciso esclarecer que o tema é complexo.

¹⁰ ARAUJO, Florivaldo Dutra de. Requisitos constitucionais para a contratação temporária de servidores públicos. In: FORTINI, Cristiana (Org). Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 119-127.

¹¹ TRT 4ª Região – AC 9.337/88 – Rel. Juiz Ferreira Prunes, in: SOUTO, Paulo Roberto, “Mas afinal, os tribunais do trabalho são contra a terceirização?”, Porto Alegre, CLT, Ed. Cultural, 1993, pp. 27/28.

¹² TRT 7ª Região – RO 1198/91 – AC 2000/92, 24/09/92 – Rel. Juiz Raimundo Feitosa Carvalho, in: FURTADO, Teófilo Emmanuel, “Contemporizando a terceirização”, rev. LTr, vol. 57, nº 11, novembro 1993, p. 1.320.

O concurso público é instrumento de consolidação da democracia, na medida em que permite a um grande número de pessoas, regra geral, sem qualquer distinção, disputar o ingresso nos quadros de servidores da Administração Pública, estando previsto como regra obrigatória pela Constituição de 1988 para a grande maioria das admissões no serviço público.

E a empresa representada, como integrante da administração pública indireta, deve estar submetida à referida regra, embora não de maneira absoluta, devido às suas particularidades. No caso específico de sua representação jurídica a regra é o concurso público, considerando que os cargos de advogado têm previsão no plano de cargos e salários da companhia, devendo fazer o devido planejamento para que tenha um quadro de advogados concursados em número razoável, para conseguir atender as suas demandas de consultoria jurídica e representação judicial do dia a dia. E desse quadro de advogados deve ser garantida remuneração justa e de acordo com a lei, acompanhada das devidas condições de trabalho. Entretanto, deve ser cobrado dos mesmos um trabalho eficiente em que, além do cumprimento dos prazos judiciais, sejam elaboradas petições consistentes e que seja feito o devido acompanhamento dos processos, com a presença nos atos processuais, inclusive com participação efetiva em audiências e sustentações orais.

Entretanto, existem algumas situações especiais, em que a terceirização pode se mostrar necessária ou mais eficiente para que a empresa corra menos riscos em sua defesa em processos judiciais. E uma defesa eficiente da referida empresa, cuja maioria do capital é do Poder Público não é um mero interesse da própria empresa, mas sim é de interesse público. Não interessa à sociedade que, por problemas jurídicos resultantes de uma defesa plena, a empresa passe por interrupções em fornecimento de água, que seja condenada em quantias não razoáveis ou que sofra injustamente outras restrições.

A terceirização, quando necessária e feita de acordo com os ditames legais, não tem o objetivo de desmerecer o advogado público. Ela apenas complementa o trabalho

que teria dificuldades de ser realizado pelos advogados públicos. Além disso, registre-se que o Estatuto da OAB permite que o advogado público também atue em escritório particular, salvo quando o regime de trabalho for de dedicação exclusiva.

Mais quais seriam então os casos em que a terceirização dos serviços de advocacia poderia ser necessária ou ser mais eficiente?

Registro três casos: as demandas altamente especializadas, o excesso de demandas e as demandas com potencial conflito de interesses.

As demandas especializadas são aquelas em que existe uma alta complexidade e que dificilmente haveria no quadro próprio de advogados alguém com experiência razoável no assunto demandado e mesmo que existisse alguém com disposição de estudar o assunto, o tempo de preparação tenderia a ser bem maior do que os prazos processuais a serem cumpridos. E mesmo no mercado privado a procura por um profissional não seria fácil, o que poderia levar a contratação por inexigibilidade de licitação devido à notória especialização.

Ressalte-se que em algumas demandas exige-se manuseio de recursos nos Tribunais Superiores, sendo que os escritórios especializados em regra possuem escritório também na Capital Federal, o que facilita o acompanhamento dos recursos nas referidas instâncias superiores.

O excesso de demandas ocorre quando devido fato, seja da natureza, seja da economia, seja da entrada em vigor de uma nova lei, surge um número excessivo de demandas judiciais. Neste caso, é possível a terceirização de seu contingente advocatício caso a empresa não conte com uma estrutura suficientemente capaz de realizar as defesas e o acompanhamento destas demandas imprevistas.

Neste ponto ressalto ser imprescindível a aplicação da relação custo-benefício, por meio do princípio da eficiência, pois sendo um dos pilares da reforma administrativa (leia-se emenda constitucional nº 19/98), procurou implementar o modelo de

administração pública gerencial voltada para um controle de resultados na atuação estatal, visando economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez e produtividade. Desta feita, ocorrendo o aumento substancial das demandas, mostra-se recomendado a terceirização dos serviços de advocacia.

As demandas com potencial conflito de interesses são aquelas em que o objeto guarda alguma relação com interesse da maioria do corpo de advogados da empresa. Trata-se de uma situação complicada e que ocorre de maneira mais frequente nas demandas trabalhistas, como é o caso deste processo. Não há dúvida que é natural, e até compreensível, por ser da natureza humana, que as pessoas não tenham impulso em trabalhar de maneira eficiente em algo que poderia prejudicar um interesse direto, tal como: salário, gratificação, horário de trabalho, auxílio, descontos em folha etc. Neste caso, a terceirização tende a ser mais eficiente, pois as demandas serão defendidas por advogados que não tem interesse direto na causa. Entretanto, mesmo assim, isso não isenta a empresa de ter no seu quadro advogados trabalhistas, tanto para fiscalizar a execução do contrato, quanto para atuar em outras demandas em que claramente não há conflito de interesses.

Então, nos casos acima citados é possível a terceirização, que deve ser feita nos moldes legais, bem planejadas, corretamente estruturadas e organizadas, com o objetivo de tornar a Administração mais eficiente e eficaz, pois garante a concentração do administrador público às atribuições próprias do Estado, orientando e fiscalizando, o que resulta na entrega ao cidadão de serviços melhores a custos mais baixos.

Desta forma, sem deixar de lado a importância do concurso público no âmbito da Administração Pública a fim de que sejam preenchidos os cargos constantes no plano de cargos e salários do órgão, bem como para possibilitar o acesso ao serviço público a quem por ele se interesse e esforce para alcançá-lo, devemos ter muita cautela ao julgar, posto que podemos estar, mesmo sem querer, engessando os atos do administrador.

Considerando o excesso de demanda, a especialização necessária, bem como o possível conflito de interesses existentes no âmbito da CESAN, meu posicionamento se firma no sentido de ser possível a terceirização nas três situações especiais descritas nesta fundamentação.

Importante salientar que não estamos defendendo que a terceirização será, via de regra, mais eficiente que a execução direta. Deverá sempre ser analisado o caso concreto e com muito critério, a fim de auferir sua possibilidade ou não.

É a fundamentação. Passo a decidir.

DECISÃO

Diante do todo o exposto, Voto no seguinte sentido:

Pela improcedência da representação inicialmente apresentada pelo Sr. Valdomiro Abrão Persch;

Pela revogação da suspensão do procedimento licitatório Concorrência Pública nº 030/2012 instaurado pela Cesan, informando que a companhia pode dar continuidade ao certame com as devidas alterações que constam da Ata de Reunião da Comissão Permanente de Licitação que tratou do assunto;

Em observância ao Princípio da economicidade, Voto para que a Cesan promova periodicamente estudos técnicos, a fim de verificar se os contratos terceirizados de assessoria jurídica continuam atendendo ao princípio citado ou se será necessário promover a substituição deste por servidores concursados, na busca da satisfação do interesse público.

Que a CESAN se atente para o fato de que serviços terceirizados somente devem ser utilizados nas situações especiais descritas neste voto, quais sejam:

- a) Demandas altamente especializadas;
- b) Excesso de demandas;
- c) Demandas com potencial conflito de interesses.

Havendo contratações terceirizadas que não atendam aos ditames deste voto, fixo o prazo de 18 meses para que sejam tomadas as providências necessárias para a contratação via concurso público.

VOTO-VISTA DO SR. CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN:

A par da discussão ocorrida na sessão de julgamento destes autos, dia 05/11/2013, com manifestações orais dos Em. Conselheiros Domingos Taufner, João Luiz Cotta Lovatti, Sergio Aboudib e do D. Procurador Luciano Vieira, solicitei vistas com o propósito de conhecer melhor os posicionamentos expostos e de me inteirar de forma mais completa sobre o tema central tratado no processo referenciado, ou seja, a terceirização de serviços jurídicos contenciosos.

FUNDAMENTAÇÃO:

Rememoro que não é a primeira vez que é trazida a Plenário a discussão sobre o posicionamento do Poder Judiciário em relação às decisões dos Tribunais de Contas, como se as decisões proferidas naquela instância tivessem maior juridicidade do que os julgamentos levados a efeito por este Colegiado.

Nesse passo, cumpre-me mais uma vez ratificar o meu entendimento de que há total independência entre essas instituições, não havendo qualquer vinculação entre os entendimentos desses órgãos sobre as matérias submetidas a seu crivo.

Assim não fosse, a apreciação por um excluiria o processamento do outro sobre o mesmo assunto, fazendo coisa julgada, por exemplo, o que de fato não se observa,

diga-se, por total absurdo.

O art. 71 da Constituição da República assegura as competências do Tribunal de Contas, reproduzidas na Lei Complementar 621/2012, de modo que é inafastável a jurisdição desta Corte sobre o caso em apreciação.

Ademais, assim como há reconhecida independência do Poder Judiciário em relação ao Tribunal de Contas, a exemplo do julgamento das contas x inelegibilidade de candidatos, a Corte de Contas não fica adstrita ao eventual acerto dos juízes ao pronunciar-se sobre causas submetidas a seu julgamento.

Os Tribunais de Contas como tribunais especializados no julgamento das contas públicas não são órgãos dependentes da administração, são autônomos, existem “per si” e não fazem parte de nenhuma hierarquia de Tribunais, nem mesmo dos Tribunais Judiciais¹³.

Pretender pautar os julgamentos desta Corte com base em pronunciamentos feitos pela Justiça do Trabalho, como no caso concreto, é negar cumprimento ao comando constitucional, é dizer que lá se julga melhor do que aqui!!!!!! A isso não poderei me associar.

Nessa esteira convém destacar que dos próprios autos extrai-se a divergência de interpretação dentro de uma mesma instância trabalhista, já que a 13ª e a 4ª Vara do Trabalho de Vitória decidiram de forma diametralmente oposta em casos idênticos, relativamente ao mesmo concurso público e mesma terceirização.

A primeira decisão considerando irregular a terceirização, pois efetuada em “preterição” a candidatos aprovados em concurso¹⁴ e outra julgando regular a licitação que terceiriza os serviços advocatícios contenciosos, sob o argumento de

¹³ Amaral, Diogo Freitas do, Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa, Curso de Direito Administrativo, Vol. I, Reimpressão, Livraria - Almedina, Coimbra – 1993.

¹⁴ Processo judicial nº 0101800.19.2012.5.17.0013

que é atividade meio e não finalística da Companhia.¹⁵

Entendo que a jurisprudência dos Tribunais Judiciários é mais uma fonte de pesquisa e pode, sim, orientar decisões, porém sem vincular o julgamento desta Corte de Contas em face do que preconiza o princípio da independência das esferas administrativa e judicial, transcrito no aresto a seguir:

| | |
|--------------------|---|
| Processo: | AC 6930 PA 2001.39.00.006930-2 |
| Relator(a): | DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS |
| Julgamento: | 19/01/2011 |
| Órgão Julgador: | QUINTA TURMA |
| Publicação: | e-DJF1 p.111 de 04/02/2011 |

Ementa

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. NULIDADES NÃO COMPROVADAS. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A atuação do Tribunal de Contas da União não está condicionada ao resultado de eventual persecução criminal promovida pelo Ministério Público, bem como à correspondente responsabilização dos agentes envolvidos em delitos de malversação de dinheiro público, em face da independência entre as instâncias administrativa e penal. Precedentes.
2. Conforme se depreende da farta documentação juntada aos autos, a tramitação dos processos de tomadas de contas especiais deu-se de forma regular, tendo sido oferecida oportunidade para a defesa e apresentação de recursos, com a observância ao devido processo legal e ao contraditório.
3. A alegação genérica de nulidade procedimental, bem como a afirmação de que as dívidas decorrentes dos atos administrativos irregulares teriam sido renegociadas ou quitadas, imprescinde de prova, ônus do qual não se desincumbiu o Autor, conforme lhe competia.
4. Apelação a que se nega provimento.”

Filio-me, nesta oportunidade, à orientação contida na sentença proferida pela 4ª Vara do Trabalho, da lavra da Em. Juíza Denise Marsico do Couto, a qual traduzo *in verbis*:

“[...] No caso presente, a terceirização na contratação de sociedade de advogados por meio de

¹⁵ Processo judicial nº 0129000-28.2012.5.17.0004

processo licitatório não se revela ilícita, eis que a contratação de serviços técnicos jurídicos contenciosos não se trata mesmo de atividade fim da empresa ré, e sim de atividade meio. Ou seja, o objeto social da empresa ré consiste no fornecimento de água e tratamento de esgoto, o que obviamente não engloba os serviços de natureza jurídica exercidos pelas sociedades de advogados terceirizados.

Ao contrário do que aduz a autora, a terceirização lícita não é somente aquela destinada a atividades não rotineiras da empresa, mas também contínuas e rotineiras, desde que não sejam finalísticas, e que envolva serviços específicos, técnicos especializados, de natureza complexa, e que não caracterize vínculo de emprego com os contratados. [...]"

CONCLUSÃO:

Postos estes argumentos, voto em alinhamento com o Em. Relator, **pela improcedência da Representação**, porém, **ampliando o alcance da decisão**, para **estabelecer a possibilidade de terceirização de serviços jurídicos de natureza contenciosa, por entender que o objetivo social dessa Companhia não é a prestação de serviços advocatícios.**

Assim, ditos serviços não se enquadram como atividade fim da CESAN, mas sim de atividade meio, o que torna lícita a licitação levada a efeito e ora analisada.

Ratifico, por fim, o meu posicionamento já externado em outros julgamentos, de que a decisão quanto à terceirização ou concurso público deverá ser adotada pelo gestor com base em estudos prévios para aferir a relação custo x benefício das contratações de serviços advocatícios, por meio de licitação, em comparação com os custos decorrentes da admissão de novos advogados concursados.

Caso os estudos acima indicados sugiram como medida mais vantajosa a contratação de terceiros, que o gestor atente para a necessidade de licitação para contratação, conforme determinam os artigos 2º e 3º da Lei de Licitações.

De outro modo, caso os estudos acima indicados sugiram como medida mais vantajosa, a realização de concurso público, que a estruturação das carreiras, no

tocante ao quantitativo de cargos e fixação de salários, esteja em absoluta conexão com os parâmetros da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade.

Dê-se ciência aos interessados e à CESAN, dos termos do Voto do relator, com os complementos ora apresentados.

VOTO-VISTA DO SR. CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI:

Trata-se de Representação acerca do Edital da Concorrência Pública nº 030/2012, da CESAN – COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE SANEAMENTO, cujo objeto refere-se à contratação de “(...) *sociedade de advogados para prestação de serviços especializados no contencioso trabalhista, constando de prestação de serviço de promoção e acompanhamento, sem exclusividade, de feitos judiciais de interesse da CESAN de natureza trabalhista, quer em processos principais, acessórios, preventivos ou incidentais, em trâmite na Justiça do Trabalho, Federal ou Estadual, bem como consultoria administrativa em matéria trabalhista (...)*”, com valor orçado em R\$ 342.000,00, base exercício 2012.

Na 78ª Sessão Ordinária de 2013, realizada em 05/11/2013, tive oportunidade de manifestar-me oralmente no sentido de acompanhar o voto proferido pelo relator, Conselheiro Domingos Augusto Taufner, por entender que este conseguiu, em seu voto, conciliar a necessidade da estrita observância do princípio da legalidade pelo Administrador Público com a busca da eficiência, ambos de matriz constitucional porquanto previstos no art. 37 da Constituição Federal.

De sorte que acompanho o seguinte dispositivo do voto proferido e juntado às fls. 764/768 a seguir transcrito:

Diante do todo o exposto, Voto no seguinte sentido:

Pela improcedência da representação inicialmente apresentada pelo Sr. Valdomiro Abrão Persch;

Pela revogação da suspensão do procedimento licitatório Concorrência Pública nº 030/2012 instaurado pela Cesan, informando que a companhia pode dar continuidade ao certame com as devidas alterações que constam da Ata de

Reunião da Comissão Permanente de Licitação que tratou do assunto;

Em observância ao Princípio da economicidade, Voto para que a Cesan promova periodicamente estudos técnicos, a fim de verificar se os contratos terceirizados de assessoria jurídica continuam atendendo ao princípio citado ou se será necessário promover a substituição deste por servidores concursados, na busca da satisfação do interesse público.

Que a CESAN se atente para o fato de que serviços terceirizados somente devem ser utilizados nas situações especiais descritas neste voto, quais sejam:

- a) Demandas altamente especializadas;
- b) Excesso de demandas;
- c) Demandas com potencial conflito de interesses.

Havendo contratações terceirizadas que não atendam aos ditames deste voto, fixo o prazo de 18 meses para que sejam tomadas as providências necessárias para a contratação via concurso público.

É como Voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-6948/2012, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Plenário do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia quatro de fevereiro de dois mil e quatorze, por maioria e sem divergência, nos termos do voto proferido pelo então Relator, Conselheiro Domingos Augusto Taufner, lido pelo Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, nos termos do artigo 86, §4º, do Regimento Interno deste Tribunal:

1. Considerar **improcedente** a representação em face da Companhia Espírito Santense de Saneamento - CESAN, apresentada pelo Sr. Valdomiro Abraão Persch;
2. **Revogar** a suspensão do procedimento licitatório de Concorrência Pública nº 030/2012, podendo dar continuidade ao certame com as devidas alterações que constam da Ata de Reunião da Comissão Permanente de Licitação que tratou do assunto.

3. Recomendar a CESAN:

3.1 Promover periodicamente **estudos técnicos**, a fim de verificar se os contratos terceirizados de assessoria jurídica continuam atendendo ao princípio da economicidade ou se será necessário promover a substituição deste por servidores concursados, na busca da satisfação do interesse público.

3.2. Que se atente para o fato de que serviços terceirizados somente devem ser utilizados nas seguintes situações:

3.2.1. Demandas altamente especializadas;

3.2.2. Excesso de demandas;

3.2.3. Demandas com potencial conflito de interesses.

4. Determinar que havendo contratações terceirizadas que não atendam aos ditames do voto-vencedor, fixa-se o prazo de 18 meses para que sejam tomadas as providências necessárias para a contratação via concurso público.

Parcialmente vencidos os Conselheiros Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun e Sérgio Manoel Nader Borges, que votaram pela ampliação do alcance desta decisão para estabelecer a possibilidade de terceirização de serviços jurídicos de natureza contenciosa, por entender que o objetivo social dessa companhia não é a prestação de serviços advocatícios,

Absteve-se de votar, nos termos do artigo 86, §4º, do Regimento Interno deste Tribunal, o Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo.

Composição

Presentes à sessão plenária da deliberação os Senhores Conselheiros Domingos Augusto Taufner, Presidente, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Relator na forma do artigo 86, §4º, do Regimento Interno deste Tribunal, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, José Antônio Almeida Pimentel, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Sérgio Manoel Nader Borges e o Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva. Presente, ainda, o Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 04 de fevereiro de 2014.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Presidente

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

Fui presente:

DR. HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

ODILSON BARBOSA SOUZA JUNIOR

Secretário Geral das Sessões