

Processo: 1047886

Natureza: REPRESENTAÇÃO

Representante: Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais

Entidade: Minas Gerais Administração e Serviços S.A. (MGS)

Apensos: Embargos de Declaração n. 1053891 e Representações n. 1058554, 1058555, 1058565, 1058566, 1058567, 1058568, 1058569, 1058570, 1058571, 1058572, 1058573, 1058574, 1058575, 1058576, 1058580, 1058582, 1058591, 1058592, 1058593, 1058594, 1058595, 1058596, 1058597, 1058598, 1058599, 1058600, 1058601, 1058602, 1058603, 1058604, 1058605, 1058606, 1058607, 1058608, 1058609, 1058610, 1058611, 1058612, 1058613, 1058614, 1058615, 1058616, 1058617, 1058619 e 1058620

Partes: Carlos Vanderley Soares, ex-Diretor Presidente da MGS; Rogério Pena Siqueira, atual Diretor Presidente da MGS, Júlio Marcos Mourthé Edmundo, Diretor Comercial e de Logística da MGS à época; Danilo Santos Xavier Guimarães, Diretor Comercial e de Logística da empresa pública MGS à época; Alcione Maria Martins Comonian, membro do Conselho de Administração da MGS à época; Francisco Eduardo Moreira, membro do Conselho de Administração da MGS à época; Marco Antônio de Rezende Teixeira, membro do Conselho de Administração da MGS à época; Nalton Sebastião Moreira da Cruz; membro do Conselho de Administração da MGS à época; Otilio Prado, membro do Conselho de Administração da MGS à época; Suzana Campos Abreu, membro do Conselho de Administração da MGS à época; José Afonso Bicalho da Silva, membro do Conselho de Administração da MGS à época; João Cruz Reis Filho, Secretário de Estado de Agricultura Pecuária e Abastecimento à época; Vera Maria Neves Victor, Presidente da Fundação de Educação para o Trabalho de Minas Gerais à época; Flávio Caldeira de Castro Silva, ex-Ouvidor-Geral do Estado de Minas Gerais; Antônio Fernando Máximo, Ouvidor Adjunto da Ouvidoria-Geral do Estado de Minas Gerais; Ricardo Augusto da Costa Campos, Diretor-Geral do Instituto de Desenvolvimento do Norte e Nordeste de Minas Gerais – IDENE à época; Paula Vasques Bittencourt, Diretora de Finanças da empresa pública Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais – CODEMIG; Luíza Moreira Arantes de Castro, Presidente da Fundação TV Minas Cultural e Educativa à época; Evaldo Ferreira Vilela, Presidente da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais à época; Jorge Raimundo Nahas, ex-Presidente da Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais à época – FHEMIG; Tarcísio Dayrell Neiva, ex-Presidente da Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais à época – FHEMIG; Wadson Nathaniel Ribeiro, ex-Secretário de

Estado Secretaria Extraordinária de Desenvolvimento Integrado e Fóruns Regionais à época; Luís Sávio de Souza Cruz, ex-Secretário de Estado de Saúde à época; Marília Carvalho de Melo, Diretora do Instituto Mineiro de Gestão de Águas – IGAM; Djaniro da Silva, ex-Diretor do Departamento de Edificações e Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais à época; Paulo de Moura Ramos, Diretor-Presidente da empresa pública PRODEMGE – Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais à época; Germano Luiz Gomes Vieira, Secretário de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – SEMAD; Murilo de Campos Valadares, Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas – SETOP à época; Sérgio Barboza Menezes, Secretário de Estado de Segurança Pública – SESP à época; Ângelo Oswaldo de Araújo Santos, Secretário de Estado de Cultura à época; Fernando Antônio França Sette Pinheiro, Diretor-Geral do Instituto de Metrologia e Qualidade do Estado de Minas Gerais à época; Macaé Maria Evaristo dos Santos, Secretária de Estado de Educação à época; Maria Tereza Lara, Presidente da Fundação Educacional Caio Martins – FUCAM à época; Carlos Henrique Alves da Silva, Secretário de Estado de Esportes de Minas Gerais – SEESP à época; Roney Versiani Sideaux, Pró-Reitor da Universidade Estadual de Montes Claros à época; Michele Abreu Arroyo, Presidente do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – IEPHA à época; Carlos Moura Murta, Secretário de Estado de Cidades e de Integração Regional à época; Augusto Nunes Filho, Presidente da Fundação Clóvis Salgado – FCS à época; Francisco Eduardo Moreira, Secretário de Estado Adjunto de Governo à época; Gerald Moreira Soares, Diretor da Superintendência de Planejamento Gestão e Finanças da Secretaria de Estado de Governo à época; Sérgio Augusto Domingues, Presidente da Fundação de Parques Municipais e Zoobotânica – FPMZB; Miguel Corrêa da Silva Júnior, ex-Secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico, Ciência, Tecnologia e Ensino Superior à época; José Afonso Bicalho Beltrão, Secretário de Estado da Fazenda à época; Célio Freitas Bouzada, Presidente da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS à época; Helbert Figueiró de Lourdes, Chefe do Gabinete Militar do Governador à época; Rosilene Cristina Rocha, Secretária de Estado de Trabalho e Desenvolvimento Social à época; Cláudio Couto Terrão, Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais à época; Ernandes Roque de Paula Filho, Diretor de Segurança Institucional do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais à época; Sandro Torres de Paula, Oficial de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais; Hugo Vocurca Teixeira, Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG à época; Helvécio Miranda Magalhães Júnior, Secretário de Estado de Planejamento e Gestão – SEPLAG; Gabriel dos Santos Rocha, Secretário Adjunto de

Estado de Direitos Humanos, Participação Social e Cidadania à época; Eduardo Lucas Silva Serrano, ex-Secretário Geral do Estado de Minas Gerais; Alexandre de Lima Chumbinho, Secretário de Estado de Desenvolvimento Agrário à época; Flávia Mourão Parreira do Amaral, Diretora-Geral da Agência de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Belo Horizonte à época; Alexandre César Machado, Síndico do condomínio do Edifício Sede da Fundação Libertas de Seguridade Social à época; Christiane Neves Procópio Malard, ex-Defensora Pública-Geral da Defensoria Pública de Minas Gerais à época.

Procuradores:

Aloísio de Oliveira Magalhães, OAB/MG 74.522; Hélder Verçosa Morato, OAB/MG 72.657; Jéfferson Calixto de Oliveira; OAB/MG 72.061; Cristiano Pimenta Passos, OAB/MG 94.733; Aline Gonzaga Araújo, OAB/MG 138.623; Luís André Martins da Costa Vasconcelos, OAB/MG 45.185; Perla Ferreira Salles Brena, OAB/MG 68.724; Adriane Santos de Andrade Canhestro, OAB/MG 123.359; Lumena Santos Chaves, OAB/MG 154.646; Janaína Silva Torres de Oliveira, OAB/MG 129.844; Juarez Carvalho Barbosa Júnior, OAB/MG 155.928; Mariana Máximo Batista, OAB/MG 183.034; Érika Bruno Silva, OAB/MG 154.188; Aline Mello Terrão, OAB/MG 194.598 e outros

Interessado:

Romeu Zema Neto, governador do Estado de Minas Gerais

MPTC:

Glaydson Santo Soprani Massaria

RELATOR:

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO

TRIBUNAL PLENO – 16/12/2020

REPRESENTAÇÕES. CONTRATAÇÃO DA EMPRESA MINAS GERAIS ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS S.A. (MGS). SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE ATUA NO DOMÍNIO ECONÔMICO. INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO. FLEXIBILIDADE DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO E APLICABILIDADE DAS REGRAS DO DIREITO PRIVADO. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECISÃO DO STF SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO DAS ATIVIDADES MEIO E FIM. ENTENDIMENTO DO TCEMG SOBRE O ÂMBITO DE APLICABILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESNECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. CARGOS EM COMISSÃO. DENOMINAÇÃO SEMÂNTICA INADEQUADA. IMPRECISÃO JURÍDICA. DEFINIÇÃO E FIXAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES E DOS REQUISITOS PARA INVESTIDURA DOS EMPREGOS PÚBLICOS COMISSIONADOS DE RECRUTAMENTO AMPLO. INCOMPETÊNCIA DESSE TRIBUNAL QUANTO À VIOLAÇÃO PELA MGS DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS RECONHECIDOS NO ACORDO CELEBRADO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E COM O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E EM RELAÇÃO A DESVIO DE FUNÇÃO. EMPREGADOS PÚBLICOS DA MGS OCUPANDO CARGOS NA SECRETARIA DE

ESTADO DE SAÚDE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESAPENSAMENTO. LEI 13655/2018 – LINDB. CONFIGURAÇÃO. REGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO. RECOMENDAÇÃO.

1. A MGS é uma empresa estatal estadual, especificamente uma sociedade de economia mista de capital fechado, com atuação (exploração) na atividade econômica. A MGS não é uma empresa estatal prestadora de serviço público, mas uma empresa estatal que explora atividade econômica em concorrência com outras empresas que atuam em áreas discriminadas no artigo 126 e incisos da Lei 11406/1994.
2. Consoante recente decisão do TCEMG, é possível a terceirização de atividade fim por empresas estatais (empresas públicas ou sociedade de economia mista) que atuam na atividade econômica.
3. A MGS, por se tratar de sociedade de economia atuante no domínio econômico, pode terceirizar sua atividade finalística para atender ao seu objeto legal/estatutário, sendo prescindível a deflagração de concurso público para composição desse quadro representativo da empresa.
4. A MGS deve atentar para a correta utilização semântica das funções exercidas pelos empregados (indevidamente denominadas de “cargo em comissão”) nas diversas contratações firmadas com entes públicos.
5. Incompetência desse tribunal quanto à violação pela MGS aos pressupostos legais reconhecidos no acordo celebrado com o Ministério Público do Trabalho e com o Ministério Público estadual e, ainda, em relação a desvio de função.
6. Em virtude da ausência de evidenciação da ilegalidade do exercício dos empregados terceirizados em funções atribuídas aos cargos efetivos organizados na Secretaria de Estado da Saúde e da necessidade de maior dilação probatória, entende-se, nos termos no artigo 142 do Regimento Interno, que o processo pode ser desapensado dos demais e prosseguir até ulterior decisão final.
7. Considerando as especificidades de cada representação, as contratações firmadas entre a MGS e os diversos entes públicos estão revestidas da presunção de legitimidade e de boa-fé o que enseja a extensão dos efeitos do artigo 22 da LINDB e elide a responsabilidade dos gestores públicos.
8. São regulares os itens das contratações entre a MGS e os entes públicos, o que acarreta a improcedência e o arquivamento das representações, com fulcro no parágrafo único do art. 305 c/c o art. 311, ambos do Regimento Interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- D) julgar regulares os itens “a”, “b” e “c”; e reconhecer a incompetência deste Tribunal para deliberar sobre os itens “d” e “e”;

- II) julgar improcedentes e, com fulcro no parágrafo único, do art. 305 c/c art. 311, ambos do Regimento Interno, determinar o arquivamento das representações, excetuando-se a Representação autuada sob o n. 1058570, a qual deverá ser desapensada, nos termos do art. 142 do Regimento Interno, para prosseguimento do feito até ulterior decisão final, exclusivamente quanto ao item "f", mantendo-se a relatoria, em face da prevenção;
- III) recomendar ao gestor da empresa estatal Minas Gerais Administração e Serviços S.A. (MGS) que atente para a correta utilização semântica das funções exercidas pelos empregados (indevidamente denominadas de “cargo em comissão”) nas diversas contratações firmadas com os entes públicos;
- IV) determinar a intimação do representante, dos representados, dos procuradores e dos interessados do inteiro teor desta decisão;
- V) determinar, cumpridas as disposições regimentais e certificado o trânsito em julgado, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Wanderley Ávila, o Conselheiro Sebastião Helvecio, o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Presidente Mauri Torres.

Declarada a suspeição do Conselheiro José Alves Viana. Impedido o Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

Presente à sessão a Procuradora-Geral Elke Andrade Soares de Moura.

Plenário Governador Milton Campos, 16 de dezembro de 2020.

MAURI TORRES
Presidente

DURVAL ÂNGELO
Relator

(assinado digitalmente)

**NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 16/12/2020**

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Com a palavra o Conselheiro Durval Ângelo para o item 1 da pauta, Processo 1047886.

PROCURADORA ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA:

Presidente, pela ordem.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Com a palavra, pela ordem, a Procuradora doutora Elke.

PROCURADORA ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA:

Eu solicitaria ao Relator a retirada deste processo de pauta, uma vez que ele não foi encaminhado ao Ministério Público consoante determinação regimental, prevista no art. 61, atinente à atribuição do Ministério Público de Contas para se manifestar conclusivamente, no papel de custos legis, guardião da lei e de sua fiel execução, incumbindo-lhe também a defesa do devido processo legal, razão pela qual é necessário que estes autos retornem ao Parquet de Contas para sua manifestação conclusiva.

Caso o Relator entenda por bem o não retorno do processo, a sua não retirada com o consequente retorno ao Ministério Público de Contas para sua manifestação conclusiva consoante ditame regimental, eu solicitaria que fosse submetido ao Tribunal Pleno o sobrestamento da apreciação destes autos, considerando que esta matéria está ainda pendente de deliberação por este Tribunal Pleno cujo julgamento, inclusive, já foi iniciado, com dois votos já proferidos, do Conselheiro relator Cláudio Terrão entendendo pela imprescindibilidade de funcionar este Parquet também como custos legis, ainda que seja parte nos autos, e também com o voto do Conselheiro Durval Ângelo, relator dos presentes autos, entendendo no mesmo sentido. Isso, inclusive, tem levado a Segunda Câmara já a sobrestar alguns casos que estão em situação idêntica, razão pela qual eu faço essas duas solicitações.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Senhor Presidente!

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Com a palavra o Conselheiro Durval Ângelo.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Senhor Presidente, senhores Conselheiros, doutra Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas, data máxima vênua, entendo que a manifestação da ilustre representante do Ministério

Público de Contas, quanto ao pedido de retirada de pauta, é inócua em relação à pendência de deliberação dos autos da Representação 1084306, pois, no presente caso concreto, a apreciação das representações nessa Sessão se fundamenta exclusivamente, insisto, exclusivamente, no parágrafo único, do art. 305 c/c com o art. 311, ambos do Regimento Interno. Ou seja: “Admitida a denúncia ou representação, essa somente poderá ser arquivada depois de efetuada as diligências pertinentes e mediante decisão fundamentada do relator, que deverá submetê-la ao respectivo colegiado, mediante inclusão em pauta.”

Assim, por interpretação lógica, entendo que não há necessidade de defesa dos responsáveis, de análise da unidade técnica e de manifestação conclusiva do *Parquet* de Contas, se meu juízo de cognição exauriente entender que as representações podem ser submetidas ao Plenário desta Corte, para o fim do parágrafo único do art. 305 do Regimento Interno.

Além do mais, o entendimento da Primeira Câmara, já tomado em 3 decisões recentes, foi de não suspender também até o julgamento da questão levantada pela Procuradora.

Dito isso, entendo que o que foi requerido pela doutora Elke, não gera óbice nenhum na apreciação do processo.

Então, como relator, eu mantenho o processo na pauta.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Continua com a palavra para proferir o seu voto, Relator.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos principais de Representação oferecida pelo Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, em 02/08/2018, em face de agentes da MGS – Minas Gerais Administração e Serviços S.A. e do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em razão de supostas irregularidades em contratação de pessoal realizada pela referida empresa pública e em contratos firmados entre tal empresa e o Tribunal de Contas.

Em sua exordial, o *Parquet* de Contas apontou as seguintes irregularidades (Peça 13 do SGAP - fls. 01/21):

- a) burla à regra constitucional do concurso público;
- b) empregos comissionados sem função de direção, chefia e assessoramento;
- c) ausência de fixação das atribuições e dos requisitos para investidura dos empregos públicos comissionados de recrutamento amplo;
- d) violação aos pressupostos legais reconhecidos no acordo celebrado com o Ministério Público do Trabalho e com o Ministério Público Estadual em 01/09/2000, nos autos da Ação Civil Pública n. 1031/2000, que tramitou perante a 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte;

- e) Desvio de função (apontamento presente nos autos das representações n. 1058554, 1058565, 1058570, 1058573, 1058574, 1058597, 1058598, 1058599, 1058600, 1058601, 1058602, 1058605, 1058606, 1058611, 1058613 e 1058620);
- f) Empregados públicos da MGS ocupando cargos na Secretaria de Estado de Saúde em detrimento de candidatos aprovados em concurso público – Edital n. 02/2014 (apontamento presente nos autos da Representação n. 1058570).

Ao final da petição de representação, o Ministério Público junto a este Tribunal requereu a concessão de antecipação de tutela para determinar (i) que a MGS se abstinhasse de alocar, na execução de contratos de terceirização, empregados comissionados de recrutamento amplo e (ii) que fosse regularizada, por meio da alocação exclusiva de empregados da MGS aprovados em processo seletivo público, a situação da mão de obra disponibilizada ao Tribunal de Contas para a execução de serviços de mecânico e de motorista. Requereu, ainda, a aplicação de multa aos responsáveis e a citação destes para a apresentação de defesa.

Após a triagem (Peça 14 do SGAP – fls. 342/343v), a presente Representação foi recebida e afetada à competência do Tribunal Pleno (Peça 14 – fl. 344). Em seguida, foram os autos distribuídos à minha relatoria, em que proferi a decisão interlocutória (Peça 14 do SGAP – fls. 346/348v), manifestando-me acerca do pedido de antecipação de tutela deduzido na exordial.

Entendi que, dado o ineditismo da matéria, a concessão imediata das cautelares pleiteadas pelo Representante poderia prejudicar o funcionamento de vários órgãos e de várias entidades públicas com as quais a MGS mantém contrato de locação de mão de obra, razão pela qual tal concessão poderia ocasionar o *periculum in mora* reverso. Ademais, o *periculum in mora*, em sua acepção tradicional, não estaria presente no caso em tela, dado o lapso temporal transcorrido entre o início da vigência do Normativo de Empregos e Salários da MGS (01/01/2016) e o oferecimento desta Representação (31/07/2018).

Quanto ao *fumus boni iuris*, entendi que somente a análise exauriente do caso concreto poderia indicar a regularidade ou não das contratações, não se vislumbrando, no momento inicial, indícios de irregularidades nos contratos firmados entre a MGS e o Tribunal de Contas. Por essas razões, considerando ausentes os requisitos previstos no *caput* do artigo 95 da Lei Orgânica do Tribunal, indeferi a antecipação de tutela pleiteada.

Determinei, para fins de instrução processual, a intimação (i) do então presidente da MGS, sr. Rogério Pena Siqueira, para encaminhar o Normativo de Empregos e Salários devidamente atualizado e os documentos que antecederam sua instituição, como a elaboração da minuta, sua análise pela assessoria jurídica e os processos de aprovação e autorização pelos colegiados competentes; e (ii) do assessor jurídico chefe, sr. Hélder Verçosa Morato, para encaminhar, caso existente, o parecer jurídico emitido sobre o Normativo de Empregos e Salários. Facultei aos intimados a prestação de esclarecimentos acerca das supostas irregularidades apontadas na Representação.

Os agentes intimados apresentaram sua manifestação de forma conjunta (Peça 14 do SGAP – fls. 354/360). Na oportunidade, discutiram brevemente sobre os documentos apresentados e prestaram esclarecimentos acerca (i) do regime jurídico aplicável à MGS, (ii) da desnecessidade de lei para criação do quadro de pessoal da empresa pública, (iii) da natureza

dos empregos comissionados e (iv) da legalidade do contrato firmado com o Tribunal de Contas.

Após a manifestação do então presidente e do assessor jurídico da MGS, os autos foram encaminhados à Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas, Elke Andrade Soares de Moura. Na ocasião, a Procuradora considerou que, embora a matéria tivesse sido afetada ao Tribunal Pleno, a atuação do Parquet no procedimento deveria ser conduzida pelo Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria, prevento em razão de ser o autor da Representação (Peça 15 do SGAP – fl. 676).

À fl. 677 (Peça 15 do SGAP), certificou-se o apensamento, a estes autos, do processo n. 1053891. Trata-se de embargos de declaração com efeitos infringentes apresentados pelo Ministério Público de Contas em face da decisão interlocutória que indeferiu a antecipação de tutela pleiteada pelo *Parquet* de Contas, conforme já exposto neste relatório. No competente recurso, sustentou-se que a decisão recorrida não teria se restringido ao pedido formulado na Representação, o qual estaria adstrito ao contrato firmado entre a MGS e o Tribunal de Contas. Assim, o pleito recursal fundamentou-se em suposta obscuridade existente na decisão interlocutória, a qual extrapolaria o cerne dos requerimentos constantes da exordial relativos à antecipação de tutela (fls. 01/04, autos dos embargos de declaração n. 1053891).

Em meu voto, entendi que não haveria configuração de obscuridade na decisão embargada, razão pela qual neguei provimento aos embargos de declaração, tendo sido acompanhado pelos demais conselheiros (fls. 10/14, autos dos embargos de declaração n. 1053891; acórdão publicado em 06/02/2019).

Após a apreciação do recurso, foi juntado, aos autos do processo-piloto, ofício encaminhado pela Procuradora do Trabalho Elaine Noronha Nassif, solicitando informações acerca do andamento da Representação e me convidando para participar de audiência a ser realizada com a MGS, no âmbito do Procedimento Preparatório n. 003810.2018.03.000/9, que tramita perante a Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região (Peça 15 do SGAP – fls. 683/690). Em resposta, informei à Procuradora do Trabalho que a Representação ainda se encontrava em análise, não tendo sido levada a julgamento, além de registrar a impossibilidade de comparecer à audiência e o agradecimento pelo convite.

À fl. 694 (Peça 15 do SGAP), registrou-se o apensamento, a estes autos, do processo n. 1058568, referente à Representação apresentada pelo Ministério Público de Contas em face de agentes da MGS, do então Controlador-Geral do Estado e do então Secretário de Estado de Planejamento e Gestão (SEPLAG), em razão de supostas ilegalidades praticadas pela MGS e pela SEPLAG, na condição de contratante da referida empresa pública. Tal apensamento foi realizado em cumprimento ao despacho exarado pelo presidente do Tribunal à época à fl. 33 do referido processo apenso, por meio do qual relatou a conexão suscitada pelo então relator, Conselheiro substituto Adonias Monteiro, com a sugestão de oitiva do Conselheiro Durval Ângelo, apontado como prevento. Verificou-se, contudo, a desnecessidade de ouvir o Conselheiro prevento, em razão de que, naquele momento, já ter se manifestado na Representação n. 1058620.

Nessa manifestação (fls. 19 e 21 dos autos da Representação n. 1058620), apontei o risco de o Tribunal decidir, de modo conflitante, matérias de mesma natureza e a possibilidade regimental de processos que versam sobre o mesmo assunto e apresentam aspectos peculiares

serem julgados conjuntamente (art. 91). Dessa forma, solicitei que todas as representações em questão fossem redistribuídas a um só relator para serem objeto de julgamento conjunto. Atendendo a essa solicitação, o então presidente emitiu comunicações aos conselheiros e conselheiros substitutos que eram relatores dos demais processos conexos, para que se manifestassem acerca da mencionada conexão (fls. 22/29 dos autos da Representação n. 1058620).

Ato contínuo, dada a concordância dos respectivos relatores anteriores, lavrou-se novo termo de apensamento, certificando a juntada aos presentes autos, em 11/02/2019, dos 44 processos listados à fl. 699 (Peça 15 do SGAP). Trata-se de representações oferecidas pelo Ministério Público de Contas em face de irregularidades semelhantes às que são objeto deste processo-piloto (Representação n. 1047886), quais sejam, supostos vícios na contratação de mão de obra comissionada pela MGS e em contratos firmados pela aludida empresa pública com diversos órgãos e entidades do Estado de Minas Gerais e dos Municípios mineiros. Em análise perfunctória dos referidos processos, verifiquei similitude entre os fundamentos fáticos e jurídicos apresentados em todos aqueles autos, assim como entre os pedidos formulados.

Como diferença, identifica-se, em 16 representações, apontamento referente a suposto desvio de função, enquanto, na Representação n. 1058570, questiona-se o fato de empregados públicos da MGS estarem ocupando cargos na Secretaria de Estado de Saúde em detrimento de candidatos aprovados em concurso público. Em relação aos responsáveis indicados em cada processo, é de se destacar que alguns agentes da MGS – entre presidentes, diretores e membros do Conselho de Administração – figuram repetidamente como partes em várias das representações, o que ressalta, mais uma vez, a grande aproximação entre os diversos processos apensados.

Após o apensamento e a concentração dos autos sob a minha relatoria, proferi o despacho (Peça 15 do SGAP – fls. 700/706), por meio do qual sistematizei os fatos e os apontamentos dos processos. Depois de realizar breve relato dos acontecimentos processuais até aquele momento, pontuei que o presidente e o assessor jurídico chefe da MGS manifestaram-se apenas sobre a petição inicial do processo-piloto, razão pela qual reputou necessária a abertura de vista a eles de todas as demais representações que foram apensadas, a fim de lhes facultar a complementação da documentação e dos esclarecimentos já apresentados.

Ressaltei, ainda, que algumas representações possuem maior número de apontamentos que outras, conforme detalhada tabela integrante do despacho, da qual constam (i) o número da representação, (ii) a destinação da mão de obra terceirizada pela MGS e (iii) as irregularidades apontadas. Ademais, destaquei que, em três representações que foram apensadas (nos 1058568, 1058591 e 1058609), a Coordenadoria de Fiscalização de Atos de Admissão elaborou – em cumprimento às determinações dos relatores originais dos respectivos processos – relatórios técnicos preliminares, nos quais se manifestou pela procedência das irregularidades apontadas nas correspondentes petições iniciais. Além dos destaques acima mencionados e de outras providências destinadas à organização dos processos, solicitei à Procuradora do Trabalho Elaine Noronha Nassif o encaminhamento de informações e documentos referentes ao andamento do Procedimento Preparatório n. 003810.2018.03.000/9, inclusive a respeito da audiência pública realizada com a MGS em 27/11/2018.

Em nova manifestação (Peça 16 do SGAP – fls. 716/726), desta vez a respeito das 46 representações, o assessor jurídico da MGS prestou esclarecimentos semelhantes aos prestados em sua manifestação inicial (Peça 14 do SGAP – fls. 354/361)

Por meio do ofício (Peça 16 do SGAP – fl. 820), a Procuradora do Trabalho Elaine Noronha Nassif afirmou estar sendo discutida – entre MPT, MPMG e MGS – uma minuta para que o acordo vigente passe a contemplar, também, a modalidade de contratação sem concursos, atualmente não abarcada pelo ajuste. Além disso, encaminhou, por meio de um CD (fl. 821), cópia integral do Procedimento Preparatório n. 003810.2018.03.000/9-12.

Em seguida, manifestou-se o então presidente da MGS, sr. Rogério Pena Siqueira (Peça 16 do SGAP – fls. 824/834), também reproduzindo, na sua maioria, os fundamentos estampados em sua primeira manifestação nos autos. Acrescentou, apenas, tópico a respeito da alegada ilegitimidade do Ministério Público de Contas para abordar o desvio de função, por se tratar de matéria tipicamente trabalhista e de caráter individual. Por fim, anexou à sua manifestação: cópias das atas das audiências realizadas no Ministério Público do Trabalho; minuta do termo aditivo ao acordo judicial; indeferimentos de pedidos de instauração de inquérito civil; e instrumento de procuração.

Posteriormente, a MGS, por meio de seu assessor jurídico e procurador, apresentou aditamento aos esclarecimentos prestados, em razão de novo documento recebido do Ministério Público do Trabalho, qual seja, o arquivamento da Notícia de Fato n. 000595.2019.03.000/3 (Peça 16 do SGAP - fls. 846/855).

Os autos foram encaminhados a esta Coordenadoria de Fiscalização de Atos de Admissão, para elaboração de relatório técnico preliminar (Peça 16 do SGAP - fl. 859).

A Unidade Técnica em seu relatório (Peça 16 do SGAP – fls. 860/882) apontou indícios de irregularidades e sugeriu a citação dos responsáveis.

O Conselheiro Cláudio Terrão peticionou às fls. 884/892 (Peça 16 do SGAP) alegando a regularidade dos atos por ele praticados durante a sua gestão na presidência do Tribunal e pugnou, ao final, pelo arquivamento da Representação e “[...] pela expedição de recomendação ao chefe do Executivo para que, em observância aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, proceda à regulamentação da terceirização na Administração Pública estadual”.

A MGS informou às fls. 894/895 (Peça 16 do SGAP) que, “visando melhorar os processos de recrutamento e seleção de empregados e conferir ainda mais segurança jurídica aos seus procedimentos, bem como atender as determinações contidas no termo Aditivo ao Acordo Judicial sobre Contratação de Empregados (Cargos) de Confiança: provimento Comissionado de Livre Nomeação e Exoneração” (Peça 16 do SGAP – fls. 896/899), seria implantada nova sistemática de provimento de cargo comissionado de livre nomeação e livre exoneração.

É, em síntese, o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1. Introdução

Conforme relatado acima, o processo (piloto) em epígrafe, Representação n. 1047886, trata de Representação apresentada pelo Ministério Público de Contas, por meio do procurador

Glaydson Santo Soprani Massaria, em face de possíveis irregularidades na execução do contrato firmado entre a **MGS – Minas Gerais Administração e Serviços S.A. (doravante denominada “MGS”)** e o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, para fornecimento de motoristas executivos, motoristas de serviço e mecânico.

Em sua petição inicial, e para os fins de delimitação da fundamentação neste voto, o *Parquet* de Contas apontou as seguintes irregularidades (Peça 13 do SGAP - fls. 01/21):

- a) burla à regra constitucional do concurso público;
- b) empregos comissionados sem função de direção, chefia e assessoramento;
- c) ausência de fixação das atribuições e dos requisitos para investidura dos empregos públicos comissionados de recrutamento amplo;
- d) violação aos pressupostos legais reconhecidos no acordo celebrado com o Ministério Público do Trabalho e com o Ministério Público Estadual em 01/09/2000, nos autos da Ação Civil Pública n. 1031/2000, que tramitou perante a 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte.

Posteriormente, à fl. 694 (Peça 15 do SGAP), registrou-se o apensamento, a estes autos, do processo n. 1058568, referente à Representação apresentada pelo Ministério Público de Contas em face de agentes da MGS, do então Controlador-Geral do Estado e do então Secretário de Estado de Planejamento e Gestão (SEPLAG), em razão de supostas ilegalidades praticadas pela MGS e pela SEPLAG, na condição de contratante da referida empresa pública. Tal apensamento foi realizado em cumprimento ao despacho exarado pelo presidente do Tribunal à época à fl. 33 do referido processo apenso, por meio do qual relatou a conexão suscitada pelo então relator, Conselheiro substituto Adonias Monteiro, com a sugestão de oitiva do Conselheiro Durval Ângelo, apontado como preventivo. Verificou-se, contudo, a desnecessidade de ouvir o Conselheiro preventivo, em razão de que, naquele momento, já ter se manifestado na Representação n. 1058620.

Nessa manifestação (fls. 19 e 21 dos autos da Representação n. 1058620), apontei o risco de o Tribunal decidir, de modo conflitante, matérias de mesma natureza e a possibilidade regimental de processos que versam sobre o mesmo assunto e apresentam aspectos peculiares serem julgados conjuntamente (art. 91). Dessa forma, solicitei que todas as representações em questão fossem redistribuídas a um só relator para serem objeto de julgamento conjunto. Atendendo a essa solicitação, o então presidente emitiu comunicações aos conselheiros e conselheiros substitutos que eram relatores dos demais processos conexos, para que se manifestassem acerca da mencionada conexão (fls. 22/29 dos autos da Representação n. 1058620).

Ato contínuo, dada a concordância dos respectivos relatores anteriores, lavrou-se novo termo de apensamento, certificando a juntada aos presentes autos, em 11/02/2019, dos 44 processos listados à fl. 699 (Peça 15 do SGAP). Trata-se de representações oferecidas pelo Ministério Público de Contas em face de irregularidades semelhantes às que são objeto deste processo-piloto (Representação n. 1047886), quais sejam, supostos vícios na contratação de mão de obra comissionada pela MGS e em contratos firmados pela aludida empresa pública com diversos órgãos e entidades do Estado de Minas Gerais e dos Municípios mineiros. Em análise perfunctória dos referidos processos, verifiquei similitude entre os fundamentos

fáticos e jurídicos apresentados em todos aqueles autos, assim como entre os pedidos formulados.

Como diferença, identifica-se, em 16 representações, apontamento referente a suposto desvio de função, enquanto, na Representação n. 1058570, questiona-se o fato de empregados públicos da MGS estarem ocupando cargos na Secretaria de Estado de Saúde em detrimento de candidatos aprovados em concurso público. Em relação aos responsáveis indicados em cada processo, é de se destacar que alguns agentes da MGS – entre presidentes, diretores e membros do Conselho de Administração – figuram repetidamente como partes em várias das representações, o que ressalta, mais uma vez, a grande aproximação entre os diversos processos apensados.

Então, a retomada da narrativa acima é necessária para delimitação do escopo e do desenvolvimento da fundamentação neste voto e se evitar maiores elocubrações fáticas e jurídicas.

Ademais, cabe ressaltar que os presentes autos (e todos os demais) não ultrapassaram a fase de citação por entender, desde já, que seria inócua e ineficaz o prosseguimento do feito e que todas as representações poderiam ser arquivadas nos termos do parágrafo único, do artigo 305¹, c/c art. 311², ambos do Regimento Interno, conforme se verá adiante.

A fundamentação a seguir desenvolvida pautará pelo(a) (i) definição da natureza jurídica da MGS, sociedade de economia mista atuante na atividade econômica; (ii) forma de intervenção (direta) do Estado na economia; (iii) a flexibilidade do regime jurídico de direito público e a aplicabilidade das regras do direito privado; (iv) terceirização na Administração Pública; (v) atual entendimento da terceirização pelo Supremo Tribunal Federal; (vi) tratamento diferenciado do quadro permanente e do quadro rotativo da MGS em relação aos contratos firmados com terceiros; (vii) empregos comissionados e suas atribuições nos contratos firmados; (viii) incompetência do Tribunal de Contas para julgar desvio de função dos empregados e o acordo celebrado com o Ministério Público do Trabalho e com o Ministério Público Estadual em 01/09/2000, nos autos da Ação Civil Pública n. 1031/2000, que tramitou perante a 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte; e (ix) inoccorrência de empregados públicos da MGS ocupando cargos na Secretaria de Estado de Saúde em detrimento de candidatos aprovados em concurso público – Edital n. 02/2014.

II.2. Natureza Jurídica da MGS. Empresa estatal exploradora da atividade econômica. Sociedade de economia mista de capital fechado. Intervenção direta do Estado. Flexibilidade do regime jurídico de direito público e aplicabilidade das regras do direito privado

¹ Regimento Interno. Art. 305. Preenchendo a denúncia os requisitos de admissibilidade, o Presidente determinará a sua autuação e distribuição, mantendo-se o caráter sigiloso até que sejam reunidas as provas que indiquem a existência de irregularidade ou ilegalidade. **Parágrafo único. Admitida a denúncia, esta somente poderá ser arquivada depois de efetuadas as diligências pertinentes e mediante decisão fundamentada do Relator que deverá submetê-la ao respectivo Colegiado mediante inclusão em pauta. (grifei)**

² Regimento Interno. Art. 311. Aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas às denúncias.

Como é sabido entre os mais noviços frequentadores dos cursos de Direito, as atividades da Administração Pública³ podem ser prestadas de forma direta (Administração Pública centralizada) ou indireta (Administração Pública descentralizada).

O Estado realiza as suas funções administrativas por meio de órgãos, agentes e pessoas jurídicas e, quanto ao aspecto organizacional, pode adotar duas formas básicas no desempenho destas atribuições administrativas: centralização ou descentralização. É o que se conclui pelo artigo 37, *caput*, da Constituição da República em que “*a administração pública, direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...*” (grifei)

A execução direta (ou centralizada) ocorre quando a execução do serviço público for realizada pela Administração Direta, isto é, pelo próprio titular do serviço público enquanto que na execução indireta (ou descentralizada) quando a execução do serviço público for realizada por terceiro que não se confunde com o titular do serviço público, ou seja, descentralizar significa tirar do centro, tirar a execução da Administração Direta. Assim, a descentralização é uma técnica de especialização em que se tem a distribuição externa de atividades administrativas, que passam a ser exercidas por pessoa ou pessoas distintas do Estado.

No presente caso, a MGS desempenha atividades de cunho eminentemente econômico, concorrencial com as demais empresas privadas, ou seja, não tem caráter prestacional de serviços públicos mas sim de exploração de atividade econômica.

Sobre a diferença de tratamento entre atividade de prestação de serviços públicos e a atuação econômica descentralizada por ente públicos, destaco o seguinte entendimento paradigmático do Supremo Tribunal Federal, inclusive sobre a diferença entre monopólio e exclusividade:

2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. (grifei)

³ Podemos conceituar Administração Pública de diversas formas: **a) Sentido formal, subjetivo ou orgânico:** refere-se ao próprio Estado, conjunto de órgãos e entidades incumbidos da realização da atividade administrativa, com vistas a atingir os fins do Estado. Envolve pessoas e órgãos dos três poderes, desde que estes estejam exercendo função administrativa. O conceito de Administração Pública neste sentido envolve tanto a Administração Direta quanto a Indireta. **b) Sentido material, objetivo ou funcional:** representa o exercício da atividade (função) administrativa exercida por intermédio de seus órgãos e entes, ou seja, é o Estado administrando. Essa abordagem material envolve atividades como a polícia administrativa, etc. Enquanto o conceito subjetivo leva em consideração os sujeitos que exercem a atividade administrativa, o objetivo consiste na própria atividade exercida por aqueles.

5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo.

ADPF 46 / DF – DISTRITO FEDERAL – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO – Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU – Julgamento: 05/08/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

A expressão “empresa estatal ou governamental”⁴ é utilizada para designar todas as sociedades civis ou empresariais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a Empresa Pública e a Sociedade de Economia Mista e outras empresas que não tenham essa natureza.

São pessoas jurídicas de Direito Privado, cuja criação se dá pelo Estado, autorizada por lei, com finalidade de prestar serviço público ou explorar atividade econômica, em caráter suplementar, desde que necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse público.

Nesta linha, importante a Lei 13.303/2016⁵ que em seu artigo 1º assim enuncia:

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços**, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos. **(grifei)**

A Constituição da República, em seu parágrafo 2º, do artigo 173, aduz que “*as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado*”. Tal norma reforça a natureza de direito privado as empresas estatais, notadamente quando atuam (exploram) a atividade econômica.

As empresas estatais têm regime próprio das empresas privadas, como determina a CF, inclusive no que tange aos direitos e obrigações do direito civil e empresarial/comercial (igualdade em contratos, por exemplo), do direito do trabalho (regime de contratação será o do CLT e as controvérsias julgadas pela Justiça do Trabalho), do direito tributário (não há imunidade tributária. Exceção: EBCT) e do direito processual civil (não têm prerrogativas quanto aos prazos, por exemplo).

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 393.

⁵ Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O art. 5º da Lei 13.303/2016 assevera que *“a sociedade de economia mista será constituída sob a forma de sociedade anônima e, ressalvado o disposto nesta Lei, estará sujeita ao regime previsto na Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976”*.

E, logo em seguida em seu art. 6º, aduz que *“o estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei”*.

Para melhor visualização de sua natureza jurídica, o art. 5º, inciso III, do Decreto-lei 200/1967 define a sociedade de economia mista como *“a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta”*.

O Pretório Excelso assim decidiu sobre o tema:

STF - **“Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência** ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (ELETRONORTE) não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição).” (RE 599.628, rel. p/ o ac. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 25-5-2011, Plenário, DJE de 17-10-2011, com repercussão geral.) **(grifei)**

E, ainda:

Quer dizer, o art. 173 da CF está cuidando da hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, esteja explorando, diretamente, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Os parágrafos, então, do citado art. 173 aplicam-se com observância do comando constante do caput. Se não houver concorrência – existindo monopólio, CF, art. 177 – não haverá aplicação do disposto no § 1º do mencionado art. 173. [RE 407.099, voto do rel. min. Carlos Velloso, j. 22-6-2004, 2ª T, DJ de 6-8-2004.] **(grifei)**

Assim, o Supremo Tribunal Federal considera que as empresas estatais são regidas por um regime jurídico *híbrido*, ou seja, sofrendo influências, ora das regras aplicáveis à generalidade dos entes privados, ora da disciplina peculiar que caracteriza o regime jurídico-administrativo.

Neste aspecto, transcrevo o seguinte excerto:

Distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito. (...) **As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas.** (...) O § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. [ADI 1.642, rel. min. Eros Grau, j. 3-4-2008, P, DJE de 19-9-2008.] – ARE 689.588 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 27-11-2012, 1ª T, DJE de 13-2-2012

O Prof. José dos Santos Carvalho Filho contribui da seguinte maneira sobre a as empresas estatais e o seu regime jurídico:

A Constituição Federal faz expressa referência a sociedades de economia mista e empresas públicas, ao tratar dos princípios que informam a atividade econômica. No art. 173, §1º, o texto faz menção ao fato de que, quando exploram atividade econômica, devem sujeitar-se ao regime próprio das empresas privadas, incluindo-se aí as obrigações trabalhista e tributárias. Logo a seguir, no § 2º, as iguala às empresas privadas no que tange a privilégios fiscais, dispondo que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios não extensivos às dos setor privado”⁶. (grifei)

E sobre o objetivo da criação das empresas estatais, destaco, ainda, o professor pelo ilustre doutrinador⁷:

As empresas públicas e as sociedades de economia mista têm personalidade jurídica de direito privado, o que, nesse aspecto, as torna diferentes das autarquias, qualificadas como pessoas jurídicas de direito público.

É preciso ter em conta, porém, o objetivo que inspirou o Estado a criar esse tipo de pessoas de natureza empresarial. Como os órgãos estatais se encontram presos a uma infinita de controles, o que provoca sensível lentidão nas atividades que desempenha, essas pessoas administrativas, tendo personalidade de direito privado, embora sob a direção institucional do Estado, possibilitam maior versatilidade em sua atuação, quando voltadas para atividades econômicas. (grifei)

Nesta oportunidade, na esteira do saudoso Prof. Washington Peluso Albino de Souza, ex-professor titular da disciplina de Direito Econômico da Universidade Federal de Minas Gerais, destaco o entendimento acerca das formas de intervenção do Estado na economia e a importância de atuação das empresas estatais que exploram atividade econômica em nome do Estado, *verbis*:

Se examinarmos a evolução do direito brasileiro referente às Sociedades de Economia Mista, veremos que, de início, elas se caracterizaram pelo simples fato de o Estado tornar-se “sócio” do particular. Na hipótese de ser “sócio minoritário”, todo o comando da empresa caberia, portanto, ao sócio majoritário, o particular. Essa presença do Estado teria o sentido de suprir a falta, as deficiências ou o desinteresse do capital privado, para certas atividades econômicas estreitamente ligadas ao interesse da coletividade. Assim foi que se procedeu, no Brasil, em relação às empresas de eletricidade e de transportes.

Cedo, porém, percebeu-se que o Estado deveria participar do “comando” da empresa, porque se delineava a política da “intervenção” desse Estado no domínio econômico, quando objetivos maiores do que o simples apoio à iniciativa privada já haviam configurado. A empresa criada deveria ajustar-se à política econômica pública, por isso, se o Estado participasse desse comando, tal ajustamento seria mais seguro⁸.

E, acrescenta:

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019, pág. 525

⁷ Idem, pág. 526

⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5. ed., São Paulo: LTr, 2003, pág. 352.

A Sociedade de Economia Mista constitui, portanto, no Direito Positivo brasileiro, um instrumento da intervenção do Estado no domínio econômico, para a efetivação da política econômica, e não apenas de apoio à ação particular. Por outro lado, definida como “pessoa de direito privado”, teve o seu regime jurídico igualado ao dos demais participantes do mercado, e regendo-se pela Lei n. 6.404, das Sociedades por Ações⁹.

Sobre as formas de intervenção do Estado na economia, destaco as palavras do servidor dessa Casa, Gustavo Vidigal Costa, que em sua obra “O Planejamento do Estado e o Papel Fiscalizatório dos Tribunais de Contas”¹⁰ assim asseverou:

O conceito etimológico da palavra intervenção no Direito Econômico, explicita “ação de intervir; [...] ação direta”, ou ainda “o instituto pelo qual o Estado passa a agir direta ou indiretamente na vida econômica.” (FABRIS, 2010, p. 278-279).

É importante ponderar que o Estado sempre atuou na vida econômica, em diversas gradações e de forma peculiar, de acordo com cada moldura histórica e modelo econômico, inclusive no denominado Estado Liberal, quando tal atribuição era mitigada a limites extremos.

Em linhas bem gerais, no Estado Liberal, a intervenção ocorria em menor grau, cabendo prioritariamente ao Estado funções de segurança, emissão de moeda, poder de polícia, diplomacia, prestação jurisdicional, desse modo (apenas teoricamente) o mercado regia as relações econômicas. Sobre o tema menciona-se o escólio de Clark:

Na realidade, o estado sempre atuou na vida econômica, de maneira diferenciada e peculiar, de acordo com cada época e modelo econômico, inclusive no denominado Estado liberal, quando tal atribuição era restringida a limites extremos.

Apesar de uma intervenção denominada negativa no Estado liberal, encontramos nesse modelo inúmeros exemplos de atuação econômica positiva do Estado, até mesmo sistemática – como a Lei do Trigo, na Inglaterra, que garantia um preço mínimo para o seu produto, buscando incentivar o agricultor, mas o sujeitava a certas regras de importação, e às barreiras colocadas pelos Estados Unidos e Alemanha, por volta de meados de 1800, para importação de mercadorias, no intuito de desenvolverem e protegerem a infantil indústria local contra os produtos da potente indústria inglesa. Como se percebe, nas hipóteses apontadas por Adam Smith, onde fosse admitida, a intervenção era frequentemente executada pelo Estado em prol da evolução do liberalismo. A abstenção era, sim, a regra, mas as políticas econômicas estatais positivas deveriam garantir o modelo. (CLARK, 2001, p. 21-22).

Com o advento das revoltas sociais em confronto com o sistema capitalista que implodia os direitos dos trabalhadores, e, ainda, a vigência da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, o florescimento da Revolução Russa de 1917, a deflagração de duas Grandes Mundiais (1914-1918 e 1939-1945) e, finalmente, a crise de

⁹ Idem, pág. 353

¹⁰ COSTA, Gustavo Vidigal. *O planejamento do Estado e o papel fiscalizatório dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2015. Págs. 49 a 52

1929 exigiram a ação frequente do Estado na atmosfera econômica – era o Estado Social e seu neoliberalismo de regulamentação.

Posteriormente, a partir das Crises do Petróleo de 70 e 80, o Fim da Guerra Fria, a aplicação da tecnologia de guerra no mercado de produtos, o Consenso de Washington de 1990 (redução da ação direta do Estado e a desregulamentação econômica), a ordem era implantar freneticamente a liberdade para o poder econômico privado – neoliberalismo de regulação.

A redução substancial da ação do Estado no domínio econômico recrudescceu a implantação de uma ditadura global de poder econômico privado e submergiu o caos socioeconômico nos países em desenvolvimento.

A intervenção do Estado no Domínio Econômico pode ser caracterizada, segundo Giovanni Clark:

A Constituição Econômica trata da intervenção direta do Estado no domínio econômico, em seu artigo 173 da CF. Esta pode ser realizada pelo Estado, inserindo-se o Município, quando for por motivo de segurança nacional ou por relevante interesse coletivo, definidos em lei.

A ação do Estado no domínio econômico, [...], em sua forma direta, estabelece-se pela atuação estatal na economia, ou seja, o Estado enquanto empresário, configurado, em regra, no Brasil, na sociedade de economia mista e na empresa pública, chamadas de empresas estatais. Atualmente, o Estado empresário vem sendo duramente criticado e rapidamente destruído, por intermédio das privatizações impostas pelos movimentos neoliberais do final do século XX, a título de debelar a crise do Estado. (CLARK, 2001, p. 143, 148 e 147). **(grifei)**

Pois bem, após esta longa explanação sobre a atuação do Estado, natureza jurídica das empresas estatais (especialmente da sociedade de economia mista), regime jurídico e formas de intervenção do Estado na economia, é imprescindível, para delimitação da atuação da MGS nos contratos elencados pelo Ministério Público de Contas nas representações acima enumeradas, transcrever o artigo 1º do Estatuto Social da MGS – Minas Gerais Administração e Serviços S.A, verbis:

Art. 1º - A MGS – Minas Gerais Administração e Serviços S.A. (“Companhia”), sociedade anônima de capital fechado, é uma empresa pública regida por este Estatuto Social e pelas disposições legais que lhe forem aplicáveis, em especial pela Lei Estadual n. 11.406/94, pelas Leis Federais n.s 6.404/76 e 13.303/16 e pelo Decreto Estadual n. 47.154/17.

Sobre a natureza jurídica da MGS e respectiva atuação, destaco os arts. 125 e 126 da Lei 11406/1994, *ipsis litteris*:

Art. 125 - Ficam o Estado de Minas Gerais e a autarquia Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais autorizados a adquirir a integralidade das ações da empresa Minas Gerais Administração e Serviços S.A. – MGS.

[...]

Art. 126. A empresa pública Minas Gerais Administração e Serviços S.A. – MGS –, resultante do disposto no art.125 desta Lei, vincula-se à Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão – Seplag – e tem por finalidade a prestação de serviços técnicos,

administrativos e gerais aos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, em especial nas seguintes áreas:

I - locação de mão-de-obra para conservação, limpeza, asseio, higienização, vigilância e serviços temporários;

II - administração de estacionamentos rotativos;

III - administração de condomínios;

IV - recuperação, manutenção e conservação de móveis, máquinas, equipamentos e aparelhos em geral;

V - conserto e manutenção de veículos;

VI - execução de serviços gráficos;

VII - administração de processos licitatórios e contratos administrativos;

VIII - transporte de valores, cargas e passageiros;

IX - fornecimento, revenda e administração de vale-transporte, vale-alimentação e outros tipos similares de vales;

X - administração e representação de ações trabalhistas.

§ 1º - A sociedade terá sede e foro em Belo Horizonte e se regerá por seu estatuto, na forma desta lei e das demais disposições relativas às sociedades por ações.

§ 2º - **A empresa pública de que trata o caput poderá exigir garantia e utilizar os instrumentos previstos na legislação civil e comercial aplicável às empresas privadas, nos termos do art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição da República, para assegurar o cumprimento das obrigações contratuais pelos tomadores de serviços. (grifei)**

Nesta toada, entendo importante transcrever artigos pertinentes à organização funcional da referida empresa estatal, para delimitar os “quadros” de atuação interna e externa da MGS:

Art. 128 - O pessoal da empresa Minas Gerais Administração e Serviços S.A. – MGS – será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho e respectiva legislação complementar e organizado nos seguintes quadros:

I - **quadro efetivo**, composto de empregados permanentes da empresa;

II - **quadro rotativo**, composto de empregados contratados para a execução das funções previstas no inciso I do art. 126 desta lei. **(grifei)**

Aspecto importante desse artigo 128 é a delimitação de atuação da MGS por meio de seus quadros permanente e rotativa, que terá considerável impacto na fundamentação da regularidade das contratações realizadas entre a MGS e o diversos entes (representados).

Assim, reafirmo que a MGS é uma empresa estatal estadual, especificamente uma sociedade de economia mista¹¹ de capital fechado, com atuação (exploração) na atividade econômica.

¹¹ Sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado criadas para prestação de serviço público ou exploração de atividade econômica, contando com um capital misto e constituídas sob a modalidade

Enfim, a MGS não é uma empresa estatal prestadora de serviço público, **mas uma empresa estatal que explora atividade econômica¹² em concorrência com outras empresas que atuam em áreas elencadas no artigo 126 e incisos da citada Lei 11406/1994¹³.**

Neste sentido, por ter a incumbência de competir com outras empresas do ramo de atuação similar, a MGS deve ter um regramento próprio das empresas privadas (conforme estatui a Lei 13.303/2016 no sentido de flexibilização do regime jurídico de contratação do quadro rotativo para atendimento do fim social estabelecido em seu objeto legal e estatutário.

É de se reiterar que a MGS é uma sociedade de economia mista estadual, com autossuficiência financeira, e que atua na economia (de forma direta) em situações similares (e concorrencial) com as empresas privadas. Não se pode perder de vista tais pontos explicitados acima, pois são fundamentais para delimitação da regularidade (e da legitimidade) dos atos e contratos administrativos produzidos pelos diversos entes municipais e estaduais nas representações objetos de análise.

II.3. Terceirização na Administração Pública. Decisão do STF sobre a terceirização das atividades meio e fim. Entendimento do TCEMG sobre o âmbito de aplicabilidade da terceirização na Administração Pública.

A terceirização é um instituto oriundo da Ciência da Administração, que resulta do neologismo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Observa-se que tal neologismo foi construído pela área da administração de empresas para designar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes, não se referindo, contudo, ao terceiro no sentido jurídico¹⁴.

A ideia da terceirização surge no período da Segunda Guerra Mundial, quando as empresas produtoras de armas estavam sobrecarregadas com a demanda e constataram que poderiam delegar serviços a terceiros a fim de aumentar a produção e atender a crescente demanda do mercado¹⁵. Assim, as empresas especializaram-se e passaram a produzir apenas o essencial, delegando a outras empresas atividades acessórias, de mero suporte a sua atividade-fim.

No Brasil, o fator impulsionador do fenômeno terceirizante foi a entrada das empresas multinacionais automobilísticas no mercado nacional, devido a abertura do mercado interno

de sociedade anônima.

¹² Neste sentido, vide informação obtida no sítio eletrônico do Estado de Minas Gerais, considerando a MGS como empresa estatal estadual não dependente, ou melhor, autossuficiente: http://www.fazenda.mg.gov.br/governo/contadoria_geral/relacao_orgaos_entidades_cnpj/

¹³ Com 66 anos de fundação a MGS - Minas Gerais Administração e Serviços S.A., criada em 18 de janeiro de 1954, é uma sociedade anônima de capital fechado sob a forma de Empresa Pública, orientada pela Lei Estadual n. 11.406, de 28 de janeiro de 1994, e de acordo com seu Estatuto Social. Em projeto de lei aprovado pela Assembleia Legislativa, dentro do conjunto da reforma administrativa do Estado realizada em 2016, a MGS teve a sua área de atuação ampliada pela possibilidade de prestar seus serviços, também, a nível Federal, além dos Estados, Distrito Federal e Municípios - caput com redação dada pelo artigo 184 da Lei n. 22.257, de 27/07/2016. Fonte: <https://www.mgs.srv.br/detalhe-da-materia/info/quem-somos/6496> - Acesso em 10/12/2020.

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 452

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010

às empresas estrangeiras, o que ocorreu na década de 1950. Em virtude disso, as empresas nacionais tiveram que se adequar à nova realidade, para se tornarem mais competitivas, buscando o aumento da produtividade e a diminuição de custos.

Impende observar que as crises econômicas e as altas taxas de desemprego favoreceram o surgimento do fenômeno da terceirização, tendo em vista que, neste contexto, o empresário procura diminuir seus custos, principalmente com o barateamento da mão de obra.

A Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 (CLT), em conformidade com o modelo social e econômico vigentes à época, apenas fez menção à empreitada e subempreitada como possibilidades de contratação de mão de obra, consoante ao disposto nos artigos 455 e 652, “a”, III do referido diploma legal.

No final da década de 1960, foi instituído o Decreto-Lei n. 200/67 (art.10) que estimulava a descentralização administrativa do Estado através da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais pela administração direta e indireta da União, Estados e Municípios, perante empresas componentes do segmento privado da economia, o que, de certo modo, configurou-se na indução legal à terceirização de atividades executivas e operacionais no âmbito da Administração Pública. Vejamos:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;

b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. **(Grifei)**

No ano de 1970, a Lei n. 5.645, em seu artigo 3º, parágrafo único, exemplificou as atividades que poderiam ser objeto de descentralização no âmbito da Administração Pública, elucidando a questão:

Art. 3º - Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá:

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras semelhantes serão de preferência objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, §7º, do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. **(Grifei)**

Posteriormente, o parágrafo único do artigo 3º da Lei n. 5.645/70 foi revogado pela Lei n. 9.527/97 e, com o advento do Decreto n. 2.271/97 elencou, por meio de rol

exemplificativo, as atividades que poderiam ser objeto de execução indireta pelos entes estatais, *verbis*:

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.

Verifica-se que no § 2º do artigo acima transcrito foi imposta uma vedação com relação a execução indireta de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, com o intuito de se garantir que a delegação abrangesse apenas atividades secundárias da administração evitando-se ilegalidades.

É relevante citar a IN n. 02/2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, alterada pela IN n. 06/2013. A referida instrução normativa disciplina a contratação de serviços no âmbito da Administração Pública Federal e estabelece que os serviços contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, em estrita consonância ao que dispõe o Decreto n. 2.271/97. Sobre mais, contempla diretrizes que devem ser observadas na realização das licitações e para a gestão dos contratos administrativos pelo Poder Público.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, dispôs sobre a contratação de serviços pelo ente público, nos seguintes termos:

[...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, 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 econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Para disciplinar o processo licitatório, foi editada a Lei n. 8.666/93, trazendo em seu bojo as regras e princípios a serem observados nas contratações públicas, inclusive aqueles serviços que poderão ser objeto de execução indireta, portanto, terceirizados.

Em âmbito privado, somente na década de 1970, em consonância com a tendência mundial, iniciou-se a terceirização no Brasil por meio do ramo automobilístico.

Diante da disseminação de empresas criadas com o objetivo de fornecer mão de obra, no ano de 1974 foi criado um diploma normativo que tratava especificamente da terceirização no campo privado da economia, a Lei do Trabalho Temporário n. 6.019/74. A lei em comento permitiu a terceirização de atividade permanente para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal da tomadora de serviços, sendo o prazo máximo do contrato entre a

tomadora e a fornecedora de mão de obra de 90 dias quanto ao mesmo empregado. Outrossim, em virtude da evolução econômica e social, foi criada a Lei n. 7.102/83 que autorizou a terceirização das atividades de vigilância no setor bancário, a ser efetuada em caráter permanente (ao contrário da terceirização autorizada pela Lei n. 6.019/74, que era temporária).

Para melhor entendimento da evolução histórica da terceirização no Brasil, tem-se o professor por Carolina Zancaner Zockun, *ipsis litteris*:

[...] O Brasil, acompanhando a tendência mundial, deu início à terceirização material, na década de 1970, também por meio do setor automobilístico.

O modelo, entretanto, sofreu, nos anos 1980, forte resistência sindical e das próprias administrações das empresas, habituadas com planos centralizados de organização e gerência do trabalho. Contudo, nos anos 1990 a terceirização material espalhou-se para todo os setores produtivos.

A intensificação do fenômeno da globalização impulsionou a abertura da economia ao Exterior, realizada de forma abrupta e dissociada de políticas industrial e agrícola.

Esse processo ocorreu em um ambiente de intensa retração econômica, durante o governo Fernando Collor, e se prolongou até o final da década. Desta forma, a terceirização foi alavancada (i) pela necessidade imperativa de uma reestruturação produtiva para alcançar patamares de produtividade que garantissem a competitividade e (ii) pela longa recessão da economia brasileira.

Nessa época foram tomadas medidas que tinham por objetivo estimular a competitividade dos produtos brasileiros para enfrentar as novas condições impostas pelos mercados nacional e internacional. Destacam-se, entre várias coisas: o incentivo à reestruturação produtiva; a privatização de várias empresas públicas; a desregulamentação das relações de trabalho; a legislação antitruste e as novas leis de proteção ao consumidor; a liberalização comercial e as novas regras para investimentos diretos.

No cenário de crise e de desafios fixados pela abertura da economia brasileira e pela globalização, as empresas pretendiam, antes de tudo, garantir seu lugar nos mercados nacional e internacional. Assim, as empresas brasileiras delimitaram estratégias para alcançar ganhos de produtividade e diferenciais de competitividade. Algumas delas optaram pela redução de custos por meio da demissão de empregados e da precarização das relações de trabalho. Outras optaram por envidar seus esforços no produto final, terceirizando as denominadas atividades-meio. Outras, ainda, combinaram essas duas estratégias. Em todos esses casos o resultado para os trabalhadores foi o agravamento das condições de vida e de trabalho. (págs. 29/30 – ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. Páginas 29/30)

Considerando a nova realidade na contratação de mão de obra no país, o Tribunal Superior do Trabalho, em 30/09/1986, editou o Enunciado n. 256 por meio do qual limitou taxativamente as hipóteses de contratação de trabalhadores por empresa interposta, estabelecendo que as contratações fora das alternativas previstas nas Leis n. 6.019/74 ou 7.102/83, geravam o estabelecimento do vínculo empregatício direto com o tomador de serviços.

ENUNCIADO N. 256 DO TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21/11/2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nos 6.019, de

03/01/1974, e 7.102, de 20/06/1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Entretanto, devido à intensificação do fenômeno da globalização e pelo longo período de recessão da economia brasileira, a terceirização de serviços propagou-se para outros setores produtivos da economia, fazendo-se necessária a revisão do Enunciado n. 256 do TST de modo que pudesse regulamentar de forma mais abrangente a prestação de serviços por meio de terceiros. As limitações constantes no aludido enunciado não condiziam mais com o panorama produtivo vigente no país, que buscava adequar-se às novas condições exigidas pelos mercados nacional e internacional.

Assim, a partir da revisão do Enunciado n. 256, foi editada a Súmula 331 pelo TST, composta de quatro incisos:

SÚMULA 331 DO TST – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Com efeito, a Súmula em questão trouxe significativas mudanças tais como: a vedação de vínculo com a Administração Pública no caso de contratação irregular de trabalhador por empresa interposta, em estrita consonância com a previsão contida no inciso II, do art. 37 da CF (inciso II); a diferenciação entre atividades-meio e atividades-fim do tomador de serviços e a autorização de terceirização somente nas atividades-meio do tomador. Por fim, trouxe a previsão da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto às obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa terceirizante, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Vale lembrar que a mencionada Súmula passou por duas alterações, sendo a primeira em 20/09/2000, quando o inciso IV recebeu nova redação para elucidar que a responsabilidade subsidiária prevista no inciso supracitado abrangia também órgão da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

Novamente, em 2011, foi dada nova redação ao inciso IV e acrescentado o inciso V, ante a decisão do STF na Ação Direta de Constitucionalidade n. 16, prolatada em 24/11/2010, que firmou ser constitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/1993. Por conseguinte, foi afastada a responsabilidade objetiva do Estado em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas

da empresa de terceirização, desde que respeitado o processo licitatório. A atribuição da responsabilidade subsidiária estaria condicionada a comprovação da *culpa in vigilando* do ente estatal quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhista da prestadora de serviços. Eis a Súmula com sua redação final:

SÚMULA N. 331 DO TST – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/05/2011.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Em 2017, foram editadas as Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, que, respectivamente, regulamentam a terceirização em todas as atividades da empresa, ampliando-se a terceirização também para as atividades fim do empreendimento, dentre outras alterações e alteram a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho (reforma trabalhista).

É de verificar-se que, antes da aprovação das referidas leis o que se tinha eram leis esparsas e uma construção jurisprudencial que versavam sobre a terceirização. Com efeito, de acordo com entendimento jurisprudencial expresso por meio da Súmula n. 331, III do TST, era permitida a terceirização de serviços apenas das atividades acessórias, não ligadas ao objetivo principal da empresa, também chamadas de atividades-meio do tomador, assim como nos serviços de vigilância e de conservação e limpeza.

Esclarece-se que as atividades-meio são aquelas consideradas não essenciais à atividade empresarial do tomador. São as atividades inerentes, acessórias ou complementares à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços¹⁶. Já as atividades fim são aquelas essenciais, indispensáveis à consecução da produção empresarial ou prestação de serviço. São aquelas nucleares que, caso retiradas do contexto empresarial, extinguem a atividade.

A aprovação da lei em análise foi polêmica e muito criticada por vários segmentos da sociedade tais como, centrais sindicais, oposição política, representantes do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho, sob o argumento de que terceirização sem limites equivale à precarização dos direitos dos trabalhadores como redução de salários e benefícios e ameaça ao emprego formal.

Em virtude de tais controvérsias, o STF foi instado a se manifestar na ADPF n. 324 e no Recurso Extraordinário n. 958252, entendendo, na lavra do voto condutor do Min. Luís Roberto Barroso, pela constitucionalidade das referidas leis.

Assim, peço vênias a transcrição da ementa do voto que entendo importante para o deslinde do feito, *verbis*:

Ementa: DIREITO DO TRABALHO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM E DE ATIVIDADE-MEIO. CONSTITUCIONALIDADE.

1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.

2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.

3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações.

4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993).

5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial.

6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017, persiste o objeto da ação, entre outras razões porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST,

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014 p. 468

que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta.

7. Firmo a seguinte tese: **“1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”.**

8. ADPF julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. Restou explicitado pela maioria que a decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado. **(grifei)**

Todavia, em que pese a exposição acima e a definição legal da terceirização pelo STF, faço a seguinte indagação: **“É possível a terceirização das atividades meio e fim na Administração Pública?”**

Pois então, este Tribunal já teve oportunidade de se manifestar a respeito do tema, na Consulta n. 1024677, na Sessão do Pleno do dia 04/12/2019 que em decidiu que as normas referentes à terceirização se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista regidas pelo art. 173, da CR/88, *ipsis litteris*:

Já a Lei n. 13.467/17 – que não consta expressamente na consulta, mas efetivamente nos interessa para adequada resposta ao consulente – alterou a mesma Lei n. 6.019/74 para definir a prestação de serviços a terceiros, conceituada como “a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, **inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução” (art. 4º-A). Essa modalidade de terceirização independeria dos requisitos do trabalho temporário **e abrangeria, inclusive, a atividade fim da contratante**, que está definida na lei como “a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal” (art. 5º-A). **(grifos no original)**

Depois da publicação de referidos diplomas legais e antes mesmo da plena entrada em vigor da Lei n. 13.467/17, o Pretório Excelso reconheceu a incompatibilidade da Súmula n. 331 do TST com a Constituição da República **e fixou a tese da constitucionalidade da terceirização da própria atividade fim das empresas**. Essas decisões foram proferidas no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 324 e do Recurso Extraordinário – RE n. 958252, cujos votos e acórdãos já foram inclusive parcialmente disponibilizados. **(grifos no original)**

A aplicabilidade desse entendimento às relações trabalhistas envolvendo a Administração Pública não foi objeto de definição pelo STF naquela oportunidade. Nada obstante, na sequência desses julgamentos, e da aprovação das Leis n. 13.429/17 e 13.467/17, o Poder Executivo Federal editou o Decreto n. 9.507/18, para regulamentar o disposto no art. 10, § 7º, do Decreto-Lei n. 200/67 e disposições da Lei n. 8.666/93, revogando o Decreto n. 2.271/97. **(grifei)**

Nos termos desse novo diploma regulamentar, que trata da “execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional

e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”, a terceirização não mais se pauta pelas noções de atividade-fim ou atividade-meio, ou mesmo de atividades “materiais acessórias, instrumentais ou complementares”.

O escopo de possibilidade da terceirização é definido de forma residual, sendo esta vedada em determinadas e distintas situações, conforme se trate de aplicá-la no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, ou de aplicá-la no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Tal distinção se justifica na medida em que, caso o Estado, ao qual é facultado a exploração direta de atividade econômica “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, decida por fazê-lo através da criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, ele deve submeter-se aos ditames do mercado e de sua concorrência e, portanto, salvo expressas exceções, às regulações próprias do direito privado.

Sem embargo, se, por um lado, a jurisprudência não hesita em afirmar a impossibilidade de extensão de privilégios e prerrogativas próprias do regime jurídico de direito público às empresas públicas e sociedades de economia mista; por outro, vale ressaltar que a leitura constitucional dessas normas não deve restringir-se à igualdade concorrencial no plano das vantagens, mas também considerar os naturais obstáculos mercadológicos próprios do nicho no qual essas entidades irão atuar. Noutra falar, criações de obstáculos artificiais ou jurídicos impróprios também devem ser levados em consideração na aplicação e interpretação das normas constitucionais. Contrariam, por óbvio, essa teleologia sistêmico-normativa quaisquer interpretações literais ou isoladas de dispositivos constitucionais que pretendam impor às empresas estatais ônus jurídicos ou formalismos excessivos, que possam ser desestabilizadores da concorrência ou mesmo impeditivos à atuação da empresa estatal no mercado.

Deveras, extrai-se do subsistema normativo constitucional que os entes criados ou utilizados pela Administração Pública para explorar atividade econômica no mercado concorrencial devem igualar-se às entidades privadas não só em relação às restrições jurídicas, mas também quanto às necessárias flexibilidades competitivas, sobretudo quando a equiparação for essencial à consecução de seu objeto social e, em última análise, ao atingimento da finalidade pública que justificou sua criação. Ou seja, o regime jurídico híbrido ao qual elas estão vinculadas deve comportar a necessária compatibilização de regras públicas, que eventualmente possam ser restritivas à concorrência, com interpretações mais flexíveis das regras privadas, na medida em que isso for fundamental à própria condição concorrencial ou, noutras palavras, à sua sobrevivência no mercado. (grifei)

Assim, dentro do novo cenário legal, que configura, aliás, desenvolvimento de um fenômeno de descentralização e desconcentração que vem de longa data, observa-se que, para a administração direta, autárquica e fundacional, é possível a terceirização de todas as atividades que não detenham natureza típica de Estado e que não reflitam o seu poder de império. Para essas, segue prevalecendo a regra do concurso público, estabelecida no art. 37, II, da Constituição da República. (grifei)

Dentro dessas diretrizes, o art. 3º do Decreto n. 9.507/18 detalhou as atribuições incompatíveis com a execução indireta no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, quais sejam: I) que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; II) que sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em

risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; III) que estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; IV) que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Poderão, contudo, ser terceirizadas as atividades “auxiliares, instrumentais ou acessórias” referentes a tais serviços, ressalvados os referentes a serviços de fiscalização e poder de polícia e vedada a “transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado” (art. 3º, §§ 1º e 2º).

Já no tocante às empresas públicas e sociedades de economia mista, dada a personalidade jurídica de direito privado e a vocação para atuação no mercado, a única vedação à terceirização refere-se aos “serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes as dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários”. E ainda assim a proibição não se aplica quando a contratação de empregado público por meio de concurso público “contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade” (art. 4º, *caput*). Essa violação aos princípios administrativos pode se dar com a ocorrência de uma das hipóteses constantes de rol taxativo¹⁷ (art. 4º, *caput* e incisos): I - caráter temporário do serviço; II - incremento temporário do volume de serviços; III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere. Em outras palavras, se demonstrado que a contratação por meio de concurso público puder resultar em violação dos mencionados princípios administrativos, mediante a ocorrência de algumas das hipóteses listadas, a terceirização nas empresas públicas e sociedades de economia mista não encontraria qualquer restrição.

[...]

No que tange à possibilidade de terceirização em sentido estrito, em virtude de necessária interpretação sistemática, notadamente quanto à eventual incompatibilização com o modelo do regime jurídico único previsto na redação originária do *caput* do art. 39 da CR/88 e, sobretudo, com a regra do art. 37, II, CR/88, as normas da Lei n. 6.019/74 devem aplicar-se parcialmente à administração direta, às autarquias e às fundações públicas, ou seja, apenas¹⁸ naquelas atividades que não compreendam o exercício de parcela do poder estatal, a exemplo do que fora disciplinado pelo Poder Executivo Federal nos termos do Decreto n. 9.507/18.

Por outro lado, aplica-se plenamente as normas da Lei n. 6.019/74, tanto no que concerne ao trabalho temporário quanto à terceirização, às concessionárias de serviços públicos, às empresas públicas e às sociedades de economia que atuam em concorrência no mercado, as quais são regidas pelo art. 173, inciso II e § 2º, da Constituição da República e possuem “regime jurídico próprio das empresas

¹⁷ A conclusão acerca da taxatividade do rol se dá pela consideração da redação da norma, que se refere à “ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses”, a indicar a necessidade e não mera contingência da estrita observância das situações listadas.

¹⁸ Em sentido parcialmente diferente, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 387.

privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. (grifei)

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, respondo aos questionamentos formulados pelo consulente, nos seguintes termos:

1) As normas da Lei n. 6.019/74 referentes ao contrato de trabalho temporário se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista, mas não se aplicam à administração direta, às autarquias e às fundações públicas, para as quais o art. 37, IX, da CR/88 estabeleceu regime jurídico específico.

2) As normas da Lei n. 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam à administração direta, às autarquias e fundações públicas no que concerne às atividades que não compreendam o exercício de parcela do poder estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

3) As normas da Lei n. 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista regidas pelo art. 173, da CR/88, salvo quando os serviços demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes aos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários. A vedação não se aplica caso implique contrariedade aos princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade.

Dessa forma, consoante recente decisão do TCEMG na consulta acima citada, é possível a terceirização de atividade fim por empresas estatais (empresas públicas ou sociedade de economia mista) que atuam na atividade econômica. Portanto, a MGS, por se tratar de sociedade de economia atuante no domínio econômico, pode terceirizar sua atividade finalística para atender ao seu objeto legal/estatutário. Tal assertiva explica a necessidade da MGS ter um regramento (regime jurídico) flexibilizado (de direito privado) para atender, **por meio do quadro rotativo**¹⁹, aos diversos entes municipais, estaduais e federais sem perder a sua capacidade de concorrência com as empresas privadas.

¹⁹ Lei Estadual 11406/1994. Art. 128 - O pessoal da empresa Minas Gerais Administração e Serviços S.A. – MGS – será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho e respectiva legislação complementar e organizado nos seguintes quadros: [...] II - **quadro rotativo, composto de empregados contratados para a execução das funções previstas no inciso I do art. 126 desta lei.**

II.4. Análise das representações. Apontamentos do Ministério Público junto a este Tribunal de Contas

Pois então, os itens anteriormente desenvolvidos são importantes para delinear, fundamentar e decidir acerca dos apontamentos do Ministério Público de Contas em relação a supostas irregularidades nas contratações da MGS pelos diversos entes públicos. A exaustiva exposição sobre a natureza jurídica da MGS, sua atuação no domínio econômico, a atual concepção da terceirização pelo STF e por este Tribunal dão as coordenadas para um juízo de cognição do caso posto para exame.

Para melhor análise deste tópico, que trata efetivamente das supostas irregularidades elencadas nas representações apresentadas pelo *Parquet* de Contas, destaco os pontos de exame por este Relator:

- a) burla à regra constitucional do concurso público;
- b) empregos comissionados sem função de direção, chefia e assessoramento;
- c) ausência de fixação das atribuições e dos requisitos para investidura dos empregos públicos comissionados de recrutamento amplo;
- d) violação aos pressupostos legais reconhecidos no acordo celebrado com o Ministério Público do Trabalho e com o Ministério Público Estadual em 01/09/2000, nos autos da Ação Civil Pública n. 1031/2000, que tramitou perante a 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte;
- e) Desvio de função;
- f) Empregados públicos da MGS ocupando cargos na Secretaria de Estado de Saúde em detrimento de candidatos aprovados em concurso público – Edital n. 02/2014 (apontamento presente nos autos da Representação n. 1058570).

Quanto à suposta **burla à regra constitucional do concurso público** entendo que, conforme já exposto no item II.2., a natureza jurídica da MGS elide ou mitiga a obrigatoriedade da instauração do concurso público referente ao **quadro rotativo**²⁰ da referida empresa estatal.

Com efeito, a MGS é uma sociedade de economia mista que atua (explora) atividade econômica e, de acordo com o art. 126 e incisos da Lei 11406/1994 e art. 4º e incisos do Estatuto Social da MGS – Minas Gerais Administração e Serviços S.A:

[...]

Art. 126. A empresa pública Minas Gerais Administração e Serviços S.A. – MGS –, resultante do disposto no art.125 desta Lei, vincula-se à Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão – Seplag – e tem por finalidade a prestação de serviços técnicos, administrativos e gerais aos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, em especial nas seguintes áreas [...]: **I - locação de mão-de-obra para conservação, limpeza, asseio, higienização, vigilância e serviços temporários.**

²⁰ Lei estadual 11.406/1994: Art. 128 - O pessoal da empresa Minas Gerais Administração e Serviços S.A. - MGS - será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho e respectiva legislação complementar e organizado nos seguintes quadros: I - quadro efetivo, composto de empregados permanentes da empresa; **II - quadro rotativo, composto de empregados contratados para a execução das funções previstas no inciso I do art. 126 desta lei.** (grifei)

(...)tem por finalidade a prestação de serviços técnicos, administrativos e gerais aos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, em especial nas seguintes áreas: I - locação de mão-de-obra para conservação, limpeza, asseio, higienização, vigilância e serviços temporários; II - administração de estacionamentos rotativos; III - administração de condomínios; IV - recuperação, manutenção e conservação de móveis, máquinas, equipamentos e aparelhos em geral; V - conserto e manutenção de veículos; VI - execução de serviços gráficos; VII - administração de processos licitatórios e contratos administrativos; VIII - transporte de valores, cargas e passageiros; IX - fornecimento, revenda e administração de vale-transporte, vale-alimentação e outros tipos similares de vales; X - administração e representação de ações trabalhistas.

Além do mais, a atuação finalística da MGS no mercado incide na flexibilização do regime de contratação em relação ao quadro rotativo da empresa, sob pena de inviabilizar a sua própria existência. Cabe reiterar que a estrutura organizacional da MGS é composta por quadro permanente e por quadro rotativo, o que incide na conjugação de um sistema híbrido de contratação de pessoal (regime jurídico de direito público – quadro permanente – e privado – quadro rotativo).

Nestes termos, coaduno com os substanciais os argumentos do Conselheiro Cláudio Terrão, em sua manifestação prévia, às fls. 884/892 (Peça 16 do SGAP), acerca do tratamento diferenciado da MGS em relação à composição de seu quadro rotativo, *verbis*:

[...] a manifestação da Unidade Técnica é substancial e também impecável sob a ótica da sua lógica argumentativa em geral. De fato, não se questiona a existência da regra constitucional do concurso público e ninguém duvida dos requisitos constitucionais e legais para a criação e provimento dos cargos ou empregos em comissão. Entretanto, o raciocínio lógico-jurídico parte da falsa premissa de que todos os empregados dessa empresa pública específica (a MGS), salvo os comissionados, estariam submetidos à regra constitucional do concurso público. Aliás, apoiaram-se também nessa premissa generalista não só o MPC, para fins dessa representação, quando o MPT e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), em atuações anteriores. Tanto que esses dois ramos do Ministério Público celebraram com a MGS um termo de ajustamento de conduta (TAC), cujo objeto em nosso entender espraiou-se para além dos limites legais ou adequados ao caso especialíssimo no qual se enquadra essa entidade estatal.

Com efeito, a MGS é uma empresa estatal não dependente cujo objeto social consiste na prestação de serviços técnicos, administrativo e gerais aos órgãos e entidades da administração pública, conforme definido no art. 126 da Lei Estadual n. 11.406/94. Em vista da natureza desta atividade, que não caracteriza serviço público, pode-se afirmar que se trata de entidade por meio da qual o Estado de Minas Gerais intervém no domínio econômico em concorrência no mercado, a atrair a regência do disposto no art. 173 da Constituição da República. Referido dispositivo determina, para empresas estatais como a MGS, “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”, sendo-lhe vedado “gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado” (§ 1, inciso II, e §2º).

Adotado como base o sistema capitalista pela Constituição da República (art. 170 e ss.), a racionalidade dessas normas constitucionais reside em que, caso o Estado, ao qual é facultado a exploração direta de atividade econômica “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, decida por fazê-lo através da criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, ele deve submeter-se aos

ditames do mercado e de sua concorrência e, portanto, salvo expressas exceções, às regulações próprias do direito privado.

[...]

De toda sorte, sendo a MGS desde sua origem uma empresa estatal cujo objeto vincula-se ao ambiente concorrencial, é pacífica a jurisprudência do STF, para o qual “os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividade em regime de concorrência”. (grifei)

Sem embargo, se, por um lado, a jurisprudência não hesita em afirmar a impossibilidade de extensão de privilégios e prerrogativas próprias do regime jurídico de direito público às empresas públicas e sociedades de economia mista; por outro, vale ressaltar que a leitura constitucional dessas normas não deve restringir-se à igualdade concorrencial no plano das vantagens, mas também considerar os naturais obstáculos mercadológicos próprios do nicho no qual essas atividades irão atuar. Noutra falar, criações de obstáculos artificiais ou jurídicos impróprios também devem ser levados em consideração na aplicação e interpretação das normas constitucionais. Contrariam, por óbvio, essa teleologia sistêmico-normativa quaisquer interpretações literais ou isoladas de dispositivos constitucionais que pretendam impor às empresas estatais ônus jurídicos ou formalismos excessivos, que possam ser desestabilizadores da concorrência ou mesmo impeditivos à atuação da empresa estatal no mercado.

Deveras, extrai-se do subsistema normativo constitucional que os entes criados ou utilizados pela Administração Pública para explorar atividade econômica no mercado concorrencial devem igualar-se às entidades privadas não só em relação às restrições jurídicas, mas também quando às necessárias flexibilidades competitivas, sobretudo quando a equiparação for essencial à consecução de seu objeto social e, em última análise, ao atingimento da finalidade pública que justificou sua criação. Ou seja, **o regime jurídico híbrido ao qual elas estão vinculadas deve comportar a necessária compatibilização de regras públicas, que eventualmente possam ser restritivas à concorrência, com interpretações mais flexíveis das regras privadas, na medida em que isso for fundamental à própria condição concorrencial ou, noutras palavras, à sua sobrevivência no mercado. (grifei)**

Estabelecida essa premissa, que se mostra constitucionalmente adequada e na esteira da jurisprudência do STF, é fundamental separar o quadro de pessoal estruturante da empresa de seu quadro dinâmico ou predisposto à terceirização. No primeiro caso, trata-se do quadro fixo ou conjunto de servidores que irá dar sustentação à própria estrutura organizacional da MGS, empregados públicos submetidos a maior nível de estabilização e, portanto, necessariamente submetidos à regra constitucional do concurso público (art. 37, II) para fins de seleção. Enquanto, no segundo caso, trata-se do quadro rotativo ou conjunto de empregados que representa parte do próprio objeto da empresa, cuja dinâmica de seleção, treinamento e disponibilização aos clientes, reflete diretamente a demanda do próprio mercado, muitas vezes a incompatibilizar-se com os custos, os formalismos e o tempo necessário à aplicação da regra constitucional do concurso público. (grifei)

Diante desse cenário, é de concluir que, para o quadro rotativo de pessoal da MGS, cuja alocação em tomadores de serviço constitui parte substancial da própria atividade econômica da empresa pública, as normas constitucionais, especialmente as insculpidas no art. 170, *caput*, no art. 173, § 1º, inciso II, e seu § 2º, devem afastar, sempre que necessário, aquela prevista no seu art. 37, inciso II. (grifei)

Cabe destacar que interpretação diversa ou excessivamente formalista poderia até mesmo levar à extinção da MGS. Isso porque, numa lógica regressa ou *a contrario sensu*, caberia pressupor a antijuridicidade do exercício da atividade econômica que compreende o objeto social da MGS, notadamente com a fulminação por inconstitucionalidade do art. 126 da Lei Estadual n. 11.406/94, o que até o presente momento não foi sequer aventado pelos órgãos competentes, nem muito menos consta como causa de pedir nessa representação. Pelo contrário, no sistema constitucional vigente, presume-se a constitucionalidade dos atos legislativos, de modo que o raciocínio a ser operado no presente caso deve partir da premissa de legitimidade da escolha política de intervenção no domínio econômico operada pelo Estado de Minas Gerais, mediante a criação da MGS, notadamente em virtude do momento histórico em que fora instituída e daquilo que vem produzindo no âmbito estatal. Enfim, não cabe à hermenêutica jurídica, salvo se artificial ou disfuncional, ignorar a realidade histórico-social posta, sobretudo quando uma peculiar interpretação poderá levar ao completo aniquilamento de uma empresa que vem se firmando cada vez mais como referência no mercado mineiro.

Eis, portanto, o erro de premissa do qual partira a Unidade Técnica, que discorreu acertadamente sobre os requisitos constitucionais e legais para a criação e provimento de empregos e cargos efetivos, ou em comissão, mas pautou sua conclusão acerca da regularidade do contrato firmado por este Tribunal e a MGS na consideração de que essa empresa estatal deveria, tal qual deve fazer para preencher as vagas de seus empregos estruturantes, realizar concursos público para a contratação da mão de obra a ser alocada nos tomadores de serviço. Todavia, pelas razões já devidamente explicitadas, isso não deveria ser exigido para formação do quadro rotativo da MGS.

[...]

Com efeito, deve-se pôr em relevo mais uma vez que faz parte do objeto empresarial da MGS o fornecimento de mão de obra para atender as demandas ordinárias do mercado. De tal sorte que – seja em função do tempo de resposta à demanda, a propiciar condição efetiva de competitividade à empresa em face da iteratividade do mercado e das exigências da concorrência, seja em função da tipologia de mão de obra para um determinado contrato, a fim de atender as especificidades técnicas (cursos, experiência do profissional etc.) das de um ou outro contratante – **é imprescindível que haja flexibilidade na seleção do quadro rotativo da empresa; tornando-a, portanto, pragmaticamente incompatível com as regras do concurso público. (grifei)**

Ademais, a solução encontrada pelo MPT e pelo MPMG, de submeter a certame público o quadro rotativo da MGS – mão de obra que compõe o próprio objeto de mercado da empresa-, para evitar os desvios operacionais que à época foram identificados nesse tipo de procedimento, poderá vir a inviabilizar a empresa; porquanto, como já se ressaltou, é com o pessoal de seu quadro rotativo que a MGS precisa responder com rapidez à dinâmica do mercado e realizar suas contratações operacionais. Em outras palavras, a gestão da empresa não pode ficar cerceada de sua capacidade competitiva por excessivos formalismos de controle. Por mais que essas formalidades atendam ou facilitem a atuação ou aos interesses de alguns órgãos estatais (MPT, MPMG, Tribunal de Contas etc.), elas não podem inviabilizar as condições mercadológicas da empresa. Não se assevera com isso que a empresa não deve submeter-se a critérios rígidos de controle, nem muito menos que deve sucumbir à influência de políticos e ou de autoridades administrativas na seleção das pessoas que venham a compor o seu quadro rotativo. Sabemos que o controle é fundamental, mas seus estratagemas e processos de trabalhos devem estar predispostos a compatibilizar-se com a finalidade pública para qual a empresa fora criada.

Vale destacar ainda que o novel acordo judicial, nos exatos termos em que foi firmado, em complementação ao acerto original, pelo MPT, pelo MPMG e pela própria MGS, permanecerá, com a devida vênia aos que propuseram tal solução, impondo à empresa ônus artificial e impróprio à sua natureza jurídica; o que, como ressaltamos acima, poderá vir até mesmo a inviabilizar a sua existência. **Mais uma vez cabe salientar que o quadro rotativo da MGS não precisa estar submetido à regra do concurso público, cabendo aos seus gestores promover a seleção das pessoas que comporão conforme a demanda e a dinâmica do mercado; sem descurar, obviamente, do controle necessário ao seu propósito finalístico, sobretudo quanto às indesejáveis e eventuais interferências externas, sob pena inclusive das responsabilizações pessoais decorrentes da lei. (grifei)**

No mesmo sentido, a MGS, em seus esclarecimentos às fls. 717/726 (Peça 16 do SGAP), reafirma a natureza jurídica da empresa estatal pois:

na condição de empresa pública exploradora de atividade econômica, está sujeita ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive no que tange às obrigações trabalhistas. E, nesse contexto, aplicam-se às relações de trabalho da MGS as normas contidas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), valendo lembrar que os empregados da MGS, independentemente da forma de provimento, ocupam empregos públicos.

De fato, o item II.2. deste voto, desenvolveu cuidadosamente a estrutura organizacional da MGS, delineando a sua finalidade e a existência de prerrogativas e privilégios para o atendimento das demandas do mercado.

Por outro norte, este Tribunal já decidiu acerca da possibilidade de terceirização de atividades meio e fim pelas empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) que atuam na atividade econômica conforme se deduz da Consulta n. 1024677, na Sessão do Pleno do dia 04/12/2019. Assim, a meu ver, é possível, inclusive, a MGS terceirizar a sua atividade fim para atender à demanda de entes públicos e privados interessados em contratar com a própria empresa estatal. Logo, se é possível terceirizar o **quadro rotativo** da MGS então, por conclusão lógica, é prescindível a deflagração de concurso público para composição desse quadro representativo do próprio objeto da empresa. Esse é o sentido exposto pelo Conselheiro Cláudio Terrão em sua manifestação prévia, o qual me filio na sua integridade, *ipsis litteris*:

Outro ponto que merece especial atenção no caso especialíssimo sob análise é que o quadro-contexto normativo existente à época do acordo originário, que submeteu a contratação do pessoal do quadro rotativo da empresa à regra do art. 37, II, da CF, sofreu substancial modificação superveniente. Em especial, vale salientar as alterações que sobrevieram tanto por força da entrada em vigor das Leis n.s 13.429/17 e 13.467/17 quanto pela formação de precedentes qualificados do STF, nos quais se assentou a possibilidade de terceirização para além dos limites da Súmula 331/TST, que foi considerada inconstitucional por violar os princípios da livre iniciativa e da liberdade contratual. (grifei)

Diante desse novo contexto, e respeitados os limites temporais da coisa julgada, entendemos ter restado configurada, inclusive, a insubsistência dos efeitos concretos da regulação jurídica operada tanto pelo acordo originário quanto por sua complementação. Noutras palavras, compreendemos que há plena possibilidade jurídica de que a MGS promova a imediata desconstituição desses acordos, sobretudo por se tratar de relação

jurídica de trato continuado sobre as quais sobreveio modificação no estado de direito, nos exatos termos do art. 505, inciso I, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, e conquanto possa sob a dimensão do controle externo dar interpretação diferente à que fora estabelecida no âmbito do acordo firmado, não cabe ao Tribunal de Contas imiscuir-se diretamente naquela específica relação jurídica, uma vez que não integrou os limites subjetivos daquele processo judicial de controle. Não por outra razão, sob a nossa relatoria propusemos o arquivamento de anterior processo de controle externo, que tinha o mesmo objeto discutido no âmbito da 21ª Vara do Trabalho em Belo Horizonte. É que não caberia ao Tribunal de Contas, em razão de sua absoluta incompetência, fiscalizar o objeto do acordo firmado entre a MGS, o MPT e o MPMG. Além disso, conquanto sob a perspectiva do controle externo pudesse ter outra compreensão jurídica sobre os mesmos fatos submetidos ao controle judicial, é necessário sublinhar que, caso viesse a confirmar interpretação divergente daquela, poderia gerar naquele contexto ainda mais insegurança jurídica sobre as relações contratuais já firmadas pela empresa, seus empregados e seus contratados.

[...]

Assevera-se, portanto, sob a ótica administrativa deste Tribunal de Contas, ou seja, enquanto contratante de serviço terceirizado, a total regularidade da contratação da mão de obra na forma em que fora operada; primeiro, porque a norma que estaria sendo ofendida (art. 37, II, CF/88), segundo nossa compreensão, não seria sequer aplicável ao quadro de pessoal rotativo da MGS; segundo, porquanto a solução interna adotada pela empresa para operacionalizar a demanda do Tribunal, na condição de contratante, não estava abarcada pelo acordo judicial originalmente firmado pela empresa, tanto que o MPT arquivou a representação que lhe fora enviada pelo MPC sobre os mesmos fatos ora analisados, suscitando inclusive novo acordo complementar ao original. (grifei)

[...]

Mas não é só. Vale salientar algo muito peculiar ao caso da MGS. É que, considerando a constitucionalidade da terceirização da própria atividade fim das empresas privadas – e não se olvidando que essa parte do regime jurídico de direito privado também deve ser aplicável às empresas públicas regidas pelo art. 173 da Constituição da República, uma vez que se lhes devem aplicar tanto as restrições jurídicas quanto aos privilégios, a fim de que possam concorrer em igualdade de condições no mercado-, a própria atividade principal da MGS poderia ser terceirizada, diante desse novo contexto jurídico. Em outras palavras, a própria contratação de mão de obra para alocação em tomadores de serviço poderia ser terceirizada pela MGS. Não se tratando, por óbvio, de simples contratos para fins de seleção de pessoal, mas de contrato que configuraria subterceirização, a exemplo da sublocação, ordinariamente verificada no mercado de locação de veículos ou terceirização de frotas.

[...]

Em outras palavras, a necessidade de competir em igualdade de condições no mercado permite, nos termos do normativo federal, a terceirização da atividade fim de empresas públicas e sociedades de economia mista. (grifei)

Assim sendo, considerando a fundamentação acima exposta, entendo por afastar o apontamento do Ministério Público de Contas acerca da suposta burla ao concurso público em relação a todas as representações elencadas no preâmbulo deste voto.

Quanto aos apontamentos de “**empregos comissionados sem função de direção, chefia e assessoramento**” e da “**ausência de fixação das atribuições e dos requisitos para investidura dos empregos públicos comissionados de recrutamento amplo**”, insisto na proposição por mim desenvolvida acerca da natureza jurídica da MGS (sociedade de economia mista não dependente) atuante no domínio econômico e a sua repercussão na composição do quadro permanente e do quadro rotativo da referida empresa pública. Reafirmo o entendimento da necessidade de flexibilizar o regramento acerca da composição do **quadro rotativo** da empresa estatal em prol do atendimento de sua atividade finalística.

Assim, em que pese a inapropriada utilização semântica do termo “cargo em comissão” pela MGS, para justificar as diversas contratações realizadas por entes públicos, entendo que a conduta perpetrada pelos gestores da MGS (e muito menos dos entes contratantes) não tem o condão de macular a alocação de empregos para atender às demandas dos diversos órgãos públicos.

Trago a lume (novamente) o entendimento (recente) desse tribunal acerca da possibilidade de terceirização da atividade fim pelas empresas estatais que atuam na atividade econômica, o que, por si só, já afastaria a suposta irregularidade apontada pelo Ministério Público de Contas, pois demonstra a possibilidade elástica de interpretação do regramento acerca da regular alocação de empregados do **quadro rotativo** (inclusive motoristas executivos) nas relações contratuais já firmadas pela empresa, seus empregados e seus contratados.

Entretanto, entendo que a MGS deve estabelecer instrumento normativo que regulamente a estrutura e a operacionalização do quadro organizacional da empresa, por meio de diretrizes e regras relativas aos empregos, salários, gratificações, atribuições, recrutamento e provimento.

Insta ressaltar, o entendimento do plenário desta Corte que, no Recurso Ordinário n. 95834 (da relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila), na Sessão do dia 04/05/2016, assim deliberou em caso análogo²¹:

²¹ Nesta oportunidade, destaco o **voto do Conselheiro Gilberto Diniz no referido Recurso Ordinário 958834**: [...] Senhor Presidente, acompanho a conclusão do Excelentíssimo Relator, dando provimento ao recurso e, assim, afastando a determinação feita aos gestores para, sob pena de multa, provocar a autoridade competente para deflagração do devido processo legislativo com vistas à criação, por lei, do quadro de empregados do INDI. **Registro, ademais, que não me parece razoável manter a determinação, porque a constitucionalidade da norma do inciso X do art. 61 da Constituição do Estado – de que decorreria a necessidade de, por lei, fixar-se o quadro de empregos do INDI – está sendo discutida no Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4844, com petição inicial datada de 21/8/2012, assinada pelo então Governador do Estado, Sr. Antônio Augusto Junho Anastasia, e pelo então Advogado-Geral do Estado, Sr. Marco Antônio Rebelo Romaneli, na qual foram manejados argumentos vários, entre os quais o de que o constituinte decorrente estadual ampliara inconstitucionalmente os limites “estabelecidos no artigo 61, § 1º, II, alínea ‘a’, da Constituição Federal, cujo preceito imputa ao Presidente da República a iniciativa privada das leis que disponham sobre ‘a criação de cargos, funções ou empregos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração.’”**

A propósito, a mencionada ADI n. 4844 conta já com pareceres – pela inconstitucionalidade – da: a) Advocacia-Geral da União, datado de 22/10/2012, em que se afirma que “os artigos 61, inciso X; e 66, inciso III, alínea ‘d’, da Constituição do Estado de Minas Gerais não guardam simetria com a Carta da República, que somente prevê a edição de lei acerca da criação de empregos públicos na Administração direta e autárquica (artigo 61, § 1º, inciso II, alínea ‘a’, da Lei Maior), mas não contém disposição semelhante em relação às entidades estatais de natureza privada”; b) Procuradoria-Geral da República, datado de 30/11/2012, em que se ressalta que “A própria

O INDI é uma entidade vinculada a uma Secretaria de Estado, controlada política e administrativamente pelo Estado, mas cujos recursos provêm da CEMIG e do BDMG (Lei n.15.682/2005, p.29), além de poder receber outros: doações de entidades públicas e privadas nacionais e internacionais, após autorização formal do seu Conselho Superior (art.7º, do contrato social, à fl.22-v).

O INDI foi reconhecido pela Lei Delegada n.179/2011 como entidade da Administração Indireta do Estado de Minas Gerais, encontrando-se dentro da área de competência da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, como a CEMIG e o BDMG.

Nos termos da Lei Delegada n.180/2011, art. 153, II, “c”, o INDI integra por vinculação a área de competência da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, mas sem subordinação, sem relação de hierarquia, mas tão somente vinculada em razão de sua atividade ser afeta àquela Secretaria. Tal fato encontra simetria com a lei que regulamenta a organização da Administração Federal, Decreto Lei n.200/1967, o qual prevê no parágrafo único do art.4º:

Art.4º (...)

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

Assim, a princípio, o INDI se sujeita a todas as regras que norteiam a Administração Pública, inclusive quanto à obrigatoriedade de criação do quadro de pessoal por lei. Nesse sentido, há regra expressa na Constituição Estadual:

Art. 61. Cabe à Assembleia Legislativa, com a sanção do governador, não exigida esta para o especificado no art. 62, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especificamente:

(...)

X — fixação do quadro de empregos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades sob controle direto ou indireto do Estado.

Contudo, **considerando que esta Corte já adotou exegese no sentido de flexibilizar tal obrigação no caso de empresas independentes**, resta saber se o INDI é uma empresa dependente ou independente. **(grifei)**

A definição de empresa estatal dependente encontra-se no inciso III do art.2º da LRF, conforme segue: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária.

Segundo Alécia Paolucci Nogueira Bicalho²², nem sempre a ocorrência dos eventos indicados naquele dispositivo da LRF é suficiente para caracterizar a situação de

lógica de criação de uma empresa pública e de uma sociedade de economia mista indica que não cabe ao Legislativo determinar como elas funcionam.”

²² BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. Organização Administrativa Brasileira. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso Prático de Direito Administrativo*. 3.ed., ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. cap.3. p.86.

dependência capaz de enquadrar a empresa no conceito de estatal dependente. Considera ser essencial, diante do caso concreto, avaliar a ocorrência ou não de efetiva oneração do erário, a fim de caracterizar a empresa estatal como autossuficiente ou dependente.

Segundo informado pela 2ª Coordenadoria de Fiscalização do Estado, o INDI figura no rol de empresas incluídas na Lei Orçamentária Anual, notadamente no volume dedicado ao Orçamento de Investimento das Empresas Controladas pelo Estado de Minas Gerais, e, ainda, que nesse rol não estão relacionadas as empresas dependentes.

Analisando a natureza jurídica dos recursos financeiros repassados ao INDI, verifica-se que seus recursos provêm de seus mantenedores, CEMIG e BDMG, sendo que 75% provêm de resultados sociais da CEMIG, podendo receber, também, recursos de entidades privadas, conforme art.7º do seu contrato social (fl.21-v).

A CEMIG e o BDMG, segundo informado pela unidade técnica, apenas recebem do Estado recursos para aumento de participação acionária, não sendo custeados por ele (fl.58-v); logo, também, não são dependentes, nos termos do precitado art.2º, III, da LRF.

Portanto, entendo que, concretamente, o INDI é sociedade simples controlada, mas não é dependente, pois não onera o Erário. Dessa forma não se sujeita a obrigatoriedade de lei para a fixação do quadro de seus empregos, em conformidade com o art. 61, § 1º, II, “a” da CR/1988. Todavia, isso não retira do Tribunal de Contas o poder de aferir a adequação dessas contratações com o número de empregos criados, jornada de trabalho, vencimentos, etc. (grifei)

Acerca do assunto, destaco as decisões deste Tribunal proferidas no Recurso Ordinário n. 772.587, de Relatoria do Cons. Eduardo Carone, Sessão de 15.07.09; e nos autos da Denúncia n. 736.592, de Relatoria do Cons. José Alves Viana, Sessão de 7/5/2013. Ressalto dessas decisões o seguinte²³:

Nesse sentido, ressalte-se, não há previsão na Carta Federal de norma que imponha a participação do Poder Legislativo no processo de fixação do quadro de empregos de sociedade de economia mista ou empresa pública, limitada a obrigatoriedade de lei como instrumento a exteriorizar a “criação de cargos, funções ou empregos públicos” à “administração direta e autárquica”, na forma do art. 61, § 1º, inciso II, alínea “a”, do texto constitucional, e, de conseqüente, excluídas dessa dicção aquelas entidades, quer matrizes, quer subsidiárias, tendo o Constituinte assim se conduzido seguramente pelo caráter privado delas.

(...)

No aspecto ora examinado, prevalece a norma paradigmática do art. 61, § 1º, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, que não dispõe sobre exigência de fixação em lei de quadro de empregos das empresas estatais - sociedade de economia mista, empresa pública e suas subsidiárias -, da qual, portanto, são excluídas, limitada a disposição constitucional à “administração direta e autárquica”, com cuja regra impõe harmonizar-se a exegese dos arts. 61, inciso X, e 66, inciso III, alínea “d”, da Constituição Estadual.”

²³ O texto transcrito consta nas duas decisões.

Face ao exposto, voto pelo conhecimento do presente recurso e pelo seu provimento, devendo ser reformada a decisão recorrida para excluir a determinação de adoção das medidas necessárias à provocação da autoridade competente para a deflagração do devido processo legislativo para a criação por lei do quadro de empregados do INDI e, via de consequência, a multa; **restando tão somente a necessidade de fixação do seu quadro de empregos, para fins de controle referente à jornada de trabalho, aos vencimentos, à escolaridade, às atribuições dos empregos e a quantidade de vagas ofertadas no edital.**

De acordo com a manifestação às fls. 717/726 (Peça 16 do SGAP), a MGS informou que:

a instituição dos empregos públicos da MGS se dá por norma própria, neste caso o Normativo de Empregos e Salários (NES), cuja cópia já consta nos autos. Este normativo tem por objetivo regulamentar a estrutura e a operacionalização do Quadro de Empregos e Salários da MGS, por meio de diretrizes e regras relativas aos empregos, salários, gratificações, atribuições, recrutamento e provimento.

De qualquer maneira, a MGS informou às fls. 894/895 (Peça 16 do SGAP) que, “visando melhorar os processos de recrutamento e seleção de empregados e conferir ainda mais segurança jurídica aos seus procedimentos, bem como atender as determinações contidas no termo Aditivo ao Acordo Judicial sobre Contratação de Empregados (Cargos) de Confiança: provimento Comissionado de Livre Nomeação e Exoneração” (Peça 16 do SGAP – fls. 896/899), seria implantada nova sistemática de provimento de cargo comissionado de livre nomeação e livre exoneração.

Por conseguinte, não acolho o apontamento ministerial acerca da suposta irregularidade de “**empregos comissionados sem função de direção, chefia e assessoramento**” e de “**ausência de fixação das atribuições e dos requisitos para investidura dos empregos públicos comissionados de recrutamento amplo**”, pois tais questões não invalidam as contratações realizadas nas representações ora analisadas em atendimento ao regime jurídico (híbrido) que disciplina às empresas estatais que atuam na atividade econômica. De qualquer maneira, entendo que a MGS deve atentar para a correta utilização semântica das funções exercidas pelos empregados (indevidamente denominadas de “cargo em comissão”) nas diversas contratações firmadas com entes públicos.

Dando continuidade, quanto aos apontamentos de “**violação aos pressupostos legais reconhecidos no acordo celebrado com o Ministério Público do Trabalho e com o Ministério Público Estadual em 01/09/2000, nos autos da Ação Civil Pública n. 1031/2000, que tramitou perante a 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte**” e de “**desvio de função**” (apontamento presente nos autos das representações n. 1058554, 1058565, 1058570, 1058573, 1058574, 1058597, 1058598, 1058599, 1058600, 1058601, 1058602, 1058605, 1058606, 1058611, 1058613 e 1058620), entendo que a Coordenadoria de Fiscalização de Atos de Admissão, em seu relatório técnico (Peça 11 do SGAP), afastou tais irregularidades por entender que este Tribunal de Contas é **incompetente** para decidir sobre achados incidentes na esfera da Justiça do Trabalho. Assim, desde já, adoto a manifestação apresentada pela referida Unidade Técnica como o fundamento desta decisão, fazendo uso, *in casu*, da intitulada motivação *per relationem*.

A doutrinadora Raquel Carvalho, no artigo “A Lei 13.655/2018 e o dever de motivação pela Administração Pública na LINDB”²⁴, teceu algumas considerações sobre a motivação *aliunde* ou *per relationem*, nos termos transcritos a seguir:

A doutrina vem proclamando a viabilidade de um ato administrativo fundar-se em ponderações fáticas e jurídicas de outro, como pareceres, informações técnicas ou mesmo decisões anteriores, o que se denomina “Motivação aliunde”:

“A motivação *aliunde* é permitida facultativa e subsidiariamente. Consiste na adesão ou concordância ao fundamento de pareceres, decisões, informações ou propostas, adotada no ato administrativo por referência expressa e considerada como seu integrante (...). Ela é prestigiada pela jurisprudência. A motivação explícita e suficiente é adimplido pela residência da justificativa decisória exteriorizada no ato anterior e a promoção da remissão expressa na decisão numa operação de contextualidade artificial.”²⁵

A respeito da regularidade da “motivação aliunde”, o STF já elucidou que, se se identifica motivação suficiente no ato administrativo, mesmo com remissão aos fundamentos de um parecer elaborado por órgão colegiado técnico ou autoridade de menor hierarquia, inadmissível falar-se em vício, posto que eficiente a fundamentação indicada, viabilizando o controle posterior²⁶. Também o STJ já assentou que, se a autoridade acolhe o relatório de uma comissão, devidamente fundamentado, encontra-se atendida a exigência de motivação. No entanto, adverte para a necessidade de aduzir fundamentação própria, se há discordância em relação às razões apresentadas anteriormente²⁷.

No âmbito deste Tribunal, na Representação n. 1.058.883²⁸, o Relator, Conselheiro José Alves Viana, ao se valer da motivação *per relationem* na fundamentação de seu voto, a conceituou como:

Motivação *per relationem* se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário. Precedente: MS 25.936-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 136-2007, Plenário, DJE de 18-9-2009²⁹.

O art. 50, § 1º, da Lei Federal n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, permite expressamente a motivação *aliunde* ou *per relationem* ao dispor: “A motivação deve ser explícita, clara e congruente, **podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato**”. (Grifo meu)

²⁴ Disponível em <http://raquelcarvalho.com.br/2018/08/12/a-lei-13-655-2018-e-o-dever-de-motivacao-pela-administracao-publica-na-lindb/>. Publicação em agosto de 2018. Acesso em 24/3/2020.

²⁵ Wallace Paiva Martins Júnior *in* Tratado de Direito Administrativo. v. I. coord. Maria Sylvia Zanella di Pietro. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 470.

²⁶ MS n. 25.518-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno do STF, DJU de 10.08.2006, p. 20

²⁷ MS n. 10.470-DF, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, 3ª Seção do STJ, DJU de 18.06.2007, p. 242

²⁸ Representação n. 1.058.883, Relator Conselheiro José Alves Viana, Primeira Câmara, sessão de 10/3/2020.

²⁹ Fonte: <http://junior-dpj.blogspot.com.br/2011/11/tecnica-da-motivacao-perrelationem.html>

Acrescento que, embora não exista previsão expressa na Lei Estadual n. 14.184/2002, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da administração pública estadual de Minas Gerais, da motivação *aliunde* ou *per relationem*, é possível a sua utilização nas decisões proferidas por este Tribunal, uma vez que constitui instituto admitido pela doutrina, pelo Poder Judiciário e pela própria jurisprudência deste Tribunal.

Diante do acima narrado, adotando como razões de decidir a fundamentação desenvolvida no relatório técnico constante na Peça 11 do SGAP, reconheço que este Tribunal é incompetente para analisar e decidir sobre a **“violação aos pressupostos legais reconhecidos no acordo celebrado com o Ministério Público do Trabalho e com o Ministério Público Estadual em 01/09/2000, nos autos da Ação Civil Pública n. 1031/2000, que tramitou perante a 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte”** e o **“desvio de função”** dos contratos firmados entre a MGS e as diversas entidades públicas estadual e municipais, *ipsis litteris*:

Considerando que o presente apontamento versa sobre a suposta “violação aos pressupostos legais reconhecidos no acordo celebrado com o Ministério Público do Trabalho e com o Ministério Público Estadual em 01/09/2000”, necessária se faz a análise do conteúdo do referido ajuste (fls. 330/334).

Inicialmente, observa-se que, em suas referidas cláusulas, já há previsão de multa para o caso de descumprimento de seus termos. Inclusive, no § 1º da cláusula 5ª, consta previsão expressa de multa para o caso de descumprimento da cláusula 1ª, que trata da obrigação da MGS de não contratar qualquer empregado em desacordo com o artigo 37, inciso II, da Carta Magna.

Ademais, na cláusula 7ª, consta, *in verbis*, que:

Havendo comunicação de descumprimento do ajuste, a MGS será intimada para, no prazo de 15 (quinze) dias, demonstrar a insubsistência da denúncia. Após, será ouvido o Ministério Público do Trabalho, decidindo então, o Juízo Trabalhista se houve ou não descumprimento do acordo. Caso positivo, imporá a MGS multa cabível e a intimará para proceder o respectivo recolhimento no prazo de 10 dias, sob pena de execução, nos termos da cláusula 6ª.

Em manifestação nos autos, a MGS, por intermédio de seu procurador, Hélder Verçosa Morato, apresentou esclarecimentos acerca da presente Representação oferecida pelo Ministério Público de Contas (fls. 716/726). E no que tange a este apontamento específico, ora em análise, afirmou que:

[...] o próprio Ministério Público do Trabalho, órgão competente para sua fiscalização do ajuste, entende que o termo não contempla detalhamento sobre as hipóteses de contratação por recrutamento amplo, pelo que vem desenvolvendo tratativas com a MGS para aditamento ao termo, visando elucidar a questão e firmar melhor posicionamento sobre o tema, conforme atas de audiência anexas e minuta de acordo proposta.

Com efeito, na minuta apresentada pelo Ministério Público do Trabalho de Termo Aditivo ao Acordo Judicial em referência, foram propostos esclarecimentos sobre a situação dos empregos de recrutamento amplo na MGS, com reconhecimento inclusive da possibilidade de sua adoção tanto na sede quanto nas frentes de serviço.

Concluindo, se o Ministério Público do Trabalho, órgão competente para fiscalização da execução do acordo, entende que a matéria cabe esclarecimentos e aditamento, não há que se falar em descumprimento da avença judicial, devendo ser julgadas improcedentes as representações.

E, ainda, a MGS anexou aos autos, à fl. 797, a ata da audiência realizada em 26/02/2019, na Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região, sob a presidência da Procuradora do Trabalho Elaine Noronha Nassif. Da referida ata, destaca-se o seguinte trecho:

O PP 3810.2018 – Procedimento que investiga a denúncia feita pelo MPC/MG, de que os motoristas dos Conselheiros daquele Tribunal não são concursados, o que violaria o acordo judicial acompanhado no PAJ 16.2000.

Nesta assentada foi entregue uma minuta de acordo aditivo que contemple hipóteses de cargos em comissão. A situação do atendimento personalizado e de confiança para agentes públicos visados por suas ações pode se justificar, o que está sendo objeto de estudos para um melhor posicionamento sobre o tema.

Em audiência realizada concomitantemente à anterior, conforme ata à fl. 835, também na Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região, referente ao PAJ n. 16.2000, acerca do cumprimento do acordo celebrado na ACP de autos n. 0103100-02.2000.5.03.0021, salientou-se que “não há uma normativa sobre a contratação dos cargos comissionados, de modo que a procuradora oficiante ofereceu uma primeira minuta de aditivo ao acordo para contemplar esta situação”. E ainda, que “a minuta estará em discussão entre MGS, MPT e MPMG até o dia 20/03/2019; a minuta resultante dos acréscimos será compilada e enviada para os partícipes até o dia 26/03/2019, quando poderá a MGS apresentar ao seu Conselho de Administração”. Na oportunidade, foi marcada nova assentada para o dia 09/04/2019.

Em tal ocasião, na audiência do dia 09/04/2019, conforme ata à fl. 798, “após discutidos os termos do acordo, a Procuradora Oficiante informou que prefere aguardar a resposta do TCE para uma nova assentada, para a qual já ficam todos cientes, a se realizar no dia 9 de maio de 2019 às 13:30 horas”. Não consta, contudo, dos presentes autos, a ata da referida audiência designada para o dia 09/05/2019.

[...]

Importante ressaltar que o próprio Ministério Público de Contas, na Portaria n. 01 de 17 de janeiro de 2018 (DOC 18/01/2018), que instaurou o Inquérito Civil n. 001.2018.854 (visando a apurar eventuais ilegalidades praticadas pela empresa pública MGS e pelos seus contratantes), citou decisão desta Corte de Contas, exarada no processo n. 696103, na qual o Relator afirmou que “[...] este Tribunal de Contas não detém competência para a fiscalização de cumprimento de acordo judicial firmado sob a responsabilidade do Ministério Público do Trabalho [...]”. Além disso, consta da referida portaria o seguinte trecho da supramencionada decisão:

1. Violação à regra do art. 37, II, da Constituição da República, pela admissão de empregados sem concurso público e questões dela decorrentes;

[...]. Quanto ao primeiro ponto, observo que toda a questão das contratações sem concurso público foi objeto de acordo judicial entre a MGS e o Ministério Público do Trabalho, o qual foi devidamente homologado pela Justiça do Trabalho, conforme decisão de fl. 77 do Anexo 01.

[...]. Por tal razão, entendo que, nesse ponto específico, não há nada a ser apreciado por esta Corte de Contas, na medida em que nos instrumentos de fls. 69/73 e 74/76, do Anexo 01, já estão previstas todas as medidas a serem adotadas pela MGS, com vistas à regularização do seu quadro de funcionários e observância às regras constitucionais para a contratação de mão de obra por empresa estatal, inclusive com a previsão de penalidades para o caso de descumprimento (vide cláusula 10ª e 11, fl. 75 do Anexo 01) (grifei)

Por todo o exposto, tendo em vista (i) a previsão, contida no próprio acordo, da aplicação de multas para o caso de descumprimento de alguma de suas cláusulas; (ii) a cláusula 7ª do acordo, pela qual se estabelece que a multa será aplicada após oitiva do Ministério Público do Trabalho e decisão do Juízo Trabalhista; (iii) a tramitação do PAJ n. 16.2000 na Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região, procedimento destinado ao acompanhamento do cumprimento do acordo celebrado entre MGS/MPT/MPMG, com última movimentação processual em 03/07/2019, conforme consulta ao site da Procuradoria; e, ainda, (iv) o precedente firmado por esta Corte de Contas, no processo n. 696103, segundo o qual, “diante da previsão de penalidades no próprio instrumento de transação, eventual aplicação de multa por esta Corte ensejaria nítido bis in idem”, **esta Unidade Técnica se manifesta pela incompetência desta Corte de Contas para analisar o (des) cumprimento do referido acordo celebrado entre o Ministério Público do Trabalho e a MGS. (grifei)**

[...]

Nas tabelas constantes das representações, consta a indicação de diversos empregados contratados pela MGS para cargos determinados, porém supostamente exercendo funções distintas no órgão ou na entidade na qual o empregado foi alocado em meio ao contrato de prestação de serviços.

[...]

Prefacialmente, antes de se adentrar à análise dos pontos trazidos pelo Representante e pela MGS, impõe-se algumas considerações preliminares. Nesse sentido, destaca-se, embora a jurisdição seja una, o seu exercício – competência – ocorre por meio de uma divisão de funções entre diversos órgãos, cujo regramento encontra-se constitucionalmente estabelecido. Portanto, a competência pode ser entendida como os limites da atuação de um órgão. Não se pode atuar caso a competência não seja prevista, até mesmo porque, em se tratando da Administração Pública, toda competência deve estar prevista em lei, em convergência com o princípio da legalidade, que revela que aquela só pode agir quando a lei autoriza.

Analisando-se tanto as Constituições Federal e Estadual Mineira, quanto a Lei Orgânica desta Corte, não se identifica em qual competência nas normas arroladas poderia o TCE/MG apoiar-se para analisar a presente irregularidade.

Em todos os autos em que o Representante alegou a irregularidade desvio de função, nota-se a relação de terceirização com a empresa interposta MGS – pessoa jurídica de direito privado que, de fato, é a responsável pela contratação dos empregados. “Por ser empresa pública com personalidade jurídica de direito privado, os empregados públicos da MGS são regidos pelo regime celetista”, conforme informado pelo próprio Representante. Logo, essa relação é evidentemente trabalhista (regime celetista).

Deve ficar claro que, no contrato de terceirização de serviços, há uma duplicidade de vínculos: o primeiro se estabelece entre a MGS e seus empregados e é uma relação

tipicamente privada, à qual se aplicam as normas do Direito Civil e Direito do Trabalho; já o segundo vínculo é formado entre a MGS e o órgão público contratante, cuidando-se de relação estabelecida por meio de um contrato administrativo, regido por normas de Direito Administrativo.

Nesse viés, quando se trata da primeira relação, o TCE/MG não teria – dentro de seu leque de funções instituídas pelas Constituições Federal e Estadual, pela Lei Orgânica e pelo Regimento Interno desta Corte de Contas – competência para tanto. Já em relação à segunda relação, referente ao contrato administrativo, o TCE/MG seria competente para analisar sua legalidade; porém, eventual impropriedade do desvio de função não se situa nesta relação, e sim, na primeira, de caráter trabalhista, configurada entre empregado e empregador.

Ainda no tocante à análise da competência, é preciso destacar que o exame caso a caso de cada empregado da MGS ultrapassa as funções legalmente previstas para este Tribunal, pois estar-se-ia averiguando o direito individual de cada um deles.

Ademais, observe-se o que dispõe o artigo 114, I, da Carta Magna:

Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Considerando tal disposição, o Supremo Tribunal Federal tem firme entendimento no sentido de que:

(...) compete à Justiça do Trabalho dirimir as controvérsias instauradas entre pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração indireta e seus empregados, cuja relação é regida pela CLT, compreendendo, inclusive, a fase pré-contratual. (RE 1015362-AgR, Rel. Min. Edson Fachin. Data da sessão: 12/05/2017; DJe: 29/05/2017).

No mesmo sentido, no âmbito do Recurso de Revista n. 0000040-76.2010.5.03.0016, em que o Estado de Minas Gerais e a MGS figuram como partes, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) salientou que a Corte de origem afastou, corretamente, a preliminar de incompetência da Justiça Trabalhista, mediante os seguintes fundamentos:

Nesse passo, não se pode olvidar o fato de que a MGS, Empresa Pública, tem como objetivo a exploração de atividade econômica e se sujeita ao regime jurídico próprio de empresas de natureza privada (artigo 173, §1º, II), pelo que seus colaboradores, dentre os quais o reclamante, não se submetem ao Regime Jurídico Único (servidor público estatutário), mas às normas celetistas, condição de que exsurge clara a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o presente feito. Conforme se depreende do artigo 114, inciso I da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para o exame e julgamento das causas oriundas de relação de trabalho mantida entre empregado público (servidor público celetista) e entidade da Administração Pública direta ou indireta, uma vez que tal relação, diferentemente do que ocorre no caso do servidor público estatutário, é regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, não detendo caráter administrativo. (RR-40-76.2010.5.03.0016. Primeira Turma. Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann. DEJT: 21/08/2015)

Apesar da clara competência da Justiça Trabalhista para a análise do desvio de função de empregados públicos, o Representante cita que:

[...] o desvio de função enseja o direito à equiparação salarial por aplicação do princípio da isonomia e, conseqüentemente, pode acarretar dano ao erário na medida que as funções exercidas pelo empregado público correspondam à emprego com remuneração superior àquele efetivamente contratado. Daí o interesse público do Ministério Público de Contas de impedir que tal conduta se concretize ou permaneça.

Entretanto, não há sentido em se imputar um dano ao erário presumido. Uma vez que, para a configuração de eventual prejuízo ao erário, imperiosas se fazem a prova inequívoca do dano, a sua quantificação e a identificação dos responsáveis. No caso em análise, não há como pressupor referido dano sem que a caracterização do desvio de função e o eventual direito a diferenças salariais sejam apreciados pela Justiça Trabalhista. Isso não quer dizer, contudo, que as partes contratantes se eximam da responsabilidade quanto à fiscalização da execução de seus contratos, conforme suas cláusulas e preceitos legais. (grifei)

Por todo o exposto, conclui esta Unidade Técnica que a análise do presente apontamento não se insere nas competências desta Corte de Contas, tendo em vista tratar-se de matéria trabalhista. Resta prejudicada, portanto, a análise meritória acerca dos fundamentos apresentados nas representações e nas manifestações oferecidas pela representada no que tange à apreciação da irregularidade apontada. (grifei)

No mesmo sentido, a MGS, em sua manifestação às fls. 717/426 (Peça 16 do SGAP), alegou em relação aos referidos apontamentos:

No que tange às alegações de desvio de função apontadas em algumas das representações, constata-se que se trata de matéria tipicamente trabalhista e de caráter individual, pelo que carece de interesse e legitimidade do Ministério Público de Contas e até mesmo do Ministério Público do Trabalho, pois são interesses tipicamente individuais, sendo que o Ministério Público deve atuar no interesse coletivo *lato sensu*, onde existe repercussão social significativa.

[...]

Neste contexto, a matéria relativa a desvio de função apontada de forma esporádica e individual em algumas representações não merece atuação do Ministério Público devido à ausência de interesse coletivo, bem como carece de elementos concretos que justifiquem o recebimento das representações.

Mutatis mutandis, na Sessão da Segunda Câmara de 10/10/2019, o Conselheiro Substituto Victor Meyer assim se pronunciou sobre a incompetência do Tribunal de Contas para dirimir direitos individuais homogêneos – similar à presente discussão sobre desvio de função, *verbis*:

Refletindo após a manifestação da defesa, percebo que o objeto versado nos autos, de fato, não se adequa ao conceito de ato concreto de gestão de receita ou despesa públicas a ser submetido à análise deste órgão de controle externo, tampouco se trata de ato de concessão de aposentadoria a ser registrado, de modo que não vislumbro nas denúncias a existência de elementos que justifiquem qualquer ação de controle por este Tribunal, não merecendo prosseguimento, portanto, as denúncias ora analisadas. (grifei)

Em verdade, em ambos os casos, o denunciante, entidade sindical, **defende direito individual homogêneo dos servidores públicos que congrega, não se tratando de matéria afeta à preservação do interesse público. (grifei)**

Friso que a competência constitucional dos tribunais de contas para registrar atos de pessoal (art. 71, III, da CF) compreende apenas atos que admitem servidores ou concedem benefícios previdenciários, ou seja, atos que concedem ou ampliam direitos, constituindo obrigações para o ente público. Não contempla atos de indeferimento.

Entender de forma diversa implica reconhecer a competência do Tribunal para apreciar em sede de denúncia toda sorte de inconformismos de quaisquer servidores quanto a pleitos negados pela administração, o que, à toda evidência, tem grave potencial para sobrecarregar esta Corte e desviá-la de sua finalidade constitucional. (grifei)

Isso não significa que os interesses dos denunciantes neste processo não sejam legítimos ou que não mereçam tutela. Há, contudo, instrumentos e foros próprios para veicular tais pretensões no âmbito do Poder Judiciário. (grifei)

Nesse sentido, conforme afirmo no julgamento do agravo 1072560, não cabe ao Tribunal de Contas tutelar interesses privados, ainda que tenham sido prejudicados por ilegalidades praticadas por agentes públicos. Não é toda conduta irregular de agentes públicos que enseja a atuação do Tribunal, mas apenas aquelas que causem prejuízo ao erário ou a algum outro interesse público, sob pena de transformar a Corte de Contas em instância recursal dos diversos órgãos e entidades da administração pública estadual e municipal.

Esse entendimento foi aplicado pelo Tribunal Pleno em recente decisão proferida no âmbito do já citado agravo 1072560. Ainda nessa linha, vale transcrever, com destaque, alguns julgados desta Corte e do Tribunal de Contas da União – TCU:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. AQUISIÇÃO DE RAÇÕES PARA CÃES. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA CONDUÇÃO DO CERTAME. CLASSIFICAÇÃO INDEVIDA DE LICITANTES. TUTELA DE DIREITO INDIVIDUAL. INCOMPETÊNCIA DAS CORTES DE CONTAS. AUSENTE PRESSUPOSTO BÁSICO AO DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO VÁLIDO. AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA, MATERIALIDADE E RISCO. EXTINÇÃO DOS AUTOS SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO.

1. Não compete aos Tribunais de Contas a tutela de direito individual, mas sim ao Judiciário. (...) (TCEMG – Denúncia 987559, rel. Conselheiro José Viana, 18/11/2016) (grifo no original)

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO. INABILITAÇÃO INDEVIDA DA DENUNCIANTE. FAVORECIMENTO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. TUTELA DE DIREITO INDIVIDUAL. INCOMPETÊNCIA DAS CORTES DE CONTAS. COMPETÊNCIA DO JUDICIÁRIO. PNEUS DE PRIMEIRA LINHA. SUBJETIVIDADE DA EXPRESSÃO. DIVÉRGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROMETIMENTO DO JULGAMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE, RELEVÂNCIA E RISCO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. NÃO PROSSEGUIMENTO DA FISCALIZAÇÃO. EXTINÇÃO DOS AUTOS SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. RECOMENDAÇÃO.

1. É defeso à Corte de Contas valer-se de poder de jurisdição quando existe conflito entre interesses de ordem subjetiva, devendo o interessado recorrer às vias judiciais. (...) (TCEMG – Denúncia 1024302, rel. Conselheiro José Alves Viana, 31/01/2019) (grifo no original)

As faculdades de denunciar e de representar ao TCU não visam à tutela de interesses particulares, de forma a propiciar a revisão de atos administrativos pelo Tribunal quando não ficar evidenciada a preponderância de interesse público. (TCU – Acórdão 554/2018 – Primeira Câmara) (grifo no original)

Os processos de controle externo, em especial as representações, são direcionados à preservação do interesse público, e não à tutela de direitos subjetivos de terceiros ou do representante. (TCU – Acórdão 8203/2011 – Segunda Câmara) (grifo no original)

A representação tem a finalidade de trazer ao conhecimento do TCU matéria de sua jurisdição, sempre buscando, primordialmente, a defesa do interesse público. A rigor, tal como ocorre em processos de denúncia, o autor da representação não deve agir para obter benefício pessoal de nenhuma espécie e sim para submeter determinados fatos que supostamente representam irregularidades ocasionadoras de prejuízo ao erário ou afrontam a legalidade. (TCU – Acórdão 10060/2011 – Primeira Câmara) (grifo no original)

Desta forma, tendo em vista que o Tribunal não é instância recursal para fins de análise de pedidos de contagem de tempo de servidor público quando há o indeferimento pela administração pública e que **o objeto dos autos não se refere a matéria de competência desta Corte, mas sim a interesses de ordem subjetiva, devem-se encerrar os presentes processos, sem resolução de mérito, por ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular. (grifei)**

Por fim, diante da conclusão que se propõe, ficam prejudicados os pedidos formulados pelo *Parquet*.

Por conseguinte, entendo que, em consonância com a Unidade Técnica, refoge à competência este Tribunal a análise dos itens relacionados com o **“acordo celebrado com o Ministério Público do Trabalho e com o Ministério Público Estadual em 01/09/2000, nos autos da Ação Civil Pública n. 1031/2000, que tramitou perante a 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte”** e o **“desvio de função”**; assim, julgo improcedente os referidos apontamentos.

Finalmente, chegamos ao último item apontado pelo Ministério Público de Contas, qual seja, **“empregados públicos da MGS ocupando cargos na Secretaria de Estado de Saúde em detrimento de candidatos aprovados em concurso público – Edital n. 02/2014 (apontamento presente nos autos da Representação n. 1058570)”**

Quanto a este apontamento, o *Parquet* de Contas alega que “ao analisar as informações prestadas pela SES no âmbito do Inquérito Civil n. 001.2018.854, verificou-se a existência de empregados públicos da MGS prestando serviços no referido órgão em atividades equivalente àqueles constantes do Edital n. 02/2014. Dentre elas destaca-se a função de farmacêutico, atividade específica da área da saúde (atividade fim da SES)”.

Continua o órgão ministerial aduzindo que:

a vigência do referido concurso se encerrará em 14.02.2019 e até o presente momento foram realizadas apenas 412 nomeações” e que “a grande maioria das denúncias relata a existência de contratação de empregados da MGS para alocação em funções na área fim da Secretaria de Estado de Saúde em detrimento dos aprovados no citado concurso público.

Analisando a Representação n. 1058570, entendo que não restou devidamente evidenciada a sobreposição das funções exercidas pelos empregados da MGS em relação às atribuições dos cargos efetivos da Secretaria Estadual de Saúde.

Em que pese os indícios apontados pelo Ministério Público de Contas, entendo que, na linha desenvolvida pelo Conselheiro Licurgo Mourão, nos autos da Representação n. 876249³⁰:

a despeito de toda a análise aqui efetuada, uma verdadeira verificação da legalidade das terceirizações em questão dependeria de uma inspeção para verificação da verdadeira natureza das atividades desenvolvidas pelos funcionários da MGS, se coincidem com aquelas previstas no plano de cargos e salários da SES ou se apenas formalmente se sobrepõem àquelas.

Continua, o eminente Conselheiro, *verbis*:

Além disso, outros elementos estão em jogo na verificação da legalidade de contratos de terceirização. Como destaca a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, “é ilegal a terceirização caso verificada a existência de subordinação e pessoalidade dos terceirizados em relação à contratante” (Acórdão 3294/2011 – Plenário) ou, em outras palavras, “a Administração deve evitar a configuração de relações profissionais com os empregados da empresa terceirizadora de mão de obra que impliquem pessoalidade, subordinação jurídica ou desvio de função” (Acórdão 2353/2009 – Plenário).

Assim, na Representação n. 1058570, em virtude da ausência de evidenciação da ilegalidade do exercício dos empregados terceirizados em funções atribuídas aos cargos efetivos organizados na Secretaria de Estado da Saúde e da necessidade de maior dilação probatória, entendo, nos termos no artigo 142 do Regimento Interno, que a referida representação pode ser desampensada das demais e prosseguir até ulterior decisão final, **exclusivamente quanto a este item de apreciação (“empregados públicos da MGS ocupando cargos na Secretaria de Estado de Saúde em detrimento de candidatos aprovados em concurso público – Edital n. 02/2014”)**, uma vez que os demais apontamentos já estão sendo objeto de apreciação neste voto.

II.5. Considerações Finais

Em relação à presente Representação, o Conselheiro Cláudio Terrão pugnou, considerando as especificidades do caso concreto, a aplicação do artigo 22, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB que assim enuncia: “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. [...] § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração

³⁰ Primeira Câmara – 11ª Sessão Ordinária – 08/05/2018

cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”.

Assim assevera o Conselheiro em sua manifestação prévia às fls. 884/892 (Peça 16 do SGAP), *verbis*:

Sobrelevam-se, no entanto, algumas particularidades do caso concreto que devem ser adequadamente tratadas pelo estado. Isso porque não se pode fechar os olhos à realidade do mercado, na qual tem-se verificado a necessidade de mitigação da própria regra da inexistência de pessoalidade e da subordinação, sem que isso signifique contratação por interposta pessoa. Com efeito, há situações em que a relação de confiança entre o contratante e as pessoas que lhe prestam serviços é fundamental ao liame contratual, tais como ocorre com os motoristas executivos, seja no ambiente público ou privado.

Deveras, os motoristas executivos são alocados pela empresa prestadoras de serviços para laborarem diretamente junto às autoridades públicas, tal como ocorre neste Corte com os conselheiros, conselheiros-substitutos e procuradores do MPC. Com efeito, encontram-se em íntimo contato com a rotina e agenda de referidas autoridades, com seu endereço residencial, com seus familiares e com outras autoridades. E, por isso, têm acesso a conhecimento, ainda que contingente, de informações sensíveis relacionadas tanto ao exercício de funções públicas quanto à vida privada das autoridades que as exercem. Dessa forma, percebe-se que a relação de confiança entre o motorista executivo e a autoridade a quem presta serviço mostra-se fundamental à adequada consecução do serviço, notadamente quanto à garantia da segurança pessoal da autoridade, do que decorre, em última análise, a segurança institucional do órgão e a idoneidade das informações sensíveis do Estado. A confiança – e, portanto, a pessoalidade – é intrínseca à natureza do serviço prestado pelo motorista executivo. (grifei)

[...]

Destarte, como hipótese excepcionalíssima, resta admitir a possibilidade de terceirização agregada da mitigação da regra da pessoalidade como alternativa que se impõe à direta violação da Constituição da República ou à flagrante ilegalidade – reconhecida inclusive pela procuradora do MPT – uma vez que as autoridades públicas passariam a submeter-se, a contrário senso, à situação de possível vulnerabilidade de sua independência funcional, caso o serviço de motorista executivo fosse contratado e prestado sem fundamental relação de confiança com os tomadores de serviço.

Não se pode olvidar, além do mais, que o art. 22, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB estabelece que “em decisão sobre a regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”. Trata-se da consagração da força normativa dos fatos, expressão cunhada por Gerog Jellinek para reconhecimento de que, na experiência jurídica, as relações reais precedem as normas produzidas para regulá-las. Em outras palavras, **a LINDB veio a positivar uma obviedade: a de que a análise sobre a licitude da conduta do gestor público deve ter como parâmetro o contexto fático do agente.**

Assim impossível reputar-se irregular ou mesmo sancionar ato de gestão praticado em cenário que não fornecia qualquer outra alternativa, pois, como visto, a realização de concurso público não resolveria o problema e não se encontravam presentes as hipóteses autorizativas da criação de cargo em comissão. Por outro lado, o propósito de garantir a segurança e a independência funcional das autoridades deste

Tribunal tornava precisa e urgente a adoção de medida hábil a satisfazer tais necessidades administrativas; sendo certo, inclusive, que a solução adotada pela Presidência, a excepcional terceirização mediante pessoalidade, não discrepou da prática das gestões anteriores, quando a terceirização fora contratada através de empresas privadas.

Quando as disposições da Lei 13.655/2018³¹, colaciono o entendimento deste Plenário nos autos do Processo 1066559, Sessão do dia 09/10/2019:

Na mesma esteira da preocupação doutrinária com a melhor adequação da lei à justiça, também o legislador brasileiro entendeu a necessidade de evolução normativa para o alcance da melhor decisão possível para o caso concreto, como é o caso da edição da Lei n. 13.655/2018.

Para Marçal Justen Filho, as inovações trazidas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro indicam a presença de uma concepção realista da atividade de aplicação do Direito, afirmando que “a dinâmica da realidade é insuscetível de previsão antecipada, pois nem o legislador nem a lei são oniscientes. Por isso, a aplicação de normas gerais e abstratas envolve escolhas a serem realizadas pelo sujeito investido da competência decisória”.

Pondera, ainda, o autor que “a finalidade buscada é reduzir o subjetivismo e a superficialidade de decisões, impondo obrigatoriedade do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas sob um prisma de proporcionalidade.” (BRASIL. Revista de Direito Administrativo – FGV. JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da Lindb – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade das decisões públicas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648/74311>. Acesso em 4. Out. 2019.)

O direito moderno não mais comporta o pragmatismo da legalidade estrita. A alteração da Lei de Introdução ao Código Civil pela Lei n. 13.655/2018 é o maior marco dessa mudança e teve como finalidade instituir normas que possam dar maior efetividade ao princípio da segurança jurídica, no que tange, principalmente, às matérias afetas ao direito público, para combater a utilização de valores jurídicos abstratos, limitando o uso de expressões genéricas e conceitos jurídicos indeterminados, para evitar decisões que não façam a análise da realidade fática no caso concreto.

[...]

Seguindo a mesma diretriz, o art. 22 estabelece que a interpretação das normas sobre gestão pública deve considerar a realidade e os obstáculos enfrentados pelos gestores, sem prejuízo dos direitos dos administrados. Mais uma vez, estabelece a LINDB que o magistrado deve afastar-se do formalismo exacerbado, reduzir as interpretações de mera legalidade, para que também sejam levadas em consideração as circunstâncias fáticas que influenciaram a conduta do gestor público. [...] (grifei)

Deve-se, ainda, no caso em concreto, sopesar se era possível exigir conduta diversa do agente público, cujos atos estão sob análise, seja jurídica, seja administrativa. Vale aqui colacionar o ensinamento de Piero Calamandrei (CALAMANDREI, Piero.

³¹ Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Eles, os juízes, vistos por um advogado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 183): “Não basta que os magistrados conheçam com perfeição as leis tais como escritas, será necessário que conheçam igualmente a sociedade em que estas leis devem viver.” **(grifei)**

Realmente, considerando todo o arcabouço fático e as circunstâncias que nortearam a contratação da MGS por este Tribunal de motoristas executivos a conselheiros, conselheiros substitutos e a procuradores do Ministério Público de Contas, a justificativa aduzida pelo gestor é plenamente razoável e devidamente justificada em face dos imperativos que a referida contratação exigia. Assim, entendo por afastar qualquer responsabilidade do gestor.

E mais, considerando as especificidades de cada representação, tenho convicção que as contratações das MGS pelos diversos entes públicos estão revestidas da presunção de legitimidade e de boa-fé, o que enseja a extensão dos efeitos do artigo 22, §2º, da LINDB e a elisão da responsabilidade dos gestores públicos.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, com base na fundamentação acima exposta e por entender **regulares** os itens “**a**” (burla à regra constitucional do concurso público), “**b**” (empregos comissionados sem função de direção, chefia e assessoramento) e “**c**” (ausência de fixação das atribuições e dos requisitos para investidura dos empregos públicos comissionados de recrutamento amplo) e pela incompetência deste Tribunal para deliberar sobre os itens “**d**” (violação aos pressupostos legais reconhecidos no acordo celebrado com o Ministério Público do Trabalho e com o Ministério Público Estadual em 01/09/2000, nos autos da Ação Civil Pública n. 1031/2000, que tramitou perante a 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte) e “**e**” (desvio de função), **julgo improcedente e determino o arquivamento de todas as representações, com fulcro no parágrafo único, do art. 305 c/c art. 311, ambos do Regimento Interno.**

Quanto ao item “**f**” (“empregados públicos da MGS ocupando cargos na Secretaria de Estado de Saúde em detrimento de candidatos aprovados em concurso público – Edital n. 02/2014”), determino, com fulcro no art. 142 do Regimento Interno, o **desapensamento** da Representação n. 1058570 e a manutenção da minha prevenção como Relator, para prosseguimento do feito até ulterior decisão final, exclusivamente quanto a este item.

Recomendo ao gestor da empresa estatal **Minas Gerais Administração e Serviços S.A. (MGS)** que atente para a correta utilização semântica das funções exercidas pelos empregados (indevidamente denominadas de “cargo em comissão”) nas diversas contratações firmadas com os entes públicos.

Intimem-se o representante, os representados, os procuradores e os interessados do inteiro teor desta decisão.

Cumpridas as disposições regimentais e certificado o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Acompanho na íntegra o voto condutor.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Declaro a minha suspeição, senhor Presidente.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Vou votar para compor o quórum. Acompanho o Relator.

APROVADO O VOTO DO RELATOR, COM O IMPEDIMENTO DO CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA E DO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

rp/kl/SR

