

PROCESSO Nº: 1047886

NATUREZA: Representação

APENSOS: Embargos de Declaração nº 1053891 e Representações nºs 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.

REPRESENTANTE: Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais

REPRESENTADO: Carlos Vanderley Soares e outros

OBJETO: Supostas irregularidades em contratações de pessoal realizadas pela MGS – Minas Gerais Administração e Serviços S.A. e em contratos firmados pela referida empresa pública com órgãos e entidades públicas do Estado e dos Municípios de Minas Gerais

RELATOR: Conselheiro Durval Ângelo

FASE DE ANÁLISE: Exame Inicial

1. RELATÓRIO

Cuidam 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 síntese, as irregularidades apontadas pelo *Parquet* versariam sobre:

(i) burla à regra constitucional do concurso público;

- (ii) empregos comissionados sem função de direção, chefia e assessoramento;
- (iii) ausência de fixação das atribuições e dos requisitos para investidura dos empregos públicos comissionados de recrutamento amplo;
- (iv) 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 nº 1031/2000, que tramitou perante a 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte.

Após a apresentação dos fatos e dos fundamentos que embasaram o oferecimento da Representação, o Ministério Público de Contas realizou a individualização da conduta dos agentes envolvidos (fls. 19/20) e deduziu pedido 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 (fl. 21). Adicionalmente, também foram requeridas a aplicação de multas aos responsáveis e a citação destes para a apresentação de defesa (fls. 20/21).

Anexa à petição inicial da Representação (fls. 01/21), o Ministério Público de Contas apresentou a seguinte documentação:

Nº	Documento	Folhas
Doc. 1	Decisão proferida em 15/05/2017, nos autos do Mandado de Segurança nº 1.0000.17.012572-8/00	22/25
Doc. 2	Rescisão do Contrato nº 010/2017, firmado entre o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e a SERVIT Serviços Terceirizados Ltda. – ME	26/28
Doc. 3	Processo de dispensa de licitação nº 02/2017, referente à contratação emergencial da MGS, com base no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993, para a prestação de serviços, por meio da alocação de mão de obra exclusiva, de condução e inspeção dos veículos pertencentes à frota do Tribunal, bem como prestar outros serviços inerentes à área de transportes	29/121
Doc. 4	Processo de dispensa de licitação nº 11/2017, referente à contratação da MGS, com base no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/1993, para a prestação de serviços de transporte de passageiros, documentos e equipamentos, incluindo viagens, bem como para apoio operacional à gestão da frota, em conformidade com as necessidades da Administração	122/308

Doc. 5	Planilhas contendo exemplos de contratações de empregados comissionados pela MGS que desrespeitariam o comando contido no art. 37, V, da Constituição da República	309/326
Doc. 6	Informação prestada pela Assessoria Jurídica da MGS	327/328
Doc. 7	Acordo firmado com o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nos autos da Ação Civil Pública nº 1.031/2000, que tramitou perante a 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, dispondo sobre a forma de recrutamento e seleção de pessoal	329/341

Após a triagem (fl. 342/343), a presente Representação foi recebida e afetada à competência do Tribunal Pleno (fl. 344). Em seguida, foram os autos distribuídos à relatoria do Conselheiro Durval Ângelo, que proferiu a decisão interlocutória de fls. 346/348, manifestando-se acerca do pedido de antecipação de tutela deduzido na exordial.

Na oportunidade, o relator realizou breve relato do processo e salientou que a Lei Orgânica do Tribunal (Lei Complementar Estadual nº 102/2008) autoriza a adoção de medidas cautelares “*sem a prévia manifestação do responsável ou do interessado*” somente “*quando a efetividade da medida proposta puder ser obstruída pelo conhecimento prévio*” (art. 95, §1º). Contudo, considerou que, no presente caso, o conhecimento prévio da Representação pela MGS não seria capaz de obstruir as ações de fiscalização empreendidas pela Corte.

Pontuou-se 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).

Em relação à fumaça do bom direito, o relator assinalou 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, o relator indeferiu a antecipação de tutela pleiteada.

Ainda na decisão interlocutória, determinou-se, 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. Helter Verçosa Morato, para encaminhar, caso existente, o parecer jurídico emitido sobre o Normativo de Empregos e Salários. Facultou-se aos intimados a prestação de esclarecimentos acerca das supostas irregularidades apontadas na Representação. Por fim, o relator anexou à sua decisão a Resolução de Diretoria RG/RD/05/2016, da MGS, que instituiu o Normativo de Empregos e Salários da empresa pública (fl. 349).

Os agentes intimados apresentaram sua manifestação de forma conjunta, às fls. 354/361. Na oportunidade, discorreram 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. Atendendo à intimação, os manifestantes apresentaram a seguinte documentação:

Documento	Folhas
Normativo de Empregos e Salários da MGS e anexos	362/372
Descritivo de atribuições dos empregos institucionais do Normativo de Empregos e Salários da MGS	373/432
OF.PRESI nº 246/15, por meio do qual a MGS apresentou, à Câmara de Coordenação das Empresas Estatais (CCEE) e à Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (SEPLAG), a proposta/minuta do Normativo	435/438
OF.SEF.GAB.SEC nº 566/2015, por meio do qual o então Secretário de Estado de Fazenda e presidente da Câmara de Coordenação das Empresas Estatais apresentou manifestação favorável ao Normativo e comunicou sua aprovação pela Câmara de Coordenação Geral, Planejamento, Gestão e Finanças do Estado de Minas Gerais (CCGPGE)	439
Ata da 181ª reunião ordinária do Conselho de Administração da MGS, na qual se aprovou o Normativo, e anexos da ata	440/539

Resolução de Diretoria RG/RD/05/2016, que instituiu o Normativo e determinou sua aplicabilidade a partir de 01/01/2016	540
Lei Delegada Estadual nº 174/2007, que dispõe sobre os cargos em comissão e as funções gratificadas no âmbito da Administração direta do Poder Executivo	547/570
Lei Delegada Estadual nº 175/2007, que dispõe sobre os cargos em comissão e as funções gratificadas no âmbito da Administração autárquica e fundacional do Poder Executivo	571/598
Contrato nº 028/2017, firmado entre o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e a MGS, acompanhado do termo de referência e dos demais documentos pertinentes	599/634
Edital do processo licitatório nº 27/2016 (pregão eletrônico nº 27/2016) e anexos	635/673

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 (fl. 675). 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, preventivo em razão de ser o autor da Representação (fl. 676).

À fl. 677, certificou-se o apensamento, a estes autos, do processo nº 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*, conforme já exposto neste relatório. No competente recurso, sustenta-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 fundamenta-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 nº 1053891).

Em seu voto, o Conselheiro relator indicou que a forma pela qual o Ministério Público estruturou os pedidos de antecipação de tutela o levou ao entendimento de que o primeiro pedido contemplava todos os contratos de locação de mão de obra celebrados pela MGS com órgãos e entidades estaduais e municipais, enquanto apenas o segundo pedido estaria adstrito ao contrato firmado entre a empresa pública e este Tribunal de Contas. Dessa forma, não haveria que se falar em obscuridade na decisão embargada, razão pela qual o relator votou por negar provimento aos embargos de declaração, tendo sido acompanhado

pelos demais Conselheiros (fls. 10/14, autos dos embargos de declaração nº 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 convidando o relator para participar de audiência a ser realizada com a MGS, no âmbito do Procedimento Preparatório nº 003810.2018.03.000/9, que tramita perante a Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região (fls. 683/690). Em resposta, o Conselheiro relator informou 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 (fls. 681; 691).

À fl. 694, registrou-se o apensamento, a estes autos, do processo nº 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 ele, naquele momento, já ter se manifestado na Representação nº 1058620.

Nessa manifestação (fls. 19 e 21 dos autos da Representação nº 1058620), o Conselheiro Durval Ângelo apontou 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, solicitou 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 nº 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. Trata-se de representações oferecidas pelo Ministério Público de Contas em face de irregularidades semelhantes às que são objeto deste processo-piloto (Representação nº 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, verifica-se notável 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 nº 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, pelo menos nesta visão *macro* preliminar.

Após o apensamento e a concentração dos autos sob a relatoria do Conselheiro Durval Ângelo, este proferiu o despacho de fls. 700/706, por meio do qual realizou a organização dos processos. Depois de realizar breve relato dos acontecimentos processuais até aquele momento, pontuou 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.

Na oportunidade, o relator ressaltou 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, destacou que, em três

representações que foram apensadas (n^{os} 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, o Conselheiro relator solicitou à Procuradora do Trabalho Elaine Noronha Nassif o encaminhamento de informações e documentos referentes ao andamento do Procedimento Preparatório n^o 003810.2018.03.000/9, inclusive a respeito da audiência pública realizada com a MGS em 27/11/2018.

Em nova manifestação (fls. 716/726), desta vez a respeito das 46 representações, o assessor jurídico da MGS prestou esclarecimentos muito semelhantes aos prestados em sua manifestação inicial (fls. 354/361) e que serão objeto de detida análise no momento oportuno. Mais uma vez, foram anexados à manifestação os seguintes documentos:

N ^o	Documento	Folhas
Anexo I	Instrumento de procuração	727/728
Anexo II	Of. 3054/2019 – SEC/PLENO	729/730
Anexo III	Registro da publicação da intimação no DOC de 15/03/2019	731/732
Anexo IV	Cópia do despacho exarado em 27/02/2019	733/740
Anexo V	Lei Delegada Estadual n ^o 174/2007	741/765
Anexo VI	Lei Delegada Estadual n ^o 175/2007	766/794
Anexo VII	Cópia de atas de audiências realizadas junto ao Ministério Público do Trabalho em 26/02/2019 e 09/04/2019	795/798
Anexo VIII	Cópia do acordo judicial firmado entre MGS, Advocacia-Geral do Estado, Ministério Público do Trabalho e Ministério Público Estadual	799/805
Anexo IX	Minuta do aditamento proposto pelo Ministério Público do Trabalho ao citado acordo judicial	806/808
Anexo X	Cópia do arquivamento, pelo Ministério Público do Trabalho, da Notícia de Fato n 000145.2018.03.004/5	809/812
Anexo XI	Cópia do arquivamento, pelo Ministério Público do Trabalho, da Notícia de Fato n 002531.2018.03.000/7	813/816

Por meio do ofício de 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 nº 003810.2018.03.000/9-12.

Em seguida, manifestou-se o então presidente da MGS, sr. Rogério Pena Siqueira (fls. 824/834), também reproduzindo, em grande medida, os fundamentos expostos em sua primeira manifestação nos autos (fls. 354/361). 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 (fls. 835/837); minuta do termo aditivo ao acordo judicial (fls. 838/839); indeferimentos de pedidos de instauração de inquérito civil (fls. 840/844); e instrumento de procuração (fl. 845).

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 nº 000595.2019.03.000/3 (fls. 846/855).

Finalmente, os autos foram encaminhados a esta Coordenadoria de Fiscalização de Atos de Admissão, para elaboração de relatório técnico preliminar (fl. 859). No despacho de encaminhamento, o competente relator reiterou os processos em que já foram elaborados relatórios técnicos, salientando, contudo, a necessidade de se refazer a análise realizada nos referidos processos, em função de desdobramentos posteriores ocorridos.

2. ANÁLISE

Preliminarmente, há que se ressaltar a indiscutível conexão existente entre os apontamentos feitos pelo Representante, sua matéria de fundo e os argumentos trazidos. A divisão que ora se faz da presente análise visa a manter a estrutura adotada na exordial das representações e mantida pelo Conselheiro relator. Não obstante, os fundamentos elencados dentro da análise técnica de cada apontamento embasam, ainda que de forma indireta, o exame dos demais apontamentos.

2.1. Burla à regra constitucional do concurso público (apontamento presente em todos os autos, exceto nas representações nº 1058602 e 1058606)

2.1.1. Razões apresentadas

Inicialmente, o Representante pontua que, nos contratos firmados pelos órgãos e pelas entidades públicas com a MGS para o fornecimento de mão de obra e nos respectivos processos licitatórios ou de dispensa de licitação, não haveria qualquer menção à alocação de empregados comissionados na execução dos serviços contratados. Os empregos do quadro rotativo da empresa pública deveriam ser providos por meio de processo seletivo público, conforme salientado no próprio termo de referência que antecedeu sua contratação pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (fl. 127v. dos autos do processo-piloto).

O requisito da seleção pública, contudo, teria sido desrespeitado para viabilizar o atendimento a interesses particulares dos órgãos e das entidades tomadoras dos serviços. Para tanto, a MGS teria criado, em sua estrutura, empregos comissionados a fim de provê-los livremente e alocá-los na execução dos contratos de fornecimento de mão de obra, burlando a exigência de seleção pública. Além disso, já existiriam, nos quadros da MGS, empregos correspondentes aos solicitados pelos órgãos e entidades contratantes, razão pela qual não haveria a necessidade de criação de empregos comissionados para tanto.

O *Parquet* não questiona a simples existência de empregos comissionados na MGS, o que entende ser legítimo, desde que destinados ao atendimento da estrutura interna da empresa pública. O que se questiona é a alocação de empregados comissionados na execução de contratos de cessão de mão de obra, objetivando satisfazer interesses pessoais de gestores.

O provimento dos empregos públicos comissionados da MGS, embora sejam estes de recrutamento amplo, deveria observar três parâmetros: (i) sua destinação exclusiva a funções de direção, chefia ou assessoramento; (ii) a fixação expressa das atribuições e dos requisitos para a investidura nos respectivos empregos; e (iii) o atendimento aos pressupostos reconhecidos no acordo celebrado com o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais nos autos da Ação Civil Pública nº 1031/2000, dispondo sobre a forma de recrutamento e seleção de pessoal. Ausentes esses pressupostos, seriam irregulares as contratações de empregados comissionados realizadas e

ilegal a dispensa da realização de processo seletivo público, em afronta ao *caput* e aos incisos II e V do artigo 37 da Constituição da República (fls. 06, 17v. e 18v.).

2.1.2. Análise técnica

Inicialmente, considerando que as irregularidades representadas circundam a temática da admissão de pessoal pela Administração Pública, imperioso se faz compreender, adequadamente, o significado do concurso público no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a Constituição da República contempla importante núcleo de regras e dispositivos sobre os servidores públicos, sobretudo entre seus artigos 37 e 42. A respeito do ingresso na Administração Pública, o inciso I do artigo 37 consagra o princípio da ampla acessibilidade, dispondo que “*os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei*”. Trata-se de garantia constitucional da mais alta relevância, notadamente vinculada à consecução dos fins democráticos e republicanos do Estado, conforme destacam doutrina e jurisprudência:

A acessibilidade dos cidadãos aos cargos públicos implica a abertura dos caminhos sociais que conduzem ao Estado, numa mão dupla em que trafega o poder democrático. **Daí ser o princípio da acessibilidade uma manifestação do princípio da democracia**, porque o seu acolhimento no sistema demonstra aquela opção, tornando-o eficaz quanto às competências públicas (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 144) (grifou-se).

O acesso ao cargo público exterioriza o exercício político da cidadania, prestigiando-se a participação política do cidadão na estrutura do Poder, de maneira republicana, ou seja, garantindo-se a todo cidadão o direito a ascender a ele desde que cumpridas as condições legais determinadas e necessárias para o seu bom desempenho, em benefício do interesse público. [...]. O constituinte, **em prol dos princípios jurídicos da igualdade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, dentre outros, adotou o concurso público como critério a ser atendido por quem se pretende investir em cargo público** (CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula. *O provimento derivado na jurisprudência*. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 468/469) (grifou-se).

O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como **paradigma de legitimação ético-jurídica** da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão. **A razão**

subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros (STF. ADI nº 2.364/AL. Rel. Ministro Celso de Mello. Publicação DJE 07/03/2019) (grifou-se).

O inciso seguinte do artigo 37 estabelece o concurso público como o meio de acesso aos cargos e empregos públicos, regra que possui exceção, conforme se nota:

Art. 37. [...]. II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, **ressalvadas as nomeações para cargo em comissão** declarado em lei de livre nomeação e exoneração (grifou-se).

A respeito da exceção veiculada ao final do dispositivo, o inciso V traz importante e indissociável complementação:

Art. 37. [...]. V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e **os cargos em comissão**, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, **destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento** (grifou-se).

Veja-se que o texto constitucional é bastante claro ao dispor que os cargos em comissão destinam-se, exclusivamente, a funções de direção, chefia ou assessoramento. A observância dessa condição é essencial para que se possa validar a excepcional fuga ao mandamento geral do concurso público:

Em seguida, [Márcio Cammarosano, autor de *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*, 2ª. Ed, São Paulo: RT, 1992] assevera **não ser possível fazer com que a regra seja de cargos de livre provimento e exoneração**. Ao contrário, **o adequado é que sejam criados cargos efetivos e providos mediante concurso público** (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Servidores públicos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 39) (grifou-se).

Segue-se que a admissão desse pessoal [provimento dos cargos e empregos comissionados] independe de concurso público, **devendo ser levada a efeito, todavia, com parcimônia, para que a exceção – admissão sem concurso público – não se transforme em regra, caracterizando eventual abuso ofensivo ao princípio constitucional da isonomia**, que se traduz, nessa matéria, no princípio da igual acessibilidade a todos os cargos, empregos e funções públicas (CAMMAROSANO, Márcio. *Cargos em comissão: algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF*. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; e outros (coord). *O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 358) (grifou-se).

Com relação à necessidade de os empregos comissionados destinarem-se a funções de direção, chefia ou assessoramento, a doutrina identifica, complementarmente, a

imprescindível existência de uma relação de confiança entre seu exercente e a autoridade que o admitiu:

Dispõe, por fim, o inciso V do artigo 37 que tanto as funções de confiança quanto os cargos em comissão somente podem ter atribuições relativas a direção, chefia e assessoramento. Tal correto e adequado dispositivo significa que estão doravante proscritos quaisquer cargos em comissão, e mesmo funções de confiança, de atribuições administrativas, operacionais ou técnicas, que não dependam de um **grau especial de confiança pessoal da autoridade nomeadora**, como a imensa maioria das funções e dos cargos não depende (RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público nas reformas constitucionais*. 2. ed. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 34) (grifou-se).

Não é qualquer plexo unitário de competências que reclama que seja confiado o seu exercício a esta ou aquela pessoa, a dedo escolhida, **merecedora da absoluta confiança da autoridade superior**, mas apenas àqueles que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se deles **não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior**. [...]. A propósito de orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, **que repudia a criação de cargo em comissão para preenchimento de funções em carreiras em que não haja a necessidade de vínculo de confiança**, isto é, cargos para o desempenho de atividades rotineiras da Administração, para exercício de funções técnicas, burocráticas, operacionais, de natureza puramente profissional. [...]. **Essas atribuições, por óbvio, só podem ser adequadamente exercidas por pessoas de especial confiança**, afinadas com as diretrizes fixadas pelos dirigentes e agentes políticos da entidade a que servem, e que constituem expressão da orientação governamental ou política da pessoa jurídica de direito público, com capacidade política, que a tenha criado (CAMMAROSANO, Márcio. *Cargos em comissão: algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF*. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; e outros (coord). *O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 355/358) (grifou-se).

Tal pressuposto foi também salientado pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 1041210, que teve repercussão geral reconhecida e cujo trânsito em julgado ocorreu em 06/06/2019. O importante julgado – cujos fundamentos também embasam a análise técnica dos demais apontamentos – encontra-se assim ementado, com destaque para a tese fixada na oportunidade:

Criação de cargos em comissão. **Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração**. [...]. 4. **Fixada a seguinte tese: a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de**

servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir (STF. RE nº 1041210/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Dias Toffoli. Publicação: 22/05/2019. Trânsito em julgado: 06/06/2019) (grifou-se).

Esse predicado da confiança é tão marcante no caso dos empregados comissionados que a própria MGS o reconhece, de maneira expressa, em seu Normativo de Empregos e Salários (fls. 362/372 dos autos do processo-piloto), do qual constam as seguintes definições:

2.1.5. **Emprego institucional:** conjunto de atribuições e responsabilidades agrupadas de forma compatível com os requisitos exigidos para o adequado desempenho, provido por meio de assinatura de contrato de trabalho **decorrente de processo seletivo**.

2.1.6. **Emprego comissionado de recrutamento amplo:** conjunto de atribuições e responsabilidades **diferenciadas, com o atributo de confiança**, provido por meio de assinatura de contrato de trabalho, de livre designação e exoneração por ato da Presidência da MGS, ressalvadas as restrições previstas em Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) ou Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) (grifou-se).

Nos casos dos autos, identifica-se a prática da terceirização, mediante a qual empregados públicos admitidos pela MGS prestam seus serviços para órgãos e entidades tomadoras, que firmaram contrato com a empresa pública. Não há relação direta de subordinação entre os órgãos ou as entidades tomadoras dos serviços e os empregados públicos, que são contratados pela MGS. Dessa forma, eventual relação de confiança e subordinação somente poderia existir entre a empresa pública e seus empregados.

Contudo, o que se verifica nos autos é a prática contumaz, pela MGS, de alocação de empregados comissionados não em seu quadro próprio ou em sua estrutura interna, mas em seu quadro rotativo, destinado aos contratos de cessão de mão de obra. Tal prática mostra-se irregular na medida em que não se pode admitir a transposição da relação de confiança da MGS para o órgão ou a entidade tomadora dos serviços. Ora, se a MGS admite, por recrutamento amplo, empregados comissionados para o exercício de atribuições de chefia, direção e assessoramento, é de se supor – pela própria natureza dessas atribuições – que deveria existir uma relação de confiança entre a empresa pública admitente e tais empregados admitidos e, uma vez que esse vínculo de confiança não poderia abarcar os órgãos que contratam com a MGS, a estes não poderiam ser cedidos os empregados comissionados da empresa pública. Não obstante, o fato de essa cessão ocorrer na prática

evidencia o desvirtuamento do elemento da confiança, pressuposto necessário para a validação da exceção à regra do concurso público.

A respeito dessa situação, o Normativo de Empregos e Salários da MGS, ao dispor sobre os empregos comissionados, estatui que:

5.2. A admissão nos empregos comissionados de recrutamento amplo observará a estrita necessidade de pessoal, **conforme demanda dos clientes da MGS** ou da Diretoria Executiva da Empresa para a Administração Central (grifou-se).

De acordo com o que já foi exposto, verifica-se a inadequação do item acima transcrito, pois, como os empregos comissionados pressupõem um vínculo de confiança com a autoridade admitente e destinam-se a funções de especial relevância, devendo ser alocados em sua estrutura interna, não é razoável que seu preenchimento observe a demanda de contratantes da MGS, mas tão somente a da própria empresa pública. É firme, nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU):

Contrato Administrativo. Terceirização. Vedação. Contratado. Empregado. Indicação. **É vedada a ingerência da Administração ou de seus servidores na gestão dos recursos humanos das empresas contratadas para a prestação de serviços terceirizados, em especial no tocante à indicação dos empregados que devem ser contratados por tais empresas para prestarem serviços no âmbito da contratante.** (TCU. Acórdão nº 35/2019. Plenário. Pedido de Reexame. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Data da sessão: 23/01/2019. Boletim de jurisprudência nº 250) (grifou-se).

Não é permitido o direcionamento ou a indicação de pessoas para prestação de serviços em contratos terceirizados, de modo a se preservar a impessoalidade. [...]. Verifica-se a violação ao princípio da impessoalidade na contratação, caracterizada pelo fato de a Administração indicar os futuros prestadores de serviços (TCU. Acórdão nº 606/2008. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Data da sessão: 11/03/2008) (grifou-se).

A alocação de empregados comissionados em contratos de cessão de mão de obra é incompatível com o exercício da função comissionada, não podendo a autoridade admitir empregados por meio de recrutamento amplo para, em seguida, cedê-los a outros órgãos ou entidades. Assim, tal prática revela-se desarrazoada e irregular, uma vez que os empregos comissionados se destinam – necessariamente e por expressa previsão constitucional – ao desempenho de funções de direção, chefia ou assessoramento atreladas a uma relação especial de confiança, não se admitindo, dessa forma, que sejam colocados à disposição de outros órgãos ou entidades mediante contratos de prestação de serviços.

Não merece acolhimento, portanto, a alegação trazida pela empresa pública representada no sentido de supostamente inexistir, na legislação, qualquer limitação à lotação dos empregados comissionados, a qual poderia se dar na sede da empresa, em escritórios regionais ou em frentes de serviços de seus clientes (fl. 359 dos autos do processo-piloto). Como demonstrado, a exigência de alocação dos empregados comissionados na estrutura interna da MGS decorre do necessário vínculo de confiança inerente à natureza desses empregos, vínculo esse, por sua vez, desinente da própria Constituição da República (art. 37, V), conforme farta doutrina e jurisprudência.

Em sentido semelhante, também não procede a afirmação de que, diante do volume e da diversidade de serviços prestados pela MGS, seria impossível que os empregos comissionados fossem alocados, de forma exclusiva, na administração central sediada em Belo Horizonte/MG (fl. 359 dos autos do processo-piloto). Ora, primeiramente, não se verifica, na petição inicial das representações, qualquer manifestação do Ministério Público de Contas no sentido de que os empregados comissionados devam ser alocados em Belo Horizonte. O que o *Parquet* demonstra, e com razão, é a necessidade de os empregos de recrutamento amplo inserirem-se na estrutura interna própria da MGS, o que abarca todas as unidades administrativas da empresa pública, tanto as localizadas em Belo Horizonte, a exemplo da sede e do almoxarifado, como as unidades regionais, localizadas, por exemplo, nos municípios de Montes Claros, Juiz de Fora e Varginha, conforme informações disponíveis no sítio eletrônico da MGS. A respeito do fato de a estrutura interna não comportar o quantitativo de empregados comissionados, entende-se que cabe à empresa pública realizar referida adequação, tendo por norte a seguinte tese de repercussão geral firmada no já mencionado Recurso Extraordinário nº 1041210: “*o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir*”.

Dessa forma, considerando o já mencionado desvirtuamento do necessário pressuposto da confiança, tem-se que a regra constitucional do concurso público como meio de ingresso na Administração – insculpida na parte inicial do inciso II do artigo 37 – não poderia ter sido afastada. Em outras palavras, na medida em que os requisitos balizadores do excepcional alijamento do concurso público não foram observados, o provimento dos empregos alocados no quadro rotativo da MGS não poderia ter sido realizado por meio de

recrutamento amplo, mas deveria tê-lo sido feito mediante seleção pública. Nesse sentido, é farta a jurisprudência da nossa Suprema Corte, a exemplo, mais uma vez, do sempre lembrado Recurso Extraordinário nº 1041210, com repercussão geral reconhecida:

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que **os cargos em comissão somente se justificam quando presentes os pressupostos constitucionais autorizadores de sua criação. [...]. É, ainda, imprescindível que exista um vínculo de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado para o desempenho da atividade de chefia ou assessoramento, o que legitima o regime de livre nomeação e exoneração.** Esses requisitos estão intrinsecamente imbricados, uma vez que somente se imagina uma exceção ao princípio do concurso público, previsto na própria Constituição Federal, em virtude da natureza da atividade a ser desempenhada, a qual, em razão de sua peculiaridade, pressupõe relação de fideduciação entre nomeante e nomeado (STF. RE nº 1041210/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Dias Toffoli. Publicação: 22/05/2019. Trânsito em julgado: 06/06/2019) (grifou-se).

A decisão ora atacada reflete a **pacífica jurisprudência da Corte a respeito do tema, a qual reconhece a inconstitucionalidade da criação de cargos em comissão para funções que não exigem o requisito da confiança para seu preenchimento** (STF. RE nº 376440/DF-ED. Tribunal Pleno. Rel. Min. Dias Toffoli. Publicação: 14/11/14) (grifou-se).

Direito Constitucional e Administrativo. Lei municipal. **Criação de cargos em comissão.** Ausência de caráter de assessoramento, chefia ou direção. **Inexistência de relação de confiança entre servidor nomeado e superior hierárquico. Impossibilidade.** [...]. Esta Corte entende que **é inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuam caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandem relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico** (STF. RE nº 735788/GO-AgR. Primeira Turma. Rel. Min. Rosa Weber. Publicação: 29/08/14) (grifou-se).

Em sentido semelhante, também vem decidindo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Município de Contagem. Criação de cargos de provimento em comissão. Ausência de função típica de direção, chefia e assessoramento e de relação de confiança com a autoridade nomeante. Afronta aos artigos 21, §1º e 22 da Constituição estadual. [...]. Os cargos comissionados caracterizam-se pelo exercício de atribuição relacionado a chefia, direção e assessoramento, **bem como pela relação de confiança necessária entre o ocupante do cargo e a autoridade nomeante. A incompatibilidade das funções descritas com as exigências constitucionais, a falta de especificação das atribuições ou sua indicação genérica constituem vícios de inconstitucionalidade** (TJMG. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0263125-62.2016.8.13.0000. Órgão Especial. Rel. Des. Versiani Penna. Publicação: 07/12/2016) (grifou-se).

Não restam dúvidas, portanto, de que, uma vez viciada a relação de confiança, os empregos públicos em questão deveriam ter sido providos por meio da competente seleção pública, de modo a oportunizar a participação de todos os interessados e a seleção dos profissionais mais capacitados, em benefício da Administração Pública e dos administrados e

em respeito aos princípios da impessoalidade e da moralidade. Dessa forma, entende-se pela procedência do presente apontamento, restando configurada – pelos fundamentos já expostos e também pelos que serão reforçados nos apontamentos seguintes – a burla à regra constitucional do concurso público.

2.2. Empregos comissionados sem função de direção, chefia ou assessoramento

(apontamento presente nos autos das representações nº 1058554, 1058565, 1058567, 1058570, 1058572, 1058582, 1058595, 1058604, 1058607)

2.2.1. Razões apresentadas

Em sua argumentação, o Ministério Público de Contas relembra a previsão contida no inciso V do artigo 37 da Constituição da República, que veda, à Administração Pública, a criação de cargos ou empregos comissionados que não sejam destinados a funções de direção, chefia ou assessoramento. Além de atender a essas funções, o provimento dos empregos comissionados pressuporia, ainda, a existência de uma relação de confiança entre o empregado e sua chefia imediata ou superior hierárquico. Tal relação de confiança, contudo, inexistiria nos presentes casos, dada a ausência de relação de subordinação entre os empregados da MGS e qualquer servidor ou autoridade do órgão ou da entidade contratante da empresa pública.

Além disso, sustenta-se que, ainda que a nomenclatura de alguns empregos possa remeter a funções de direção, chefia ou assessoramento, não há como se afirmar a observância do normativo constitucional, em razão da inexistência de fixação das atribuições e dos requisitos para investidura nos empregos públicos comissionados de recrutamento amplo (conforme será abordado no apontamento seguinte). Para fundamentar sua argumentação, o Representante colaciona precedentes judiciais e administrativos e recorre a renomados doutrinadores, visando demonstrar, em síntese, que os empregos em comissão somente podem se destinar a funções de chefia, direção e assessoramento, com um cunho diferenciado de confiança em relação à autoridade nomeante.

2.2.2. Análise técnica

Não fosse suficiente a já demonstrada quebra do pressuposto da confiança, em nítido desvirtuamento do provimento dos empregos em comissão, observa-se, ainda, que os empregados comissionados contratados pela MGS e alocados nos contratos de prestação de serviços firmados com órgãos e entidades públicas não desempenham, no âmbito dos tomadores de seus serviços, funções de direção, chefia ou assessoramento, o que afronta o disposto no artigo 37, V, da Constituição da República. Nas contratações realizadas pela MGS, os empregados comissionados são admitidos, em regra, em empregos como assistente, assessor e supervisor, mas, no âmbito dos órgãos e entidades que contratam com a empresa pública – os tomadores dos serviços –, executam funções distintas, como as de motorista, mecânico, contador, suporte, auxiliar, manutenção e outras relacionadas ao desempenho de atribuições meramente técnicas.

Como bem apontado pelo Representante, a doutrina é pacífica quanto à impossibilidade de se criarem cargos ou empregos comissionados para funções distintas das previstas no permissivo constitucional. Transcreve-se, apenas a título exemplificativo, a abalizada lição do professor Marçal Justen Filho:

Em primeiro lugar, a Constituição não atribui à lei infraconstitucional autonomia para instituir cargos em comissão quando bem o entender. Como regra, os cargos em comissão são destinados apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Logo, **é inconstitucional criar cargo em comissão para outro tipo de competência que não essas suprarreferidas, tal como infringe à Constituição dar ao ocupante do cargo em comissão atribuições diversas** (*Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 848) (grifou-se).

Trata-se de funções específicas, que ostentam certo destaque em meio aos quadros de servidores. Em outras palavras, o recrutamento amplo não pode ser utilizado para o provimento de empregos cujas atribuições constituam atividades estritamente vinculadas ou técnico-burocráticas:

É indispensável enfatizar, no entanto, que será inconstitucional a lei que criar cargos em comissão para funções simplesmente burocráticas ou operacionais. **Desde que o perfil desses cargos foi delineado na própria Constituição, a fuga aos seus elementos intrínsecos de caracterização permitirá supor tentativa de burlar preceitos de integração e coerência do Texto Maior** (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Servidores públicos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 38/39) (grifou-se).

Como regra geral e primeiro balizamento da ideia, **aqueles cargos que podem ser técnica e racionalmente colocados em concurso não poderão ser criados ou providos em comissão**, salvo exceções particulares como uma ou outra chefia. Exemplos: cargos que tenham funções de artífices, braçais, faxineiros, vigilantes,

motoristas, escriturários, auxiliares de serviço, digitadores, médicos, dentistas, advogados, engenheiros, arquitetos, contadores, economistas, administradores e **inumeráveis outros que não dependem senão de formação específica, regulamentada ou não, todos estes não podem ser de provimento em comissão, porque em princípio nada têm tais funções nem de direção, nem de chefia, nem de assessoramento** (RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público nas reformas constitucionais*. 2. ed. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 34/35) (grifou-se).

Admite-se que a lei declare de livre provimento e exoneração cargos de diretoria, de chefia, de assessoria superior, mas **não há razão lógica que justifique serem declaração de livre provimento e exoneração cargos como os de auxiliar administrativo, fiscal de obras, enfermeiro, médico, desenhista, engenheiro, procurador, e outros mais, de cujos titulares nada mais se pode exigir senão o escoreito exercício de suas atribuições, em caráter estritamente profissional, técnico, livre de quaisquer preocupações ou considerações de outra natureza** (CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1992. p. 96) (grifou-se).

Mais uma vez, importa retomar as razões do voto condutor do Recurso Extraordinário nº 1041210, apreciado pelo Supremo Tribunal Federal:

[...]. Dentre esses pressupostos, destaco a necessidade imposta pela CF/88 de que as atribuições do cargo comissionado criado sejam adequadas às atividades de direção, chefia ou assessoramento, **não se podendo compreender nesse espectro atividades meramente burocráticas, operacionais ou técnicas** (STF. RE nº 1041210/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Dias Toffoli. Publicação: 22/05/2019. Trânsito em julgado: 06/06/2019) (grifou-se).

Considerando esse entendimento, que decorre de cristalina determinação constitucional, deve-se ressaltar que a simples nomenclatura dos empregos públicos comissionados, dada pela MGS, não é capaz de afirmar sua destinação a funções de direção, chefia ou assessoramento. De fato, empregos como assistente, assessor e supervisor, dentre outros, constituem ocupações que, em tese, poderiam destinar-se às funções delimitadas na Constituição da República. Contudo, uma vez que tais empregados são alocados em contratos de prestação de serviços a outros órgãos e entidades, verifica-se seu afastamento da referida delimitação constitucional.

Tal circunstância é evidenciada pela Lei Estadual nº 11.406/1994, que, a respeito da MGS, assim dispõe:

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.

[...].

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 (grifou-se).

O referido normativo deixa claro, portanto, que os empregados da MGS alocados nos contratos de fornecimento de mão de obra desempenham serviços técnicos, administrativos e gerais, ou seja, não poderiam ter sido selecionados por meio de recrutamento amplo, mas sim pelo competente processo de seleção pública. O distanciamento entre os empregos comissionados da MGS e o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento é reforçado, ainda, pelo próprio termo de referência que antecedeu a contratação da empresa pública no caso do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (fl. 124 dos autos do processo-piloto):

Tendo em vista que **a atividade desempenhada serve apenas como auxílio ao exercício da atividade fim do Tribunal e não pressupõe investir aos respectivos empregados da contratada qualquer poder de autoridade**, sua contratação nos termos da Lei de Licitações afigura-se plenamente possível, como demonstram os inúmeros contratos nesse sentido celebrados por esta Corte (termo de referência integrante do processo de dispensa de licitação nº 11/2017, referente à contratação da MGS pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais) (grifou-se).

Conforme ressaltado na própria Representação, não se questiona o fato de a MGS possuir empregos comissionados, o que é legítimo, desde que destinados a atender à sua própria estrutura administrativa e observados os parâmetros constitucionais. Em outras palavras, dada a natureza constitucionalmente delimitada das atribuições a serem exercidas pelos ocupantes de empregos em comissão de recrutamento amplo, tais empregados somente poderiam ser alocados na estrutura interna da MGS. Empregos de confiança são próprios dos órgãos e entidades que os instituem, devendo ser destinados ao exercício de atividades internas, em funções de direção, chefia e assessoramento. Dessa forma, os empregados lotados nos contratos de terceirização de mão de obra – isto é, aqueles empregados que compõem o quadro rotativo da MGS – devem ser selecionados por meio de seleção pública.

Em conclusão, empregos em comissão não podem ser criados para funções que não sejam de direção, chefia ou assessoramento, em razão de expressa previsão constitucional, reforçada por pacífica doutrina e por jurisprudência qualificada. O recrutamento amplo é exceção ao mandamento constitucional do concurso público, a qual só é válida mediante o preenchimento dos pressupostos estabelecidos. Uma vez que os empregos comissionados em questão não se destinam às funções devidas, tem-se a procedência do presente apontamento, sendo irregular o afastamento do concurso público, o que reforça, também, a procedência do apontamento anterior.

Como observação final, deve-se pontuar que, mesmo que os empregados comissionados da MGS desempenhassem, nos tomadores de serviços, funções de direção, chefia ou assessoramento – o que, repise-se, não é o caso –, ainda assim a situação permaneceria irregular, dada a impossibilidade de terceirização de empregados em comissão, em razão do necessário pressuposto da confiança, detidamente abordado no apontamento anterior.

2.3. Ausência de fixação das atribuições e dos requisitos para investidura dos empregos públicos comissionados de recrutamento amplo (apontamento presente em todos os autos, exceto nas representações nº 1058602 e 1058606)

2.3.1. Razões apresentadas

Inicialmente, o Ministério Público de Contas informou que os empregos públicos da MGS, tanto do quadro efetivo (empregados internos da empresa) quanto do quadro rotativo (destinado à execução dos contratos firmados para locação de mão de obra), não são criados por meio de lei, mas por ato normativo/regulamento interno da entidade. Ressaltou informação prestada pela assessoria jurídica da MGS no sentido de que todos os empregos comissionados dessa entidade foram criados sem atribuição específica, tendo, como único requisito para sua designação, a relação de confiança (fl. 3v. dos autos do processo-piloto).

Assevera que a MGS não poderia criar empregos comissionados de recrutamento amplo sem a correspondente atribuição, sem estabelecer as funções inerentes e sem fixar requisitos para sua investidura. Com efeito, afirmou que:

A ausência de qualquer requisito para investidura em empregos comissionados sinaliza que a empresa pública MGS está utilizando da sua criação para nomeação de forma absolutamente subjetiva, sem qualquer verificação de condições mínimas para o exercício do emprego.

Essa prática, de acordo com o *Parquet*,

Além de permitir uma indigna utilização da estrutura do Estado para assegurar emprego a pessoas específicas e atender as preferências pessoais de quem gere o órgão contratante, evidencia uma clara manobra na qual o contratante se vale da MGS para ampliar seus quadros comissionados, seja utilizando-se dos mesmos para atividades nas quais é expressamente vedado o recrutamento amplo, seja para ampliar seus quadros à revelia do processo legislativo.

Continua o Representante alegando que:

A prática adotada pela MGS, de criar empregos comissionados para que sejam alocados nos órgãos e entidades contratantes, nas quais suas atribuições serão futuramente definidas pelo contratante de acordo com a necessidade e rotina de cada unidade de locação, apresenta-se como forma de dificultar a realização do controle dos contratos de terceirização de mão de obra celebrados no âmbito da Administração Pública, em especial para aferir se é hipótese a se considerar no cômputo do limite de despesas com pessoal, se os pressupostos legais reconhecidos no acordo celebrado perante o Juízo Trabalhista pela empresa estão sendo respeitados, se os empregados estão sendo destinados à atividade-meio do contratante, se há desvio de função, dentre outras regras legais.

Como forma de reforçar o argumento, colacionou entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Por fim, concluiu que a ausência de atribuição específica para os empregos comissionados criados no âmbito da MGS não guarda amparo na Constituição Federal, uma vez que os empregos estão desvinculados das funções gerenciais por ela exigidas e desprovidos de qualquer atribuição específica nos atos normativos de criação.

2.3.2. Análise técnica

Nítido é que a restrição imposta pela Constituição Federal à criação dos cargos/empregos em comissão, conforme explicitado anteriormente neste Relatório, tem como objetivo balizar a discricionariedade da autoridade responsável pelo seu provimento, de forma que sua ocupação seja realizada de acordo com parâmetros preestabelecidos, que prestigiem a isonomia, a impessoalidade e a moralidade administrativa.

No caso em tela, vislumbra-se que os empregos públicos na MGS, tanto do quadro efetivo, quanto do quadro rotativo, são criados por meio de ato normativo/regulamento interno da entidade. Vale dizer, quanto ao assunto, que, segundo o artigo 61, inciso X, da Constituição do Estado de Minas Gerais, cabe à Assembleia Legislativa, com a sanção do Governador, dispor sobre a *“fixação do quadro de empregos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades sob controle direto ou indireto do Estado”*. A alínea “d” do inciso III do artigo 66 da mesma carta estadual, por sua vez, confere ao Governador a competência privativa para deflagrar o processo legislativo para criação do quadro de emprego dessas empresas públicas.

A despeito da citada previsão normativa, o Governo do Estado de Minas Gerais e o próprio Tribunal de Contas deste Estado vêm relativizando a interpretação acerca do tema, de forma a retirar do âmbito de incidência desse dispositivo as entidades estatais formalmente criadas como empresas públicas e sociedades de economia mista. Tanto é assim que foi ajuizada, perante o Supremo Tribunal Federal, pelo então Governador do Estado, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4844, por meio da qual se requer a declaração de inconstitucionalidade do supramencionado dispositivo da Constituição Estadual.

Em que pese a matéria estar pendente de decisão pela Suprema Corte, a Procuradoria-Geral da República (PGR), bem como a Advocacia-Geral da União (AGU) já se manifestaram no bojo dos autos da referida ADI, opinando, ambas, pela procedência da ação. Além disso, no mesmo sentido, este Tribunal de Contas, nos autos nº 772587, 778666 e 911687, entendeu que a falta de fixação do quadro de empregos em lei, no caso das entidades da Administração Indireta, não viola os dispositivos constitucionais da Carta

Mineira, cuja aplicação deve restringir-se à administração direta e autárquica, diante do que dispõe a Constituição da República de 1988, em seu artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “a”. Cabe esclarecer, ainda, que as empresas públicas, caso da MGS, sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, conforme artigo 173, § 1º, inciso II, da Carta Magna.

Ademais, não obstante a divergência existente no âmbito do Estado de Minas Gerais, tem-se entendimento doutrinário predominante no sentido de que apenas se afigura necessária a criação desses postos de trabalho por meio de lei quando houver sua vinculação à administração direta ou autárquica, de sorte que a criação de empregos públicos nas estatais, em decorrência do silêncio eloquente do legislador constitucional, prescinde dessa espécie normativa. Nesse mesmo sentido nos ensina José dos Santos Carvalho Filho:

Avulta notar que os empregos públicos da Administração Direta, autarquias e fundações de direito público também exigem sua criação por lei, sendo esta de iniciativa do Chefe do Executivo (artigos 61, §1º, II, a, CF). **Já os empregos públicos de pessoas privadas da Administração (empresas públicas e sociedades de economia mista), quer os denominados “cargos efetivos”, quer os chamados “cargos em comissão” ou “de confiança” (na verdade, “empregos efetivos” ou “empregos em comissão”, como vimos) podem ser criados através dos atos de organização funcional dessas entidades.** (Manual de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 640/641) (grifou-se).

Sobre o tema, esta Corte de Contas também se manifestou nos autos nº 760190, por meio do então Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, Cláudio Terrão, considerando desnecessária a existência de lei estadual para a fixação do quadro de empregos para as empresas não dependentes, caso da MGS, conforme a seguir transcrito, *in verbis*:

[...] Assim, parece-nos que uma interpretação literal do art. 61, X, da Constituição Estadual – submetendo à lei a fixação do quadro de empregos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades sob controle direto ou indireto do Estado, sem a necessária distinção entre as dependentes e as não dependentes, padeceria do vício de inconstitucionalidade, pois invadiria espaço privativo do Poder Executivo, pretendendo restabelecer como regra aquilo que a Constituição Federal tratou como exceção, como modelo preestabelecido às demais unidades federadas. **Noutras palavras, a necessidade de lei estadual para fixar o quadro de empregos das empresas estatais não dependentes, ou seja, com a necessária injunção do Poder Legislativo, parece não encontrar raízes no princípio da separação dos poderes.**

[...] Por tal razão, embora prestem serviços públicos, entendemos estarem presentes dois elementos fundamentais à submissão dessas empresas a um regime jurídico mais flexível: a não dependência econômico-financeira da entidade

política a qual se vincula e o fato de que elas precisam concorrer com empresas privadas para a obtenção da concessão pública a ser conferida pelos Municípios.

Assim, a instituição do quadro de empregos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades sob o controle direto ou indireto do Estado, por lei ordinária, deve-se restringir aos casos em que essas entidades forem dependentes do Estado, pouco importando, portanto, que sejam prestadoras de serviço público ou que intervenham na atividade econômica em sentido estrito, porque nesse caso estaremos diante de verdadeiras entidades autárquicas, refletindo simetricamente o modelo federal instituído para essas entidades (grifou-se).

Mister salientar, contudo, que o fato de não ser necessária lei para criação dos cargos/empregos não desobriga a empresa pública de, quando da sua criação, fixar as atribuições e requisitos para sua investidura. Nota-se que o espírito do mandamento legislativo ao estabelecer restrições à criação dos empregos públicos de recrutamento amplo conduz ao entendimento de que as suas atribuições devem estar previstas na própria norma que os criou, de forma clara e objetiva.

Significa dizer, nesse sentido, que a desobrigação de lei formal para criação dos postos públicos pelas empresas estatais não faz com que a MGS esteja dispensada do necessário estabelecimento de parâmetros para provimento de seu quadro de pessoal. Ao escusar a necessidade de lei, não se conferiu às empresas estatais “*carta branca*” para a contratação de empregados em comissão, devendo haver necessária observância e obediência às hipóteses do artigo 37, inciso V, da CF/88, bem como aos postulados da eficiência e da moralidade. A falta ou a descrição insuficiente das atribuições, por exemplo amparada em cláusulas amplas, genéricas ou imprecisas, contraria nitidamente os parâmetros constitucionalmente estabelecidos e desvirtua a própria natureza e desígnio dos empregos públicos.

Nessa vertente, tem-se também consolidado entendimento doutrinário:

Denominar cargos ou empregos como sendo de diretor, chefe ou assessor não lhes atribui, por si só, natureza que os permita ser de livre provimento ou contratação. Faz-se necessário examinar as atribuições a serem exercidas. Se não forem realmente de direção, chefia ou assessoramento, haverá descompasso entre a denominação e as atribuições inerentes ao mesmo, entre o rótulo e a substância. Estar-se-á diante de expediente artificioso, mal disfarçada burla à exigência constitucional de concurso público (CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão: algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; e outros (coord). *O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 358) (grifou-se).

À fl. 366v. dos autos do processo-piloto, é possível perceber que a MSG, em seu Normativo de Empregos e Salários, tão somente enumera os cargos de recrutamento amplo, mas não traz qualquer menção aos requisitos para acesso e à descrição das respectivas atribuições. Da análise da documentação presente nos autos, percebe-se que, para os empregos públicos em que se é realizado o processo seletivo, há a descrição minuciosa das atividades a serem realizadas (fls. 373 e ss), mas o mesmo não acontece para os cargos de recrutamento amplo. A própria entidade, sobre a fixação de atribuições para os seus postos de provimento em comissão, afirma, à fl. 328 dos autos, que “*as atribuições dos mesmos ficam adstritas à necessidade e rotina operacional de cada unidade de lotação*”, o que confirma a ausência deste requisito em seu ato normativo e, ainda, transfere o requisito imprescindível da confiança para os órgãos tomadores de serviço.

Percebe-se, assim, de forma inequívoca, que não há nos autos qualquer diploma legal que disponha sobre as atribuições/requisitos dos empregados públicos de recrutamento amplo pertencentes ao quadro da MGS. A menção apenas ao nome do cargo não é capaz de deixar claro o plexo das atribuições a eles relacionadas. Daí ser imprescindível que o ato normativo que cria o emprego em comissão descreva as atribuições a ele inerentes, evitando-se termos que possam deixar margem para contratação exclusivamente à mercê do gestor público.

A Suprema Corte já declarou, inclusive, a inconstitucionalidade de lei pela qual se criam cargos em comissão sem a fixação das atribuições correspondentes, capazes de demonstrar a condição constitucional para serem considerados próprios de comissionamento. A criação de cargos com esta natureza de provimento sem aquela demonstração constitui burla ao requisito do concurso público, contrariando a Constituição da República:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO. [...]. 2. Os cargos em comissão criados pela Lei nº 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal. 3. Ação julgada procedente (ADI nº 3.706/MS. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe: 05/10/07).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DA DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES

CORRESPONDENTES. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE Nº 748.371. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. 1. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais pela Municipalidade exige a descrição de suas respectivas atribuições na própria lei. Precedente: ADI 4.125, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 15/2/2011. 2. Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, não revelam repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário Virtual do STF, na análise do ARE nº 748.371, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes. 3. A decisão judicial tem que ser fundamentada (art. 93, IX), ainda que sucintamente, sendo prescindível que o decisor se funde na tese suscitada pela parte. Precedente: AI-QO-RG 791.292, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 13/8/2010. 4. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Leis Complementares nºs 38 (de 06 de agosto de 2008), 45 (de 27 de julho de 2009), 55 (de 15 de março de 2010), do Município de Buritama (dispõem sobre criação de cargos de provimento em comissão). Imprescindibilidade da descrição de atribuições para os cargos de assessoramento, chefia e direção. Afronta ao princípio da legalidade. Inconstitucionalidade declarada. Ação julgada procedente. 5. Agravo regimental DESPROVIDO (RE nº 806.436/SP-AgR. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. DJe: 17/09/14) (grifou-se).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO SEM INDICAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CORRESPONDENTES. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. [...] O art. 37, inc. V, da Constituição da República dispõe que os cargos em comissão [...] destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Como assentado na decisão agravada, este Supremo Tribunal fixou a inconstitucionalidade de lei que crie cargos em comissão cujas atribuições dispensem a necessária relação de confiança ou que delegue poderes ao chefe do Poder Executivo para estabelecê-las mediante decreto. [...] **Esse entendimento é aplicável aos casos em que a lei silencia sobre as atribuições dos cargos em comissão, de modo a inviabilizar a análise da burla, ou não, ao princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público previsto no art. 37, inc. II, da Constituição da República. Assim, para que a lei criadora de cargos comissionados se ajuste à exceção disposta no art. 37, inc. V, da Constituição da República, necessariamente terá de prever as atribuições dos cargos, as quais terão de corresponder à função de direção, chefia e assessoramento. Entendimento contrário resultaria em afronta sistemática ao art. 37, inc. II, da Constituição, pela deliberada omissão na lei criadora quanto às atribuições viabilizadoras da criação dos cargos. (RE nº 752.769/SP-AgR. Segunda Turma. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJe: 24/10/13) (grifou-se).**

Importante destacar, também, o entendimento do Tribunal de Justiça do Minas Gerais sobre o assunto:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE CONTAGEM. CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE FUNÇÃO TÍPICA DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO E DE RELAÇÃO DE CONFIANÇA COM A AUTORIDADE NOMEANTE. AFRONTA AOS ARTIGOS 21, §1º E 22 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. [...]. Os cargos comissionados caracterizam-se

pelo exercício de atribuição relacionado a chefia, direção e assessoramento, bem como pela relação de confiança necessária entre o ocupante do cargo e a autoridade nomeante. A incompatibilidade das funções descritas com as exigências constitucionais, **a falta de especificação das atribuições ou sua indicação genérica constituem vícios de inconstitucionalidade** (TJMG. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº10000160263125000. Relator: Versiani Penna. Data de Julgamento: 23/11/2016. Órgão Especial) (grifou-se).

Constata-se, pois, que a norma criadora deve trazer, de forma clara e transparente – e não apenas em sua nomenclatura – atribuições que retratem atividades substancialmente ligadas à posto público comissionado. Contudo, a MGS, em manifestação preliminar nos autos do processo-piloto, fl. 359, afirma que *“seria inviável, do ponto de vista de gestão, detalhar de forma minuciosa as atribuições específicas de cada tipo de emprego comissionado”*, alegando que não haveria exigência legal para tanto. Assevera ainda que *“adota a mesma lógica da Administração Pública Estadual Direta, Autárquica e Fundacional para instituição dos comissionados”*, sem detalhamento específico das atribuições de cada nível, o que não comprometeria a legalidade e operacionalização das atividades desenvolvidas pelos empregados.

Ora, diante dos argumentos elencados, nítido se torna que não merece prosperar tal alegação. Em consequência, impõe-se reconhecer que se mostram impróprios os provimentos em comissão de empregos públicos sem as correspondentes atribuições. O tema foi, inclusive, objeto do recente Recurso Extraordinário 1041210, já mencionado neste Relatório e que transitou em julgado em 2019, com repercussão geral reconhecida, ratificando-se a pacífica jurisprudência da Suprema Corte sobre o tema, por meio da fixação da seguinte tese:

a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e **d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir** (grifou-se).

Percebe-se, pois, que, da mera nomenclatura dos empregos em comissão, não é possível se extrair a real dimensão dos cargos, sendo imperiosa a previsão das atribuições de cada um deles também como medida de contenção às tentativas ilícitas de burla ao concurso público e nomeação de pessoas sem qualificação, o que poderia comprometer, inclusive, a

eficiência no exercício das funções de recrutamento amplo. Além disso, ressalta-se que, conforme explicitado no apontamento anterior, para verificação da correta natureza de direção, chefia e assessoramento, imprescindível se faz a devida descrição das atividades desenvolvidas pelo empregado, de forma a evitar o desvirtuamento desta finalidade imposta pelo ordenamento jurídico.

Ressalta-se que a escolha dos ocupantes dos empregos em comissão é um ato discricionário, contudo não pode estar apoiada em critérios meramente subjetivos, mas em parâmetros pré-determinados que estejam relacionados àquela função pública. Nesse sentido, imprescindível haver um nexo de pertinência entre a qualificação do comissionado e a atividade a ser desempenhada, devidamente descrita no rol de atribuições ou presente nos requisitos para nomeação. Nessa ótica, não é lícito ao diploma normativo declarar a liberdade de provimento de qualquer cargo ou emprego público, em obediência, notadamente, aos princípios da impessoalidade e da eficiência.

Assim, considerando os entendimentos predominantes acerca do tema, conquanto possível a criação de empregos públicos – inclusive os de provimento em comissão – por ato normativo, é indispensável que esse diploma contenha a descrição das suas respectivas atribuições, razão pela qual esta Unidade Técnica entende pela procedência do presente apontamento.

2.4. 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 nº 1031/2000, que tramitou perante a 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte (apontamento presente em todos os autos, exceto nas representações nº 1058602 e 1058606)

2.4.1. Razões apresentadas

Ressalta o Representante que, em 01/09/2000, a MGS celebrou um acordo com o Ministério Público do Trabalho e com o Ministério Público Estadual, nos autos da Ação Civil Pública nº 1031/2000 (fls. 330/334), pelo qual foi acordada, em sua cláusula primeira, a obrigação da MGS de “*não contratar, a partir da data da homologação judicial deste*

termo, qualquer empregado para o seu quadro de pessoal, fixo ou rotativo, em desacordo com o artigo 37, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”.

E, no parágrafo único dessa cláusula, explicitou-se que *“o concurso público de provas ou provas e títulos a que se refere o caput desta cláusula poderá realizar-se sob a forma de processo seletivo público simplificado, para vínculo laboral regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, por tempo determinado ou indeterminado [...]”.*

Contudo, o Representante destacou que a MGS criou, indiscriminadamente, empregos comissionados de recrutamento amplo, em total descumprimento do acordo firmado perante o juízo trabalhista. Concluiu, assim, que, *“à luz do mandamento constitucional e do acordo celebrado, a MGS – Minas Gerais Administração e Serviços não poderia criar empregos comissionados para formação do seu Quadro Rotativo, pela própria natureza jurídica desses empregos”.*

2.4.2. Análise técnica

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, Helter 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 nº 16.2000, acerca do cumprimento do acordo celebrado na ACP de autos nº 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.

Diante desse contexto, o Conselheiro relator, Durval Ângelo, em despacho datado de 22/04/2019 (fls. 818/818v.), solicitou o encaminhamento dos termos do ajuste tão logo ele seja celebrado:

[...] tendo em vista a afirmação constante no ‘Ofício/PRT3/Belo Horizonte/Nº65538.2019’ de que, no PP nº 3810.2018.03.000/9-12, está sendo discutida uma minuta para ‘um acordo sobre contratações sem concurso na MGS’ e de que se espera, a partir de tal acordo, que ‘seja possível distinguir todas as situações contidas nas representações feitas pelo Ministério Público de Contas’, **deverá ser solicitado à Procuradora do Trabalho o encaminhamento do respectivo ajuste tão logo ele seja celebrado** (grifou-se).

Importante ressaltar que o próprio Ministério Público de Contas, na Portaria nº 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 nº 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) (grifou-se).

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 nº 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 nº 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.

A despeito da referida incompetência desta Corte de Contas para analisar, especificamente, se houve ou não cumprimento do acordo, cumpre ressaltar que supostas irregularidades apontadas na presente Representação, tais como, descumprimento das regras constitucionais previstas no artigo 37, *caput*, II e V, são objeto de análise neste Relatório, nos demais apontamentos, cabendo ao Juízo Trabalhista o julgamento referente à suposta violação dos termos do acordo celebrado com a MGS.

2.5. Desvio de função (apontamento presente nos autos das representações nº 1058554, 1058565, 1058570, 1058573, 1058574, 1058597, 1058598, 1058599, 1058600, 1058601, 1058602, 1058605, 1058606, 1058611, 1058613 e 1058620)

2.5.1. Razões apresentadas

O Representante aponta supostos casos de empregados públicos contratados pela MGS para determinado emprego que estariam exercendo atribuições diversas na execução do contrato de prestação de serviços, no órgão/entidade cliente da MGS. Conforme explicitado nas representações, *“embora contratado para exercer determinada função, o empregado público executa outra, totalmente diversa das atribuições atinentes ao cargo*

originário, com o pagamento do salário com base na função contratada, e não da função realmente exercida”.

Com isso, questiona-se a suposta prática de desvio de função operada no âmbito dos contratos celebrados com a MGS, prática essa que, além de ser ilegal, poderia provocar prejuízo ao erário. Por fim, além de apresentar as alegações acima resumidas, o Representante indicou – por meio de tabelas constantes de cada processo – os nomes e os cargos dos supostos empregados que estariam em desvio de função.

2.5.2. Análise técnica

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. O Representante informou que o real cargo exercido pelos empregados foi obtido nos autos do Inquérito Civil nº 001.2018.854, instaurado para “*apurar eventuais ilegalidades praticadas pela empresa pública MGS – Minas Gerais Administração e Serviços S.A e pelos seus contratantes*”.

Desse modo, ao se fazer um paralelo entre o nome do cargo para o qual o empregado foi contratado pela MGS e o nome e/ou as atribuições do cargo efetivamente exercido nos órgãos tomadores de serviços, o Representante deparou-se com várias divergências, que, supostamente, apontam o exercício de funções diversas daquela para o qual o empregado admitido pela empresa pública.

Em sentido oposto, a MGS, em sua manifestação às fls. 833/834, dos autos do processo-piloto, informou que:

[...] quanto às alegações de desvio de função apontadas em algumas das representações, tem-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 *latu sensu*, onde existe repercussão social significativa. [...]. As denúncias colhidas pelo Ministério Público de Contas caracterizam como apenas ilações, colhidas em link aberto ao público, sendo informações desprovidas de elementos de prova ou de informação mínimas para o início de uma apuração.

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 (grifou-se).

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 nº 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 de 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) (grifou-se).

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.

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.

2.6. Empregados públicos da MGS ocupando cargos na Secretaria de Estado de Saúde em detrimento de candidatos aprovados em concurso público – Edital nº 02/2014 (apontamento presente nos autos da Representação nº 1058570)

2.6.1. Razões apresentadas

A irresignação do Ministério Público de Contas cinge-se à constatação, após a instauração do Inquérito Civil nº 001.2018.854, de que empregados públicos contratados pela MGS estariam prestando serviços na Secretaria de Estado da Saúde (SES), ao mesmo tempo da vigência da homologação do Concurso Público – Edital nº 02/2014.

O Representante aduziu, em síntese, que a SES realizou concurso nos idos de 2014, por meio do Edital nº 02/2014, para o provimento de cargos do seu quadro de pessoal, sendo 1088 vagas, dos quais 986 eram para ampla concorrência e 102 para PNE (PcD). Informou, na ocasião, que aludido concurso teria vigência até 14/02/2019 e que, à época, foram realizadas 412 nomeações.

Entretanto, várias denúncias relataram a existência de contratação de empregados da MGS para trabalhar na atividade fim da SES em detrimento aos aprovados no referido concurso. Na exordial, vieram destacados os cargos de farmacêutico e advogado.

Por fim, o Representante relatou que não promoveu diligências *in loco*, em razão da tradição da atual gestão do TCE/MG de indeferir os pedidos de diárias com essa finalidade.

2.6.2. Análise técnica

De início, urge consignar a competência desta Corte de Contas para apreciar a matéria em comento. Com arrimo na Constituição Federal (art. 71, III) e Estadual (art. 76, V), compete aos Tribunais de Contas apreciar, para fim de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, pelas administrações direta e indireta. Ainda que não se esteja tratando do registro do ato de admissão especificamente, este Tribunal pode examinar a legalidade de todas as despesas promovidas por seus jurisdicionados, incluindo a Secretaria Estadual de Saúde – órgão integrante da Administração Direta do Poder Executivo –, bem como a MGS, que é uma empresa pública, entidade integrante da Administração Indireta.

O embasamento legal para tanto é extraído da leitura do artigo 3º da Lei Complementar nº 102/08, que assim dispõe:

Art. 3º Compete ao Tribunal de Contas:

[...] IV – fiscalizar os atos de gestão da receita e da despesa públicas, assim como os de que resulte nascimento ou extinção de direito ou obrigação, no que se refere aos aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade.

A temática do concurso público carece de um diploma legal específico que regulamente e unifique o tema em âmbito nacional. Dessa forma, esta Coordenadoria de Fiscalização de Atos de Admissão tem, em situações novas, de enfrentar o tema a partir de uma exegese principiológica, doutrinária e jurisprudencial.

Feita essa importante observação preliminar, tem-se que o caso fático revela que o Edital de Concurso Público nº 02/2014 foi publicado em 22/07/2014 e homologado em 14/02/2015, ambos no Diário do Executivo. Nesse certame, previram-se, entre diversas outras vagas, 67 vagas (61 para ampla concorrência e seis para pessoas com deficiência) e 43 vagas (39 para ampla concorrência e quatro para pessoas com deficiência) para as áreas, respectivamente, de formação em direito e farmácia, para serem lotados na Unidade Central da SES, na Cidade Administrativa.

Entretanto, identifica-se, no Inquérito Civil nº 001.2018.854, instaurado pelo MPC, a informação prestada – por meio do Ofício SES/GAB nº 865/2018 e do Memorando SES/SUBSILS nº 346/2018 – pela assessora da Subsecretaria de Inovação e Logística em Saúde, a sra. Stephanie Flávia Ferreira de Carvalho, acerca da relação dos funcionários da MGS que foram alocados na execução dos contratos firmados com a Secretaria de Estado de Saúde. No aludido ofício, após uma análise caso a caso, é possível constatar o nome de cada um dos empregados relacionados na exordial e o cargo exercido na SES.

Lado outro, em consulta ao CAPMG (Cadastro de Agentes Públicos de Minas Gerais), observa-se que tais empregados estão na folha de pagamento da MGS e são por ela remunerados, a despeito de estarem trabalhando, efetivamente, na SES. Ou seja, isso denota que, por meio de um contrato de terceirização, a MGS transferiu mão de obra para a SES, desempenhando esses funcionários funções típicas de servidores concursados.

Dessa forma, está evidente a cessão de servidores pertencentes aos quadros da MGS. Até mesmo porque não haveria sentido em se terceirizar farmacêuticos e advogados para que prestassem serviços de atividade meio, como limpeza, transporte, segurança. Portanto, tais contratações conduzem ao entendimento de que eles estariam desempenhando funções que um servidor de carreira deveria realizar. Isso configura uma grave irregularidade, haja vista haver concurso vigente, à época, para o cargo específico e ferir diretamente o direito à nomeação daqueles aprovados no certame.

A respeito da matéria, esta Corte de Contas consolidou o seguinte entendimento, por meio da Súmula 35:

É vedada à Administração Pública Estadual a contratação indireta de pessoal, salvo para o desempenho das atividades-meio relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores e outras assemelhadas.

Assim, embora houvesse concurso público vigente dentro de seu prazo de validade, a terceirização de pessoal com empresa interposta (MGS) para exercer as mesmas atribuições do cargo para o qual o concurso foi criado representa burla ao certame, em verdadeiro prejuízo aos aprovados, além de demonstrar, de forma inequívoca, a necessidade de preenchimento da vaga. O Supremo Tribunal Federal, já há muito tempo, discorre sobre o tema debatido, tendo editado a Súmula 15, a qual preceitua que, dentro do prazo de validade

do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Entretanto, quando a vaga no órgão público é preenchida seja por terceirização ou por contratação por excepcional interesse público, mesmo que precariamente, resta caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso. Observe:

Concurso público. Terceirização de vaga. Preterição de candidatos aprovados. Direito à nomeação. [...]. **Uma vez comprovada a existência da vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso** (STF. AI 777644-AgR. Rel. Min. Eros Grau. Segunda Turma. DJe: 14/05/2010) (grifou-se).

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, **comprovada a necessidade do serviço e a existência de vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso público** (STF. ARE 646080-AgR/GO. Rel. Min. Dias Toffoli) (grifou-se).

Na mesma toada se perfaz a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

[...] Ocorre que, não raras vezes, como no caso em apreço, **a Administração opta por não convocar os aprovados para as vagas existentes (previstas no Edital ou não), simplesmente para contratá-los (ou a terceiros) precariamente, com base no art. 37, IX, da Constituição Federal, ou realizar a execução indireta (terceirização) do serviço. Ocorre que ao fazê-lo declaravam a necessidade da prestação do serviço em prol do Poder Público, motivo suficiente para consagrar o direito subjetivo dos aprovados à nomeação**, pois é óbvio que a manobra agride frontalmente o princípio da razoabilidade. (TJMG. Apelação Cível nº 1.0024.04.513319-6/001. Rel. Des. Célio César Paduani. Quarta Câmara Cível. Julgamento: 01/09/2005. Publicação: 27/09/2005) (grifou-se).

E mais:

Mandado de Segurança. Direito Constitucional e Administrativo. Concurso público e direito à nomeação. Contratação a Título Precário. Direito Subjetivo. Concessão da ordem. 1. **A despeito de posicionamentos contrários, a aprovação no concurso público não gera simples expectativa de direito de ser nomeado ao aprovado; gera-lhe, sim, direito subjetivo presumido à nomeação, mormente quando a Administração deixa transparecer atos configurados de desvio de poder (como contratações temporárias e terceirização de serviço, que, indubitavelmente, necessita da mão-de-obra dos aprovados, inteligência que, na prática, transfere à Administração Pública o ônus de demonstrar, com argumentos razoavelmente aceitáveis os motivos que ensejaram a não-adoção dessas medidas.** 2. Constatado um número de vagas existentes, preenchidas por contratados a título precário, que alcançam a classificação das impetrantes no certame, que foram aprovadas no concurso e aguardam a convocação, imperiosa a concessão da segurança, por manifesto desvio de poder da Administração Pública. 3. Em reexame necessário, confirmar a r. sentença, prejudicado o recurso voluntário. (TJMG. Ap. Cível. Reexame Necessário nº 1.0024.04.298627-3/001. Rel. Des. Célio César Paduani. 4ª Câmara Cível. Julgamento: 14/04/2005. Publicação: 10/05/2005) (grifou-se).

O Superior Tribunal de Justiça segue a mesma linha de raciocínio. Veja-se:

[...] A Administração não pode, i.g., providenciar recrutamento de Servidores através de contratação precária para exercer as mesmas funções do cargo para o qual ainda existam candidatos aprovados aguardando a nomeação. Tal direito subjetivo tem fundamento na constatação da existência de vaga em aberto e da premente necessidade de pessoal apto a prestar o serviço atinente ao cargo em questão (STJ. AgRg no AgRg no RMS nº 29145 RS 2009/0053509-6. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgamento: 16/06/2015. Publicação: 22/06/2015) (grifou-se).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. FISCAL AGROPECUÁRIO FEDERAL. ACORDOS DE COOPERAÇÃO TÉCNICA ENTRE A UNIÃO E MUNICÍPIOS PARA FISCALIZAÇÃO DE PRODUTOS DE ORIGEM ANIMAL. DEMONSTRAÇÃO DE NECESSIDADE DE PESSOAL. PREENCHIMENTO DE VAGA EXISTENTE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. [...] 2. Nesse caso, **embora a União não contrate diretamente terceiros, em caráter precário, para desempenhar as funções do cargo em questão, ela o faz de maneira indireta, ao passar a se utilizar da mão-de-obra de servidores municipais disponibilizados pelas prefeituras, os quais passam a exercer funções próprias da Administração Federal.** 3. **A ratio essendi de a contratação precária de terceiros fazer surgir o direito líquido e certo dos aprovados em concurso público à nomeação às vagas existentes, decorre do fato de ela demonstrar a necessidade de pessoal para desempenho de determinada atividade administrativa.** 4. Pela mesma razão de ser, a celebração de acordos de cooperação entre a União e Municípios, por meio do qual pessoas que são estranhas aos quadros da Administração Federal passam, sob a supervisão e controle da União, a exercer funções por lei atribuídas aos Fiscais Agropecuários Federal, faz surgir o direito à nomeação daqueles aprovados em concurso público para o aludido cargo, desde que comprovada a existência de vaga. 5. Demonstrado que a impetrante fora aprovada em concurso público para o aludido cargo, para o Estado de Santa Catarina, que seria a próxima a ser nomeada, bem como haver vaga desocupada, exsurge o direito líquido e certo à sua nomeação. 6. Ordem concedida (STJ. MS nº 13.575/DF. Rel. Min. Jane Silva. DJU: 01/10/2008) (grifou-se).

Além do mais, não se pode considerar as funções de natureza jurídica e de farmacêutico como atividades-meio da Secretaria de Estado da Saúde, porquanto prevê o artigo 19 da Lei Estadual Mineira nº 5.945/1972 – a qual dispõe sobre a reorganização de quadros de pessoal, diretrizes para a classificação e avaliação de cargos, Conselho Estadual de Política de Pessoal e reajustamento de vencimentos e dá outras providências – que “*as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas poderão ser objeto de execução indireta mediante contrato*”.

Ao contratar funcionários de forma irregular, mediante terceirização, a SES praticou conduta violadora da boa-fé objetiva dos candidatos aprovados que aguardavam a nomeação. Houve, neste caso, clara ruptura da confiança, mediante um comportamento incoerente e irrazoável.

Diante do exposto, uma vez constatada a contratação de empregados terceirizados pela MGS para o exercício de cargos a serem providos por servidores de carreira e havendo, à época, concurso em vigência, esta Coordenadoria entende que a situação perpetrada pela SES é irregular.

3. CONCLUSÃO

Após esta análise preliminar, esta Unidade Técnica manifesta-se, inicialmente, pela procedência da Representação no que se refere aos seguintes apontamentos:

- (i) Burla à regra constitucional do concurso público (apontamento presente em todos os autos, exceto nas representações nº 1058602 e 1058606);
- (ii) Empregos comissionados sem função de direção, chefia ou assessoramento (apontamento presente nos autos das representações nº 1058554, 1058565, 1058567, 1058570, 1058572, 1058582, 1058595, 1058604, 1058607);
- (iii) Ausência de fixação das atribuições e dos requisitos para investidura dos empregos públicos comissionados de recrutamento amplo (apontamento presente em todos os autos, exceto nas representações nº 1058602 e 1058606);
- (iv) Empregados públicos da MGS ocupando cargos na Secretaria de Estado de Saúde em detrimento de candidatos aprovados em concurso público – Edital nº 02/2014 (apontamento presente nos autos da Representação nº 1058570).

Paralelamente, esta Unidade Técnica entende pela incompetência do Tribunal de Contas para analisar os seguintes apontamentos:

- (i) 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 nº 1031/2000, que tramitou perante a 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte (apontamento presente em todos os autos, exceto nas representações nº 1058602 e 1058606);

(ii) Desvio de função (apontamento presente nos autos das representações nº 1058554, 1058565, 1058570, 1058573, 1058574, 1058597, 1058598, 1058599, 1058600, 1058601, 1058602, 1058605, 1058606, 1058611, 1058613 e 1058620).

Ressalta-se, por oportuno, que se trata de análise inicial, a qual poderá ser ratificada ou alterada após a apresentação de defesa e documentação por parte dos representados.

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Tendo em vista os indícios de irregularidade nos apontamentos analisados, esta Unidade Técnica propõe a citação dos responsáveis relacionados na exordial de cada um dos autos para apresentar suas razões de defesa, no prazo de 15 (quinze) dias, improrrogáveis, nos termos do artigo 307, do Regimento Interno desta Corte, em respeito, ainda, aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Sugere-se, ainda, que o oferecimento da defesa seja oportunizado inclusive aos representados que já se manifestaram nos autos das suas respectivas representações, em atendimento a despacho proferido pelos então relatores antes do apensamento e da reunião dos processos.

Belo Horizonte, CFAA/DFAP, em 29 de julho de 2019

Camilla Nunes Araújo
Analista de Controle Externo
Matrícula: 3266-0

Matrícula: 3299-6

Fabiano Murilo Melo
Analista de Controle Externo
Matrícula: 3199-0
Gabriel Venturim de Souza Grossi
Analista de Controle Externo
Matrícula: 3250-3

Renato Flávio Batista e Silva
Analista de Controle Externo