

**Processos:** 1031650 e 1031654

**Natureza:** RECURSOS ORDINÁRIOS

**Recorrentes:** José Elcio Santos Monteze, Fuad Jorge Noman Filho, João Antônio Fleury Teixeira

**Denunciante:** Sindicato dos Trabalhadores do Departamento de Estradas e Rodagens do Estado de Minas Gerais – SINTDER

**Interessados:** Renata Maria Paes de Vilhena, Carlos Carmo Andrade Melles

**Processo referente:** Denúncia n. 838509

**Procuradores:** Marina Pimenta Madeira, OAB/MG 68.752; Vânia Lopes Lisa, OAB/MG 76.501; Flávia Maria da Silva Costa, OAB/MG 149.546; Diogo Tardeli Pires, OAB/MG 140.321, Ludmila Karen de Miranda, OAB/MG 140.571; Renato Queiroz de Paula, OAB/MG 145.066 e outros

**MPTC:** Maria Cecília Borges

**RELATOR:** CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO

**TRIBUNAL PLENO – 23/11/2022**

RECURSOS ORDINÁRIOS. DENÚNCIA. PRELIMINAR. CONHECIMENTO. MÉRITO. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM DO ESTADO. FUNÇÃO EXCLUSIVA DE ESTADO. ESTRUTURA DE CARREIRA. NÃO REVELADA CORRESPONDÊNCIA ENTRE AS FUNÇÕES DOS FUNCIONÁRIOS TERCEIRIZADAS E AS ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS EFETIVOS DA AUTARQUIA. NÃO COMPROVADA OFENSA AO ART. 18, § 1º, DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. CONCURSO PÚBLICO. INDEFERIMENTO DE SOLICITAÇÃO DE NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS COMO EXCEDENTES. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PROVIMENTO. EFEITO EXPANSIVO SUBJETIVO DO RECURSO ESTENDIDO AOS RESPONSÁVEIS QUE NÃO RECORRERAM. DESCONSTITUIÇÃO DAS MULTAS APLICADAS.

- 1) Para a configuração da irregularidade e consequente penalização do gestor pela prática de terceirização ilícita, que se possa configurar efetivo exercício indevido de parcela de poder estatal por particulares, é importante a demonstração da identidade de atribuições e atividades entre cargos públicos e terceirizados que revele a indesejada sobreposição que, vale dizer, tenha o condão de colocar em risco a própria realização do interesse público primário.
- 2) A propósito, na trajetória de enxugamento da máquina administrativa estatal e, por consequência, de ampliação das hipóteses de terceirização na Administração Pública, o Decreto 9.507/2018, adotado como referência pela Consulta n. 1024677, de relatoria do conselheiro Cláudio Couto Terrão, teve revogado o § 2º do seu art. 3º, pelo Decreto n. 10.183/2019, que vedava a execução indireta de serviços “auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício de poder de polícia”.
- 3) Analisando o caráter sancionatório do ponto de vista da Lindb, este Tribunal vem entendendo que não basta a existência de irregularidades para imposição de multa, devendo ser analisadas condições acerca do agente, do fato e de suas circunstâncias, a exemplo do

que foi decidido no julgamento do Recurso Ordinário n. 1084539, relator conselheiro Wanderley Ávila, sessão do dia 5/5/2021.

- 4) A nomeação de candidatos aprovados como excedentes em concurso público traduz-se em ato discricionário da Administração Pública, conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal – STF, no Recurso Extraordinário n. 837311, em que se reconheceu que o candidato aprovado além do número de vagas oferecidas no edital possui apenas expectativa de direito à nomeação, uma vez que compete à Administração Pública decidir sobre provimento de cargos público vagos, observadas as normas constitucionais e o interesse público.
- 5) Em atenção ao efeito expansivo subjetivo do recurso, bem como para evitar decisões conflitantes, o resultado do provimento do apelo deve ser estendido aos responsáveis que não recorreram.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento, das Notas Taquigráficas e diante das razões expendidas pelo Relator, que acolheu, no mérito, o voto divergente do Conselheiro em exercício Adonias Monteiro, em:

- I) admitir os recursos ordinários, preliminarmente, por unanimidade, uma vez que foram preenchidos os requisitos regimentais para suas proposituras;
- II) dar provimento, no mérito, por maioria, ao recurso interposto pelo Sr. José Elcio Santos Monteze, ex-diretor-geral do DER, para desconstituir as multas a ele aplicadas no valor total de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por entenderem que não foi demonstrado que a contratação de empresas prestadoras de serviço e da MGS teve como objeto a terceirização de atividade-fim do DER, nem de função exclusiva de Estado, tampouco de atribuições previstas na estrutura de carreira do DER, uma vez que não se revelou exata correspondência entre as funções dos funcionários terceirizados e as atribuições dos cargos efetivos da autarquia, tampouco prova de que atividades fiscalizatórias tenham sido exercidas por funcionários terceirizados, não havendo como persistir, por conseguinte, a imputação de ofensa ao art. 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, por contabilização incorreta das despesas com as mencionadas contratações, bem como diante da ausência de demonstração de que foi responsável pelo desvirtuamento no conceito de consultoria, em desacordo com o art. 13 c/c art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993, nos orçamentos sintéticos elaborados pelo DER relativos aos Contratos 22122/2009, 22005/2011 e 22016/2011;
- III) dar provimento ao recurso interposto pelo Sr. João Antônio Fleury Teixeira e pelo Sr. Fuad Jorge Nomam Filho, ex-secretários de estado de Transportes e Obras Públicas, para desconstituir a multa a eles aplicada no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), por entenderem que não restou demonstrada a conduta irregular a eles imputada;
- IV) estender o resultado do provimento do recurso ao responsável que não recorreu, Sr. Carlos Carmo Andrade Melles, ex-secretário de estado de Transportes e Obras Públicas, em atenção ao efeito expansivo subjetivo do recurso, bem como para evitar decisões conflitantes, uma vez que se encontra na mesma situação fática dos recorrentes, desconstituindo-se a multa a ele também aplicada no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais);
- V) estender o resultado do provimento dos recursos à responsável que não recorreu, Sra. Renata Maria Paes de Vilhena, ex-secretária de estado de Planejamento e Gestão, desconstituindo-se a multa a ela aplicada no valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos

reais), em atenção ao efeito expansivo subjetivo do recurso, uma vez que não houve, *in casu*, violação a dever jurídico, pois ausente no processo a demonstração de violação ao art. 37, II, da Constituição da República, e que o indeferimento do pedido de nomeação de candidatos aprovados em concurso público se encontra justificado em razões de ordem orçamentária e financeira, bem como que se encontra dentro da margem de discricionariedade decisória do gestor;

**VI)** determinar a intimação dos recorrentes e interessados acerca do teor desta decisão;

**VII)** determinar o arquivamento dos autos, após o trânsito em julgado da decisão.

Votaram o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro, o Conselheiro Wanderley Ávila, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro Substituto Licurgo Mourão. Declarada a suspeição do Conselheiro Gilberto Diniz e do Conselheiro José Alves Viana. Vencido, no mérito, o Conselheiro Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Procurador-Geral Marcílio Barenco Corrêa de Mello.

Plenário Governador Milton Campos, 23 de novembro de 2022.

MAURI TORRES  
Presidente

DURVAL ÂNGELO  
Relator

(assinado digitalmente)



**NOTAS TAQUIGRÁFICAS**  
**TRIBUNAL PLENO – 25/5/2022**

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

**I – RELATÓRIO**

Tratam os autos de Recursos Ordinários interpostos pelo senhor José Elcio Santos Monteze, Diretor-Geral do Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais – DER/MG, à época dos fatos narrados na Denúncia protocolizada pelo Sindicato dos Trabalhadores do Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais; pelo senhor Fuad Norman Jorge Filho, ex Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas, nos exercícios de 2008-2009; e pelo senhor João Antônio Fleury Teixeira, ex Secretário de Transportes e Obras Públicas, no exercício de 2010, em face da decisão proferida pela Segunda Câmara, na sessão do dia 14 de dezembro de 2017, nos autos do Processo n. 838.509, que julgou procedente a Denúncia e determinou a aplicação de multas.

Inconformado com decisão unânime proferida pela 2ª Câmara deste Tribunal, o recorrente José Elcio Santos Monteze interpôs o recurso autuado com o número 1031650, requerendo às fls. 01-16: (i) reforma do acórdão em relação ao entendimento de que houve terceirização de atividade-fim no DER/MG; (ii) reconhecimento da regularidade das contratações de prestadores de serviços empregados da MGS em atividades previstas na estrutura da carreira do DER/MG; (iii) reconsideração acerca do entendimento no acórdão de que houve terceirização de atividade exclusiva do Estado; (iv) reconhecimento de que não houve distorção no conceito de consultoria em relação a contratos firmados pelo DER/MG; (v) revisão acerca do posicionamento de que teria ocorrido infringência aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal em relação às dotações orçamentárias especificadas para contratação de trabalhadores terceirizados no DER/MG.

Com o objetivo de reformar a decisão proferida, os recorrentes Fuad Jorge Noman Filho e João Antônio Fleury Teixeira interpuseram o recurso autuado com o número 1031654, requerendo às fls. 01/11: (i) a constatação da ausência de responsabilidade pelos atos exercidos enquanto autoridades delegantes; (ii) a revisão do reconhecimento de responsabilidade solidária; (iii) a regularidade das contratações de serviços de consultoria diferentemente do que foi julgado no acórdão recorrido; e (iv) o afastamento da condenação dos recorrentes.

A Unidade Técnica, em sua análise, entendeu que não cabe provimento aos recursos interpostos, fls. 34/40 do Recurso Ordinário n. 1031654 e fls. 92-99 do Recurso Ordinário n. 1031650.

O Ministério Público, em parecer às fls. 43/44 do Recurso Ordinário n. 1031654 e 103/104 do Recurso Ordinário n. 1031650, opina pelo conhecimento e não provimento dos recursos.

É o relatório, no essencial.

**II – FUNDAMENTAÇÃO**

**Da admissibilidade**

A decisão exarada nos autos da Denúncia n. 838.509 ocorreu em 14/12/2017 e foi publicada no Diário Oficial de Contas do dia 09/01/2018, tendo a contagem de prazo iniciado em 22/01/2018, o que torna os recursos em análise tempestivos.

Sendo assim, considero preenchidos os requisitos do art. 328 do Regimento Interno e conheço de ambos os Recursos Ordinários.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Conheço.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

FICA ADMITIDO O RECURSO, COM AS SUSPEIÇÕES DOS CONSELHEIROS JOSÉ ALVES VIANA E GILBERTO DINIZ.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

**Mérito**

**I – Recurso Ordinário nº 1.031.650**

**I.1. Da contratação de trabalhadores em atividade-fim do DER/MG com intermediação de empresas de prestação de serviços**

O recorrente José Élcio Santos Monteze alegou que houve equívoco no acórdão recorrido ao reconhecer que ocorreu terceirização de atividade fim no DER/MG, à época em que era diretor-geral da autarquia.

Em síntese, argumentou que a contratação das várias obras e serviços era exercida por uma equipe denominada “Comissão Colegiada de Fiscalização”, integrada por servidores de carreira dos quadros próprios da autarquia e/ou servidores de recrutamento amplo para atividades de direção, chefia e assessoramento, em conformidade com a Constituição Federal. Frisou que detinha poderes para vetar pagamentos indevidos, bem como para fiscalizar a execução dos serviços. Alega, ainda, que essa situação tem respaldo legal nos artigos 10 e 67 da Lei 8666/93.

Entendo que o recorrente alegou os mesmos argumentos e documentos sustentadores da defesa apresentada nos autos da Denúncia nº 838.509 que culminou no acórdão ora recorrido.

A decisão recorrida foi prolatada em consonância com as conclusões do relatório de inspeção realizado pela Unidade Técnica na autarquia, conforme fls. 414-464 do processo original. Entendo que não há nenhum fato novo inserido nos autos do recurso ora analisado capaz de reposicionar o entendimento deste Tribunal sobre o tema em comento.

Saliento que em agosto de 2018, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 e o Recurso Extraordinário 958.252, com repercussão geral reconhecida. A Corte firmou posicionamento diverso ao entendimento da

Justiça do Trabalho, que por meio da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho posicionava-se contrariamente à terceirização de mão de obra de atividade-fim.

O julgamento do STF supramencionado resultou no Tema 725, cujo teor é o seguinte: *“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”*.

O entendimento do STF acerca do tema da terceirização, que culminou com a consagração do Tema 725, não abordou a terceirização na Administração Direta, Autarquias e Fundações. Peço vênha para a transcrição da ementa do voto, pois entendo importante para o deslinde do feito:

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

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

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

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

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

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

6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017, persiste o objeto da ação, entre outras razões porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta.

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

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

Destaco esse importante posicionamento do órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro, com vistas a apontar algumas questões importantes sobre o assunto da terceirização na Administração Pública, tema que é objeto central destes recursos ordinários sob minha relatoria.

Baseio-me em artigo publicado pelo ilustre professor Luciano Ferraz sobre a terceirização na Administração Pública Federal após o advento das decisões do Supremo Tribunal Federal. Ele sustenta que há necessidade de se distinguir a aplicabilidade mais abrangente da terceirização para empresas estatais do que em relação a órgãos e entidades da Administração Direta, autárquica e fundacional<sup>1</sup>.

Como dito acima, o referido estudo é direcionado para análise da estrutura administrativa da União, mas serve de base para a compreensão do tema da terceirização no âmbito da Administração Pública estadual também.

Sendo assim, destaco que a União editou o Decreto Federal 9.507/2018 estabelecendo pela primeira vez distinção entre o cabimento da terceirização no âmbito da Administração Direta, autárquica e fundacional e nas empresas estatais e subsidiárias. O art. 3º do referido diploma legal reza o seguinte:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”.

O referido autor destacou, ainda, as seguintes lições acerca do assunto:

**Como se vê, é fato que a regulamentação federal reconhece maior espectro de terceirização para as empresas da União se comparadas com órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional. Para estes últimos, continua praticamente incólume o critério de direcionamento da terceirização para as atividades-meio.** Para as empresas estatais e subsidiárias, o critério garantidor da higidez da terceirização para atividades permanentes — independente de se tratar de atividade-meio ou atividades-fim — reside fundamentalmente na não correspondência das funções exercidas pelo terceirizado com as atribuições inerentes aos respectivos planos de cargos e salários. O resto é perfumaria<sup>2</sup>... (Grifei.)

Este Tribunal foi provocado a responder consulta sobre o tema da terceirização de mão de obra no âmbito da Administração Pública (Consulta nº 1.024.677, sob relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão), cujo posicionamento, resumidamente, foi de que tal possibilidade é residual em relação à Administração Direta, Autárquica e Fundacional, sendo vedada em determinadas situações, diferentemente da aplicação em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista.

O entendimento que ficou consignado na referida consulta foi de que é possível a terceirização também na Administração Direta, Autarquias e Fundações, ressalvadas as atividades típicas do

---

<sup>1</sup> FERRAZ, Luciano. <https://www.conjur.com.br/2019-jan-31/interesse-publico-terceirizacao-administracao-publica-depois-decisoes-stf>

<sup>2</sup> Idem

Estado, bem como as que reflitam o seu poder de império, que não podem ser terceirizadas. Destaco que de acordo com as diretrizes do retro mencionado art. 3º do Decreto Federal nº 9.507/18, só podem ser terceirizadas as atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias dos serviços lá elencados e ressalvados os serviços referentes a atos de fiscalização e do poder de polícia.

O relatório de inspeção apontou contratações de trabalhadores em atividade fim da autarquia previstas na Lei 15.469/2005, conforme demonstrado nos “Quadros comparativos de atribuições de cargos do DER/MG com as funções dos profissionais terceirizados” (fls. 465/473 do apêndice da inspeção nos autos originais). Foi verificado que as atribuições indevidamente terceirizadas distribuíram-se entre as Diretorias de Projetos, de Infraestrutura Rodoviária, de Fiscalização e de Operações. Trago à baila importante trecho do acórdão recorrido, que não merece qualquer revisão neste ponto:

Segundo a unidade técnica (fls.977-995), o fato de existir na Lei de Licitações previsão de execução de obras e serviços de forma indireta ou por meio de terceiros, bem como haver na Lei Delegada Estadual n. 180/2011, previsão de execução indireta de atividades relativas a projetos, construção e manutenção de rodovias, não significa dizer que o DER/MG está desobrigado do cumprimento dos princípios basilares da Lei Maior, notadamente, o disposto no art. 37, caput, e inciso II, da CR/1988. E também porque essas normas, sob pena de inconstitucionalidade, referem-se às atividades auxiliares, acessórias ou complementares, e não às atividades finalísticas do ente público, muito menos se integrantes da carreira da autarquia contratante, como in casu. A Constituição Estadual de 1989, reproduzindo os dispositivos da Carta Magna, disciplina a atividade administrativa permanente, nos seguintes termos:

Art. 20 - A atividade administrativa permanente é exercida:

I - na administração direta de qualquer dos Poderes, por servidor público ocupante de cargo público em caráter efetivo ou em comissão, por empregado público detentor de emprego público ou designado para função de confiança ou por detentor de função pública, na forma do regime jurídico previsto em lei;

II – nas autarquias e fundações públicas, por servidor público ocupante de cargo público em caráter efetivo ou em comissão, por empregado público detentor de emprego público ou designado para função de confiança ou por detentor de função pública, na forma do regime jurídico previsto em lei; [...]

Art. 21 – Os cargos, funções e empregos públicos são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.

§ 1º - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

§ 2º - O prazo de validade do concurso público é de até dois anos, prorrogável, uma vez, por igual período.

§ 3º - Durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, o aprovado em concurso público será convocado, observada a ordem de classificação, com prioridade sobre novos concursados, para assumir o cargo ou emprego na carreira. § 4º - A inobservância do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo implica nulidade do ato e punição da autoridade responsável, nos termos da lei. (Grifei).

De igual forma, os arts. 2º e 3º da Lei Estadual n. 10.2542, de 20/07/1990, que instituiu o regime jurídico único do servidor público civil do Estado de Minas Gerais, dispôs expressamente, que o exercício da atividade administrativa permanente deve ser feito exclusivamente por servidor ocupante de cargo público (efetivo ou em comissão) da

administração pública direta e indireta. Observo do Quadro 1 – Anexo ao Relatório de Inspeção, fls. 465-473, que **as funções executadas pelos “prestadores de serviços”, na área de Engenharia (Civil, Agrimensura, Ambiental, Florestal, Rodoviária, etc), são diretamente relacionadas com as atribuições dos cargos efetivos pertencentes ao quadro de pessoal do DER/MG, em suma, planejamento, desenvolvimento, supervisão, fiscalização e execução de atividades inerentes às diversas áreas de atuação da engenharia, com o objetivo da consecução de planos e programas rodoviários, bem como de projetos, construção, melhoramento, restauração e conservação de estradas, obras de arte, edificações, aeroportos, meio ambiente e operação de via.** Como bem pontuado pelo membro do Parquet (fl.1004v), a contratação indireta de trabalhadores, da forma como foi realizada, seria possível em caso de atividades auxiliares, acessórias ou complementares, e não, em atividades ligadas às atividades fim do órgão, como ocorreu no presente caso. Afinal, as atividades fim devem ser exercidas por pessoas devidamente investidas no cargo público, condição que tem como pressuposto, salvo motivação, a aprovação no respectivo concurso público, nos termos do art. 37, caput, e inciso II, da Constituição Federal de 1988 – CF/88.

Restou, portanto, evidenciado nos autos a prática da terceirização de atividade-fim, em violação aos princípios constitucionais e legais, por isso, rechaçada por este Tribunal, que já sedimentou entendimento acerca da matéria, na Consulta n. 442.370.

O recorrente protocolizou o recurso, ora sob análise, antes da decisão do STF acerca do tema da terceirização. Como já demonstrei acima, o entendimento da Corte de que a terceirização pode ocorrer em relação à atividade fim aplica-se à Administração Direta, autarquias e fundações, contudo, tal possibilidade é bem menos abrangente do que em relação às empresas públicas e sociedade de economia mista.

Com o advento do mencionado Decreto nº 9507/2018 foram estabelecidas as balizas para a aplicação de terceirização de atividade fim no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, especificamente, no art. 3º já transcrito acima. No caso em tela, o trecho do acórdão recorrido que destaquei acima, em negrito, demonstrou que as atividades terceirizadas eram de supervisão, fiscalização e controle na autarquia em comento, situação incompatível com as possibilidades previstas no referido art. 3º do decreto em destaque, o qual entendo que serve de parâmetro para posicionamentos sobre o tema na esfera estadual, conforme fundamentação da referida Consulta respondida por este Tribunal abordando o assunto.

Realço esses pontos para externar que não cabe qualquer reparo ao acórdão recorrido, ao julgar irregular a terceirização de atividade fim no DER/MG no que tange, especificamente, ao caso em tela.

## **I.2. Prestação de serviços por empregados da empresa Minas Gerais Administração e Serviços S/A (MGS) em atividades previstas na estrutura da carreira do DER/MG**

Em inspeção realizada pela 2ª Coordenadoria de Fiscalização Estadual, conforme relatório anexado aos autos do processo original, fls. 444/446, houve a constatação de que a empresa MGS prestava serviços de apoio operacional e administrativo ao DER/MG no período inspecionado (2008 a 2012).

Durante a referida inspeção, a Unidade Técnica constatou a terceirização na autarquia de atividades inerentes ao cargo de auxiliar de obras públicas (AUTOP), porém o ingresso no referido cargo foi vedado a partir do advento da Lei 15.469/2005. Em sua defesa, o recorrente alegou que as contratações para as atividades inerentes a tal cargo foram regulares e houve o acatamento de tal alegação na decisão recorrida.

Contudo, o acórdão atacado considerou irregulares os contratos firmados pela autarquia com a MGS referentes à terceirização de atividades coincidentes com as atribuições do cargo de

agente de transportes e obras públicas (AGTOP). De acordo com o mencionado relatório da Unidade Técnica, as funções de auxiliar de serviço especializado, motorista e técnico em informática identificam-se com as que também estão previstas para o referido cargo efetivo de AGTOP, sendo, indubitavelmente, um procedimento contrário ao texto constitucional, em seu art. 37, II, que trata do princípio do concurso público. As alegações do recorrente de que tais atividades não são finalísticas e, sim, atividades-meio da autarquia não podem ser acolhidas, pois não é permitida a terceirização em instituições públicas, em nenhuma escala, quando as funções desempenhadas deveriam ser realizadas por servidores ocupantes de cargo efetivo.

O recorrente argumenta que não deveria ter ocorrido uma análise sobre a similitude das atividades desenvolvidas pelos terceirizados e as funções desempenhadas pelos ocupantes de cargos efetivos, mas uma interpretação histórica procedendo-se a uma análise da tramitação do projeto de lei que deu origem ao diploma legal responsável pela descrição dos cargos e suas especificidades no DER/MG.

Entendo que a técnica de hermenêutica de análise histórica do projeto que origina determinada lei não é aplicável ao caso em destaque. Nesse sentido, é muito válida a lição do Ministro Luís Roberto Barroso sobre o tema, que coincide exatamente com o meu entendimento:

No elenco de elementos de interpretação, os de caráter objetivo, como o sistemático e o teleológico, têm preferência sobre os de índole subjetiva, como o histórico. A análise histórica desempenha um papel secundário, suplementar na revelação do sentido da norma. Apesar de desfrutar de certa reputação nos países do *common law*, o fato é que na tradição romano-germânica os trabalhos legislativos e a intenção do legislador – conteúdos primários da interpretação histórica-, sem serem irrelevantes, não são, todavia, decisivos na fixação de sentido das normas jurídicas. À medida que a Constituição e as leis distanciam da conjuntura histórica em que foram promulgadas, a vontade subjetiva do legislador (*mens legislatoris*) vai sendo substituída por um sentido autônomo e objetivo da norma (*mens legis*), que dá lugar, inclusive, à construção jurídica e à interpretação evolutiva<sup>3</sup>.

Destaco que o acórdão recorrido acompanhou o posicionamento da Unidade Técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em relação ao ponto ora sob análise e não merece nenhum reparo, bem como entendo que o recorrente não apresentou elementos novos capazes de alterar a decisão anteriormente adotada. Segue trecho do referido acórdão:

A equipe de inspeção relatou, às fls. 444-446, a existência de empregados da MGS que prestavam serviços ao DER/MG, nas funções de Artífice, Auxiliar de Mecânico, Auxiliar de Serviços, Brochurista Gráfico, Copeiro, Recepcionista e de Telefonista, as quais são idênticas ou similares às atribuições do cargo de Auxiliar de Transportes e Obras Públicas (AUTOP) e, da mesma forma, nas funções de Auxiliar de Serviço Especializado, Motorista e Técnico em Informática, similares com as atribuições do cargo de Agente de Transportes e Obras Públicas (AGTOP). Instado a se manifestar, o Sr. José Elcio Santos Monteze, Diretor Geral do DER/MG, às fls. 499-514, sustenta que o cargo de Auxiliar de Transportes e Obras Públicas (AUTOP) e várias das funções dos Agentes de Transportes e Obras Públicas (AGTOP) são atribuições inerentes a área-meio do Estado, admissíveis de terceirização. Argumenta que somente os cargos de Fiscal e Fiscal Assistente de Transportes e Obras Rodoviários possuem natureza de atividade exclusiva de Estado, citando o disposto no §2º da Lei Estadual n. 15.469/2005. Discorreu sobre a legislação vigente no âmbito federal, notadamente o disposto nos §§1º e 2º do Decreto Federal n.2.271/2007, que admitiu a contratação indireta quando se tratar de cargo extinto, total ou

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Sarvaiva, 2009, p. 292

parcialmente, no âmbito do quadro de pessoal, e que à míngua de dispositivo de igual teor, deve ser entendido que se aplica ao Estado de Minas Gerais. Argumentou, ainda, que, segundo o art. 11, da Lei n.15.469/2005, não haverá ingresso na carreira de Auxiliar de Transportes e Obras Públicas, podendo tal cargo ser considerado parcialmente extinto. Com relação a este tópico, acompanho na íntegra os posicionamentos do Órgão Técnico (fls.984-986) e da douta Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (fls. 1.004v-1.005), segundo os quais restou justificado que a autarquia terceirizasse as atividades inerentes ao cargo de Auxiliar de Transportes e Obras Públicas (AUTOP), pois, os contratos que originaram o exercício de funções pelos empregados da MGS, inerentes às atribuições desse cargo, foram firmados posteriormente à vigência da Lei n.15.469/2005, que vedou o ingresso na carreira do referido cargo; e, principalmente, por se tratar de atividade meio. Situação diversa, contudo, foi verificada no cargo de Agente de Transportes e Obras Públicas (AGTOP), uma vez que tal cargo não foi extinto, e também, porque o fato alegado pela defesa de que os empregados da MGS prestam serviço à PRODEMGE, e não ao DER, não altera a ilicitude da terceirização, por meio de empresa interposta, sendo irrelevante a identidade das pessoas que executa, em razão da exigência constitucional do concurso público, como bem apontou a unidade técnica. Assim, quanto a esse ponto, não procedem os argumentos da defesa, visto que o responsável não trouxe aos autos elementos suficientes para desconstituí-lo. Portanto, acolho parcialmente a defesa, e mantenho a irregularidade quanto ao cargo de AGTOP, discriminada no item 2, do Quadro E, à fl.463, de responsabilidade do Diretor Geral, José Elcio Santos Monteze.

Em apertada síntese, posiciono-me no sentido de que os contratos de terceirização firmados entre o DER/MG e a MGS foram regulares em relação às atividades desenvolvidas em substituição às atribuições do cargo de auxiliar de transportes e obras públicas (AUTOP), mas foram irregulares no que tange às contratações que coincidiram com funções estabelecidas para o cargo de agente de transportes e obras públicas (AGTOP), exatamente nos termos do trecho do acórdão retro transcrito. O recorrente não trouxe inovação que possibilite qualquer alteração do entendimento já firmado pela Segunda Câmara deste Tribunal.

### **I.3. Das terceirizações em atividades exclusivas do Estado**

Em consonância com o disposto no § 2º do art. 4º da Lei Estadual 15.469/2005, as atribuições dos cargos das carreiras de fiscal assistente de transportes e obras rodoviários e de fiscal de transportes e obras rodoviários têm natureza de atividade exclusiva do Estado.

Segundo o recorrente, as atividades de fiscalização realizadas pela autarquia são de responsabilidade singular dos servidores da entidade. Alega, ainda, que, durante sua gestão como diretor-geral do DER/MG, houve contratações de profissionais para mero apoio a tais atividades em consonância com o disposto no art. 9º da Lei 8.666/93.

Diferentemente do alegado pelo recorrente, a equipe de inspeção deste Tribunal constatou a existência de profissionais de empresas terceirizadas exercendo atividades atribuídas para os referidos cargos de fiscais, conforme relatório de inspeção nos autos originais, à fl. 457.

Destaco que as alegações apresentadas pelo recorrente em sua defesa são idênticas à defesa anexada aos autos do processo original e não houve seu acatamento pelo acórdão atacado, conforme o trecho abaixo:

As justificativas não procedem. O art.13 da Lei 8.666/1993 conjugado com o art.25, inciso II do mesmo diploma legal, trata de contratação direta por inexigibilidade de licitação, mediante observância dos requisitos legais, para serviços técnicos profissionais especializados. E essa situação de singularidade e especialidade dos serviços não se encontra caracterizada nas contratações informadas no relatório de inspeção. Aliás, esses contratos são oriundos de processo licitatório na modalidade Tomada de Preços (fls.94, 104 e 153), para execução de serviços inerentes ao cargo de Fiscal de Transportes e Obras

Rodoviários (FTOR), cuja natureza é finalística e contínua, conforme Quadros 1, 2 e 3 (fls.465, 467 e 469), representando burla ao concurso público.

Compreendo que o acórdão recorrido não deve ser revisto neste ponto também, haja vista a ausência de exposição de argumentos novos por parte do recorrente com possibilidade de alterar o entendimento firmado na decisão proferida pela Segunda Câmara deste Tribunal.

#### **I.4. Distorção do conceito de consultoria nos orçamentos sintéticos elaborados pelo DER/MG relativos aos contratos 22.122/2009, 22.005/2011 e 22.016/2011**

O relatório de inspeção realizada pela Unidade Técnica deste Tribunal no DER/MG, conforme os autos do processo original, fls. 457/458, constatou que os contratos 22.122/2009, 22.005/2011 e 22.016/2011 firmados pela Diretoria de Operações apresentaram valores expressivos para atividades de “consultoria”. Ao se manifestar sobre tal apontamento, a autarquia informou a este Tribunal que se tratava da execução de serviços necessários ao cumprimento das metas do Programa de Recuperação e Manutenção Rodoviária de Minas Gerais – PROMG.

A equipe de inspeção relatou que a contratação de serviços de consultoria deve seguir de forma rigorosa os ditames da Lei de Licitações, em especial o disposto no art. 13, I c/c art. 25, II. Destacou que o diploma legal em apreço só permite tais serviços para o desempenho de atividades de natureza singular ou incomum, o que não se constatou nos contratos retro mencionados sob a rubrica de “consultoria”.

Em relação a esse ponto, o recorrente discorreu em suas razões recursais sobre os principais objetivos do PROMG, bem como argumentou que os contratos em destaque tinham por objeto a execução de obras de recuperação e manutenção rodoviárias e não a locação de mão de obra. Alegou, ainda, que as irregularidades detectadas pelos técnicos deste Tribunal ocorrem em praticamente todos os contratos firmados pelo DER/MG, uma vez que os serviços são agrupados por grandes itens para fins de reajustamento das medições da autarquia, de acordo com critérios estabelecidos pelo Departamento Nacional de Infraestrutura Terrestre - DNIT.

O recorrente defende que nem todos os serviços incluídos no item de consultoria constante nos contratos em apreço se referem à locação de mão de obra para a autarquia e que a base legal foi o art. 7º da Lei 8666/93.

Entendo que o recorrente não apresentou argumentos ou documentos novos capazes de sustentar uma mudança do posicionamento adotado no acórdão recorrido. De acordo com o art. 25 da citada Lei 8666/93, a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços de consultoria é aplicável, tão somente, para serviços de notória especialização ou de natureza singular, sendo que os mencionados contratos tratavam de serviços comuns e rotineiros.

Sendo assim, o acórdão atacado não deve ser revisto em relação ao tema em exame, haja vista que o recorrente não manifestou alegações diferentes da defesa juntada aos autos originais, motivo pelo qual mantenho a irregularidade apontada, conforme entendimento também da Unidade Técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

#### **I.5. Inobservância do §1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal**

A Lei Complementar Federal 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, contém orientações sobre despesas de terceirização. Cabe mencionar especialmente o §1º do art. 18 que estabelece o seguinte:

“Art. 18 ....

§ 1º- Os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos são contabilizados como ‘Outras Despesas de Pessoal’”.

De acordo com o relatório de inspeção anexado aos autos originais, fls. 453/454, o referido dispositivo tem por escopo coibir terceirizações ilegais, ao determinar a forma de contabilização de gastos com terceirização de mão de obra e facilitar a atuação dos órgãos de controle e fiscalização.

A equipe de inspeção constatou a execução de atividades terceirizadas no DER/MG lançadas pela autarquia como “Outras Despesas Correntes”, “Investimentos”, “Locação de Serviços e Conservação e Limpeza” quando, certamente, deveriam ter sido contabilizadas como “Outras Despesas Correntes”, em atendimento à determinação legal acima transcrita.

O recorrente alega que o “elemento despesa” do Contrato PRC 29.080/08 está correto e argumenta que este Tribunal firmou o contrato 028/2017 com a MGS tendo constado a dotação orçamentária como “Locação de Serviços de apoio administrativo”. Negou, ainda, a existência de subordinação jurídica entre a autarquia e os empregados da MGS.

Entendo que mais uma vez não assiste razão ao recorrente. Corroboro do mesmo entendimento manifestado pela Unidade Técnica, fl. 98, de que diferentemente do citado contrato firmado pelo TCEMG com a MGS, ficou demonstrado pela equipe inspetora, em relação aos tópicos anteriores, a permanência de irregularidades na terceirização em atividades afetas aos serviços públicos da autarquia. Destaco, ainda, que restou demonstrado existência, sim, de subordinação e pessoalidade entre empregados da MGS e o DER/MG, conforme trechos do posicionamento adotado no acórdão recorrido de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila:

Destaco o entendimento desta Corte, exarado na Consulta 783098/20106, de que a terceirização em atividades afetas aos servidores públicos, são consideradas ilícitas, obrigando-se o cômputo dessas despesas como “outras despesas de pessoal”. Saliento a constatação da existência de subordinação e pessoalidade entre empregados da MGS com o DER, apontado no relatório de inspeção (fls.456-457) e informado no parecer ministerial (fl.1006), caracterizando a ocorrência de terceirização ilícita. In casu, ficou demonstrado no “Quadro II – Dotação Orçamentária – Período 2008 a 2012, fls. 371-379, 380-390, 391-394, que esses serviços foram contabilizados em outros grupos de despesas (“Investimentos”; “Outras Despesas Correntes” e “Locação de serviços de conservação e limpeza”), o que contraria o disposto no §1º do Art. 18, da LRF. Diante do exposto, não procede a defesa, subsistindo a irregularidade contida no Item 3.7 do relatório de inspeção, fls.453-457, sintetizada no Item 4 do “Quadro E”, fl. 463, em relação aos contratos citados nos Quadros 1, 2, 3, 4 e 5, fls. 465-475, exceto os contratos relativos aos serviços inerentes ao cargo de AUTOP, contratados juntos à MGS (contratos discriminados à fl.474, Quadro 5), tendo em vista o reconhecimento da licitude dessas contratações. A responsabilidade é do Sr. José Élcio Santos Monteze.

Em síntese, compreendo que o acórdão atacado não requer nenhum reparo no que tange ao ponto sob análise, tendo em vista a constatação e permanência da irregularidade apontada no relatório de inspeção do processo original, não tendo o recorrente apresentado elementos novos capazes de promover a reforma da decisão recorrida.

#### **I.6. Do arquivamento, por parte da Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região e pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais de denúncias idênticas à Denúncia que tramita perante essa egrégia Corte de Contas**

Na peça recursal, o recorrente informa que o Sindicato dos Trabalhadores do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas – SINTDER, responsável pela Denúncia distribuída

a este Tribunal, também apresentou denúncias idênticas à Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região e ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Segundo o recorrente, o Ministério Público do Trabalho encaminhou a peça de denúncia que recebeu para o Ministério Público Estadual e o assunto foi submetido à análise da 17ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Belo Horizonte.

Destacou, também, que em julho de 2014, a referida 17ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público promoveu o arquivamento de Inquérito Civil Público sobre a denúncia apresentada pelo SINTDER.

Pois bem, cabe ressaltar inicialmente que as competências e atribuições exercidas pelos Tribunais de Contas objetivam o controle e a fiscalização da utilização dos recursos públicos federais, estaduais e municipais, em todas as esferas de poder – Executivo, Judiciário e Legislativo, bem como qualquer outra pessoa física ou jurídica que administre recursos públicos (art. 70 e respectivo parágrafo único da CR/88).

A previsão constitucional encontra-se no artigo 71, da CR/88, que enumera suas atribuições, conforme se segue:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. (BRASIL, 1988).

Em que pese o fato de a própria Constituição da República dispor que o controle externo será exercido pelo Congresso Nacional (e por simetria pelas Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais), com o auxílio dos tribunais de contas (da União, dos Estados e dos Municípios), entendo que, em virtude da pormenorização das atribuições e competências (inclusive em relação a julgamento de contas de gestão), tais órgãos não estão subordinados ao Poder Legislativo, ou seja, “o Tribunal não é preposto do Legislativo”.

Canotilho assevera que o Tribunal de Contas é um “órgão constitucional de soberania”<sup>4</sup>, ou um órgão com “dignidade constitucional formal” (op. cit., p. 658). Ou, ainda, “órgão especial de destaque constitucional” independente<sup>5</sup>, que, pela própria disciplina constitucional, assume caráter “*sui generis*, posto de permeio entre os poderes políticos da Nação, o Legislativo e o Executivo, sem sujeição, porém, a qualquer deles”<sup>6</sup>.

O Supremo Tribunal Federal entende que

[...] com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891, foram investidos de poderes mais amplos, que ensejam, agora, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta.

[...]

Nesse contexto, o regime de controle externo, institucionalizado pelo novo ordenamento constitucional, propicia, em função da própria competência fiscalizadora outorgada ao Tribunal de Contas da União, o exercício, por esse órgão estatal, de todos os poderes que se revelem inerentes e necessários à plena consecução dos fins que lhe foram cometidos. (BRASIL, STF, MS n. 21466, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 06/05/1994).

A atuação do Tribunal de Contas na função fiscalizatória, insculpida no artigo 70 da CR/88, não se restringe aos critérios da legalidade, legitimidade e economicidade, devem ser observados, ainda, os princípios constitucionais (orçamentários, inclusive) constantes no artigo 37, que tratam da Administração Pública, uma vez que “*os Tribunais de Contas tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância na Administração Pública e no comportamento de seus agentes, com especial ênfase para os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade.*” (BRASIL, STF. Suspensão de Segurança 1.308-9/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, Seção I, out. 1998, p. 26).

Todavia, um dos temas mais controversos sobre as Cortes de Contas se refere à possibilidade de revisão de suas decisões, *in totum*, pelo Poder Judiciário, uma vez o Brasil é regido pelo sistema de jurisdição única com fulcro no artigo 5º, inciso XXXV, da CR/88, ou seja, “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Na oportunidade, é importante estabelecer a conceituação de “jurisdição”:

Em sentido lato, jurisdição quer significar todo poder ou autoridade conferida à pessoa, em virtude da qual pode conhecer de certos negócios públicos e os resolver. E neste poder, em que se estabelece a medida das atividades funcionais da pessoa, seja juiz ou autoridade de outra espécie, estão incluídas não somente as atribuições relativas à matéria que deve ser

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 540-550

<sup>5</sup> PARDINI, Frederico. Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional. 1997. 464p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 159

<sup>6</sup> CASTRO NUNES, Teoria e prática do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943. p. 25

trazida a seu conhecimento, mas ainda a extensão territorial, em que o mesmo poder se exercita. (SILVA, 1999, p. 466).

Contudo, em que pese esse “monopólio” do Poder Judiciário, a própria Constituição expressamente admite exceções nesta concepção unívoca de atuação, direcionando a competência de apreciação de temas específicos a determinados órgãos.

Apresentam-se alguns exemplos dessas excepcionalidades na Constituição:

CR/88.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

[...]

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade. (BRASIL, 1988).

E, em relação aos Tribunais de Contas, há mais uma exceção:

CR/88

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[...]

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário. (BRASIL, 1988).

A norma constitucional, acima, erija um importante tema que merece ser analisado, a “jurisdição” fora dos limites do Poder Judiciário. O Tribunal de Contas é conhecido por uma jurisdição *sui generis*: só ele detém essa espécie de “jurisdição”, que se afasta da comum, de responsabilidade dos órgãos judiciários.

Sobre a atividade judicante do tribunal de contas pode-se asseverar:

[...] o exercício do poder judicante pressupõe um órgão que produz a coisa julgada material e tenha poder coercitivo. Tais características são encontradas nas decisões das Cortes de Contas, exercendo, assim, o Poder Jurisdicional, visto que a CF/88 contém a inscrição positivada de que tais órgãos julgam contas, impondo a sua autonomia sem submissão ao

Poder Judiciário, que não pode reformar a decisão prolatada, mas tão-somente anulá-la pela existência de algum vício formal.<sup>7</sup>

Bruno Wilhelm Speck<sup>8</sup> também destaca a importância do julgamento de contas exercido pelos tribunais de contas, como se segue:

Mas a importância da função de julgar as contas dos administradores vai além dessa longa tradição e do amparo constitucional. Desde a abolição da fiscalização prévia através do registro das despesas, o julgamento das contas tornou-se a função central do Tribunal de Contas. A apreciação das contas prestadas pelos administradores de recursos públicos é considerada a atividade-chave do Tribunal de Contas em relação a três aspectos. Primeiro, o julgamento de contas tem um papel central na estrutura processual do Tribunal de Contas, pois segue sequência análoga a um processo judicial – passando por uma fase inicial, a partir da própria prestação de contas pela entidade; por uma etapa de instrução, por iniciativa do Tribunal, caso este considere necessárias informações suplementares; por uma fase de confrontação com os argumentos dos responsáveis, para garantir o princípio do contraditório e da ampla defesa; e, finalmente, por um julgamento por uma instância independente, sendo que esse processo poderá se repetir parcialmente a partir da possibilidade de revisão dos processos por instância separada. Essa estrutura processual, baseada no princípio do contraditório, conduz os processos de prestação de contas a uma decisão conclusiva a respeito da aprovação ou reprovação do comportamento dos administradores em questão. [...] (SPECK, 2000, p.85).

Apesar da previsão de competência dos Tribunais de Contas para “julgar contas”, reitera-se tratar-se de uma jurisdição “sui generis”, pois “ao judiciário cabe apenas o *patrulhamento das fronteiras da legalidade*, vedado o exame quanto à conveniência e oportunidade”<sup>9</sup>.

Jacoby Fernandes aduz ainda:

Julgar é apreciar o mérito e, portanto, mesmo que a Constituição não utilizasse expressamente o termo “julgar”, ainda assim, uma decisão dessa Corte seria impenetrável para o Poder Judiciário. Se a maculasse manifesta ilegalidade, como qualquer sentença, poderia até ser cassada por meio de mandado de segurança, mas nunca, jamais, poderia se permitir ao magistrado substituir-se nesse julgamento de mérito. O juiz também deve conter sua atuação nos limites da lei e, foi a Lei Maior que deu a competência para julgar contas a uma Corte, devidamente instrumentalizada e tecnicamente especializada. (JACOBY FERNANDES, 2012. p. 150).

Nesta esteira, o Poder Judiciário não poderá adentrar nos fundamentos que incidiram em determinada decisão proferida pelo Tribunal de Contas “*eis que limitado ao controle da legalidade, sob pena de ofender o princípio da separação dos poderes*”. (TJMG, Apelação Cível n. 1.0592.06.006422-3/001 – Comarca de Santa Rita de Caldas - Relatora: Sra. Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto - DJ 24/02/2011).

De igual modo o Pretório Excelso apresenta a seguinte decisão:

O modelo federal, extensivo aos Estados e Municípios institui, ao que se vê, duas hipóteses; a primeira, inciso I, do art. 71, é a do Tribunal de Contas agindo autenticamente como órgão

<sup>7</sup> CASTARDO, Hamilton Fernando. O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro. Campinas, São Paulo: Millennium, 2007, p. 115.

<sup>8</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000

<sup>9</sup> JACOBY FERNANDES, JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 3. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 147

auxiliar do Poder Legislativo; aprecia as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Executivo, mediante parecer prévio que será submetido ao julgamento político do Poder Legislativo, podendo ser recusado; na segunda hipótese, inscrita no inc. II do art. 71, o Tribunal de Contas **exerce jurisdição privativa**, não estando suas decisões sujeitas à apreciação do Legislativo. Cabe-lhe, na hipótese do inc. II, do art. 71, **julgar as contas** dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. (Supremo Tribunal Federal, RE n. 132.747, DJU 07/12/95). (Grifos nossos).

*Mutatis mutandis*, tem-se a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da existência de poderes implícitos aos Tribunais de Contas para atingir as finalidades relacionadas com sua existência orgânica:

[...] a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. **Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCulloch v. Maryland (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.** (BRASIL, STF, MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 19-11-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004).

Nesta mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o tema da incompetência do Poder Judiciário para revisão de decisões dos Tribunais de Contas em relação ao exame das contas públicas de entes da federação (Superior Tribunal de Justiça. ROMS n. 12.487/GO – 1ª Turma. Relator Min. Francisco Falcão. Diário de Justiça da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º out. 2001).

Portanto, o Tribunal de Contas pode (e deve) efetuar a fiscalização e o controle da dos recursos públicos independentemente da apreciação pelo Poder Judiciário.

Nossa Corte de Contas já teve oportunidade de se manifestar a respeito:

Por isso, creio profundamente na possibilidade da conciliação de competências entre as instâncias; do contrário, referindo-me ao que nos interessa nesta assentada, deveríamos nos perguntar qual seria a necessidade da manutenção de todo o sistema de Controle Externo, constitucionalmente previsto nos arts. 70 a 75 da Constituição da República.

Registro, a título de exemplo, que, na consideração dessa conciliação de competências entre as instâncias, não se afigura razoável entender que a extinção do feito no juízo criminal, pela ocorrência de prescrição ou decadência, impediria a análise dos atos glosados, sob a óptica do Controle Externo. *A uma*, pela constatação de que o que prescreveu ou decaiu foi a possibilidade de mover ação penal em desfavor do agente público alegadamente responsável pelo fato típico. *A duas*, pela necessidade de verificação da existência de dano ao erário, cuja ação de ressarcimento é constitucionalmente imune à prescrição e à decadência. *A três*, pela possibilidade de aferição de ocorrência de ato irregular, que pode ter, ou não, correspondência na dimensão judicial penal, por força da atipicidade que caracteriza o regime das irregularidades constatadas na apreciação da legalidade das despesas públicas e dos atos administrativos.

Também não é o caso de supor que a instância judicial sempre prevalecerá, especialmente quando se tratar da competência atribuída ao Tribunal de Contas para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, bem como

daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, consoante prescreve o inciso II do art. 71 da Constituição da República.

Nesse particular, o Ministro Carlos Ayres Britto, com propriedade, pontifica que “*O Tribunal de Contas tal como o Poder Judiciário julga. E naquela matéria de sua competência o mérito não pode ser revisto pelo Poder Judiciário*”.

Assim, não obstante a possibilidade regimental do sobrestamento, este não pode ser realizado de forma irrestrita, sem a ponderação específica da questão que está sob o crivo do Poder Judiciário.

Devo salientar que não ignoro as condições em que a decisão judicial tenha o poder de afastar a imposição de pena na dimensão administrativa. Insisto apenas em afirmar que o art. 171 do Regimento Interno deve ser aplicado restritivamente, com a devida cautela, de forma a impedir qualquer prejuízo às competências atribuídas a esta Corte de Contas.

Nessa toada, a Carta Mineira estatui:

Art. 76. O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, ao qual compete:

[...]

XIV – examinar a legalidade de ato dos procedimentos licitatórios, de modo especial dos editais, das atas de julgamento e dos contratos celebrados;

[...]

Art. 82. Qualquer cidadão, partido político, associação legalmente constituída ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidade ou ilegalidade de ato de agente público.

Parágrafo único. A denúncia poderá ser feita, em qualquer caso, à Assembléia Legislativa, ou, sobre assunto da respectiva competência, ao Ministério Público ou ao Tribunal de Contas.

É incontroversa, portanto, a competência desta Corte de Contas para apreciar a representação *sub examine*, que versa sobre aduzidas ilegalidades na contratação da AGS Consultoria Assessoria e Serviços Contábeis Ltda. pela Câmara Municipal de Visconde do Rio Branco, por haver indícios de desvio de dinheiro público.

A esse respeito, saliento que a Ação Criminal nº 0004983-86.2017.8.13.0720 proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais ainda não foi julgada pelo Poder Judiciário, conforme informação contida no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça.

Nessa esteira, rigorosamente, a matéria analisada nesta representação cinge-se ao exame de possíveis irregularidades nos procedimentos licitatórios que deram origem aos contratos celebrados, nos exercícios de 2008, 2010 e 2013, entre a Câmara Municipal de Visconde do Rio Branco e a AGS Consultoria Assessoria e Serviços Contábeis Ltda., sendo que até esta data não houve análise técnica da documentação encaminhada pelo Juízo da Comarca de Visconde do Rio Branco.

A ação judicial tem como objeto denúncia apresentada pelo Ministério Público Estadual em razão de pagamento de diárias e pagamentos realizados em decorrência de contratos celebrados nos exercícios de 2008, 2010 e 2013 entre a Câmara Municipal de Visconde do Rio Branco e a AGS Consultoria Assessoria e Serviços Contábeis Ltda., ao passo que a representação em exame versa sobre possíveis irregularidades nas licitações que deram origem às contratações.

Na verdade, a MM. Juíza de Direito da Comarca de Visconde do Rio Branco, Danielle Rodrigues Marota Teixeira, encaminhou ao Tribunal solicitação protocolizada sob o nº 2217510/2017, fl. 01, “objetivando a análise técnica das licitações e contratações apontadas no presente feito, inclusive no tocante aos membros das comissões de licitação e terceiras pessoas”, que foi recebida pelo Presidente, como representação, em 20/6/2017, fl. 1393.

Destarte, mesmo que tenha sido recebida a denúncia pelo Poder Judiciário para apuração de possível prática do crime descrito no art. 312 do Código Penal, ainda pendente de julgamento, entendo que os autos desta representação não devem ser sobrestados, porquanto a decisão de mérito afeta a este Tribunal de Contas não depende da solução do processo judicial.

Ante todo o exposto, considerando que a representação versa sobre possíveis irregularidades nas licitações que originaram os contratos celebrados entre a Câmara Municipal de Visconde do Rio Branco e a AGS Consultoria Assessoria e Serviços Contábeis Ltda., diferentemente do Relator, entendo não configurada quaisquer das hipóteses insertas no art. 171 regimental, pelo que não vislumbro óbice à continuidade da tramitação do feito neste Tribunal de Contas. **(Voto-vista do Conselheiro Gilberto Diniz - Representação n. 1013280 – Segunda Câmara – 08/03/2018 – Relator Conselheiro José Alves Viana).**

Sendo assim, despicando alongar mais sobre esse ponto, haja vista o reconhecimento pelo próprio recorrente de que este Tribunal atua com independência funcional e não está atrelado aos entendimentos adotados por outras instituições e órgãos da Administração Pública.

Alega, ainda, o recorrente que foi devidamente cumprido acordo celebrado com o Ministério Público Estadual para nomeação de todos os candidatos aprovados no concurso objeto do Edital 01/2008, inclusive os classificados em vagas remanescentes.

No caso em tela, ressalto que a equipe de inspeção constatou que o DER/MG nomeou sim todos os candidatos dentro do número de vagas previstas no referido edital. Contudo, detectou, também, conforme fl. 436 do processo original, que mesmo com as referidas nomeações, permaneceu expressivo número de cargos vagos não preenchidos por desinteresse de candidatos aprovados para os cargos previstos no certame.

Para todas as vagas não preenchidas por falta de interesse dos aprovados, havia candidatos aprovados como excedentes não nomeados, em número suficiente para suprir as remanescentes. A única exceção encontrada foi para o cargo de FTOR – Região II (engenheiro civil).

O Edital 01/2008 referente ao concurso em comento teve a vigência inicial de dois anos prorrogada por igual período. Entendo, em conformidade com o relatório de inspeção, que existindo candidatos aprovados para esses mesmos cargos, ainda que na condição de excedentes, transfere-se a eles o direito subjetivo à nomeação. Trago à baila excertos de decisões do Supremo Tribunal Federal na mesma linha de raciocínio:

O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior. Precedentes. **(RE 916.425 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 28-6-2016, DJE 166 de 9-8-2016)**

A contratação precária mediante terceirização de serviço configura preterição na ordem de nomeação de aprovados em concurso público vigente, ainda que fora do número de vagas previstas no edital, quando referida contratação tiver como finalidade o preenchimento de cargos efetivos vagos **(SS 5.026 AgRg, Pleno, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 07.10.2015, DJE 29.10.2015).**

Ressalto que em relação a esse ponto, as razões recursais se restringiram a frisar que o posicionamento do Ministério Público Estadual foi diferente do adotado por este Tribunal, argumento não acatado por mim pelos motivos já expostos acima.

#### **I.7. Da eventualidade da redução do valor da multa aplicada ao recorrente**

O recorrente pleiteia a redução da multa que lhe foi imposta por este Tribunal, sob a alegação de que houve desproporcionalidade no cálculo do valor aplicado.

Entendo que a multa aplicada está em consonância com as irregularidades que foram constatadas e ressalto a ausência da apresentação de elementos por parte do recorrente que justifiquem a redução requerida.

A multa determinou o pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sendo que o acórdão recorrido detalhou o valor a ser recolhido em relação a cada irregularidade apurada, conforme excerto abaixo:

À vista das ilicitudes configuradas, com fulcro no inciso II do art. 318 da Resolução n. 12/2008, e no inciso II do art.85 da Lei Complementar n.102/2008, voto pela aplicação de multa aos responsáveis, conforme discriminado a seguir:

- Sr. José Elcio Santos Monteze, Diretor Geral do DER/MG, multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), sendo R\$1.000,00 (mil reais) por cada uma das irregularidades apuradas:
  - 1) Contratação de trabalhadores em atividade-fim do DER/MG, com intermediação de empresas de prestação de serviços;
  - 2) Prestação de serviços por empregados da MGS em atividades previstas na estrutura da carreira do DER/MG;
  - 3) Terceirizações em atividades exclusivas do Estado;
  - 4) Desvirtuamento no conceito de consultoria, em desacordo com o art.13 c/c art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993), nos orçamentos sintéticos elaborados pelo DER/MG relativos aos Contratos 22122/2009, 22005/2011 e 22016/2011;
  - 5) Lançamentos de despesas nos grupos e natureza “Outras Despesas Correntes”, “Investimentos”, “Locação de serviços de conservação e limpeza” e “Locação de serviços de apoio administrativo” quando deveriam ser contabilizadas como “Outras despesas de Pessoal”.

Em síntese, não acolho a alegação do recorrente e mantenho a multa determinada pela Segunda Câmara deste Tribunal.

## **II - Recurso Ordinário nº 1.031.654**

### **II.1. Da responsabilidade pelos atos exercidos pela autoridade delegante e da responsabilidade solidária entre os agentes denunciados**

Os recorrentes Fuad Jorge Noman Filho e João Antônio Fleury Teixeira alegam que não podem ser responsabilizados, nem mesmo de forma solidária, em virtude de supostas contratações irregulares de profissionais terceirizados pelo DER/MG, em desacordo com os ditames das resoluções publicadas por eles quando eram secretários de Estado de transportes e obras públicas.

Defendem que as resoluções foram editadas, tão somente, para delegar a contratação de serviços de consultoria ao diretor-geral do DER/MG, bem como a diretores vinculados a outras instituições públicas ligadas à Secretaria de Transportes e Obras Públicas.

Apontam que o DER/MG é uma autarquia dotada de autonomia financeira e administrativa, sendo possível a realização de contratações sem a interferência de outros órgãos públicos.

Pois bem, entendo que o Estado Democrático de Direito, sustentado e mantido pela coletividade, é o responsável pela Administração Pública, sendo necessário o estabelecimento de mecanismos de controle do exercício de suas atividades para que sejam evitados erros e falhas por parte dos agentes públicos.

Nesse ponto, afirmo que embora o DER/MG seja uma autarquia e, portanto, pertencente à Administração Indireta do Estado, é perfeitamente cabível e necessário o exercício do controle por vinculação por parte da Administração Direta, conforme a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

Quanto ao âmbito da Administração, classificação que considera os dois segmentos básicos da estrutura administrativa, o controle pode ser por *subordinação* ou por *vinculação*.

O controle por subordinação é o exercido por meio dos vários patamares da hierarquia administrativa dentro da mesma Administração. Decorre da relação de subordinação que existe entre os diversos órgãos públicos, a qual permite ao órgão de graduação superior fiscalizar, orientar e rever a atuação de órgãos de menor hierarquia. Esse controle é tipicamente interno, porque os órgãos pertencem, como regra, à mesma pessoa. Exemplo: o controle exercido por um departamento administrativo municipal sobre suas divisões; ou de cada divisão sobre as seções que a integram.

De outro lado, **no controle exercido por vinculação o poder de fiscalização e de revisão é atribuído a uma pessoa e se exerce sobre os atos praticados por pessoa diversa. Tem, portanto, caráter externo. Esse controle é o mais comum na relação entre as pessoas da Administração Indireta e a respectiva Administração Direta. Como é sabido, aquelas pessoas estão vinculadas a esta, sendo, em consequência, por esta controladas. Esse poder fiscalizatório é que se denomina de controle por vinculação<sup>10</sup>. (Grifei)**

O supracitado doutrinador ensina, também, em relação aos meios de controle da Administração Pública, que a supervisão ministerial é um mecanismo muito comum no âmbito federal consistente na supervisão dos ministérios sobre os órgãos de sua estrutura e sobre as pessoas da Administração Indireta, o que é aplicável no âmbito dos demais entes federativos com as devidas adaptações. Segue novamente trecho de seu ensinamento:

O controle ministerial é o exercido pelos Ministérios sobre os órgãos de sua estrutura administrativa e também sobre as pessoas da Administração Indireta federal. Naquele caso o controle é interno e por subordinação e neste é externo e por vinculação. Quando se exerce sobre as atividades da administração descentralizada recebe a denominação específica de supervisão ministerial, prevista no Decreto-Lei nº 200/1967, cujo art. 19 estampa a regra de que “todo e qualquer órgão da administração federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente.

A despeito do teor da lei, a expressão supervisão ministerial, que parece abranger administração direta e indireta, é mais empregada no sentido do controle que a União, através dos Ministérios, exerce sobre as pessoas descentralizadas federais. **Esse tipo de controle, é claro, é aplicável na esfera federal, mas nos Estados e nos Municípios é comum que Secretarias, que nessas esferas correspondem aos Ministérios, desempenhem idêntico papel<sup>11</sup>. (Grifei)**

Vale frisar que não existe hierarquia ou subordinação entre a Administração Direta e a Administração Indireta, tal como alegado pelos recorrentes, o que existe é controle e fiscalização no atendimento dos objetivos para os quais as entidades como autarquias, fundações e empresas estatais foram criadas. Assim, ressalto que a supervisão pode ser praticada com a nomeação dos dirigentes da Administração Indireta, recebimento de relatórios, boletins, balancetes, etc.

O controle da Administração Direta exercido sobre a Administração Indireta configura-se como poderoso instrumento democrático. Entendo, portanto, que aos recorrentes não assistem razão quanto à alegação de que apenas publicaram resoluções autorizando contratações de consultoria especializada no DER/MG, pois deveriam ter feito a devida supervisão.

---

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 28ª ed, 2015, p. 980

<sup>11</sup> Idem, p. 982

Ora, à época das contratações apontadas como irregulares, os recorrentes eram dirigentes da Secretaria de Estado com a qual a autarquia é vinculada. O controle deveria ter sido efetuado e eficiente na verificação dos contratos firmados pela referida autarquia, se eram regulares e se obedeciam às determinações das mencionadas resoluções.

Ademais, o acórdão recorrido apontou inconstitucionalidades das referidas resoluções, uma vez que autorizaram a contratação de mão de obra que não se configura como atividade de consultoria, mas como atividade-fim da autarquia em comento. Segue trecho da decisão mencionada:

As defesas não merecem prosperar, pois, ainda que se aceitasse o argumento de que não têm responsabilidade sobre os atos delegados, que a propósito tenho posicionamento diferente dos Conselheiros citados, pois, entendo que o delegante deve exercer a supervisão e o controle dos atos delegados, as referidas resoluções possuem manifesta inconstitucionalidade, por ferirem o disposto no art.37, II, da CR/1988, conforme exposto no item II.4 da fundamentação deste voto. As resoluções dispõem que a motivação para contratar a consultoria é o reconhecimento e a declaração da inexistência de servidores especializados em número suficiente que possam desempenhar satisfatoriamente as atividades de consultoria necessárias para atender às demandas do DER, e que se equiparam a serviços de consultoria quaisquer outros a ele assemelhados, especialmente, os de elaboração de projetos e de supervisão de obras. **Elaborar projetos e supervisionar obras são atividades em que a autarquia concentra também seu mister, na qual é especializada, portanto, compreendem atividades-fim, cometidas a cargos existentes na estrutura da entidade e previstos em lei.** Então por que contratar e não nomear por meio de concurso público? Ademais, a consultoria deveria ser para casos específicos e incomuns da autarquia, e não, para aqueles habitualmente prestados pelo DER/MG, ficando comprometida também a observância do princípio da legalidade (art. 21, §2º da Lei Estadual n. 20.373/2012), conforme exposto no item II.4 desta fundamentação. Destarte, a situação configura terceirização ilícita porque pretende local mão de obra em substituição a servidores públicos. **(Grifei)**

Sendo assim, não acolho a defesa dos recorrentes no ponto sob análise e reitero a ocorrência da responsabilidade solidária reconhecida no acórdão recorrido, uma vez que a ausência de controle por parte dos recorrentes os torna também responsáveis pelas contratações irregulares, bem como destaco que as resoluções editadas deram margem a tais contratações para além da possibilidade de mera consultoria no DER/MG, o que fere o texto da Constituição Federal, conforme bem apontado no acórdão recorrido.

## II.2. Da alegação de regularidade nas contratações

Os recorrentes alegam que as contratações baseadas nas resoluções editadas enquanto eram secretários de Estado foram realizadas em conformidade com o ordenamento jurídico e não se destinavam à contratação de pessoal para o exercício de atividade-fim do Estado.

Sustentam que tais contratações teriam sido firmadas para mero apoio às atividades de fiscalização aos servidores do DER/MG e que não teria havido delegação quanto à prática de atos administrativos típicos de Estado.

Sobre tais alegações, entendo que os recorrentes não trouxeram elementos novos capazes de promover a revisão do acórdão recorrido, haja vista que apenas mencionaram suporte das contratações na lei de licitações e em entendimento consolidado do TCU.

Sigo o entendimento da Unidade Técnica (fls. 34-40) e do Ministério Público junto ao Tribunal em sua manifestação às fls. 43-44 de que os recorrentes não trouxeram argumentos de fato ou de direito capazes de alterar a decisão prolatada no acórdão atacado.

Destaco que nos autos originais, o parecer do Ministério Público junto ao Tribunal (fl. 1004) e o relatório de inspeção elaborado pela Unidade Técnica (fls. 461/463) entenderam que as contratações de empresas terceirizadas realizadas pelo DER/MG, com base nas resoluções editadas pelos recorrentes, se configuraram na realização de atividades finalísticas da autarquia, descritas na Lei 15.469/2005. A prática é inconstitucional por ferir a determinação do art. 37, II da Constituição da República de 1988, conforme já mencionei em outro trecho do meu voto.

O acórdão recorrido foi fundamentado com base nesses preceitos e como já frisei acima, os recorrentes não apresentaram fundamentos novos capazes de modificar o entendimento consolidado de forma unânime pela Segunda Câmara deste Tribunal.

Por fim, saliento que são válidas aqui todas as considerações que já fiz acerca do tema da terceirização no âmbito da Administração Pública, na fundamentação referente ao Recurso Ordinário nº 1.031.650, interposto pelo recorrente José Elcio Santos Monteze, conforme trecho acima deste voto.

Sendo assim, não acolho a defesa dos recorrentes no ponto sob análise e reitero o entendimento do acórdão recorrido.

### **II.3. Sobre os apontamentos de ausência de individualização das condutas dos recorrentes na aplicação de multa e de fundamentação da decisão recorrida**

Os recorrentes alegam que o acórdão recorrido os condenou ao pagamento de multa no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) para cada, sem a individualização de qual conduta irregular teriam praticado.

Sustentam, ainda, que teria havido descumprimento ao disposto no art. 93, X da Constituição Federal, o qual determina a motivação das decisões administrativas.

Entendo que os recorrentes também não têm razão no que tange a tais alegações. O acórdão recorrido apontou, sim, de forma individualizada, as irregularidades de cada denunciado à época, bem como houve a devida fundamentação decisória em cumprimento ao que determina o texto constitucional. Segue trecho da decisão colegiada sob ataque:

À vista das ilicitudes configuradas, com fulcro no inciso II do art. 318 da Resolução n. 12/2008, e no inciso II do art.85 da Lei Complementar n.102/2008, voto pela aplicação de multa aos responsáveis, conforme discriminado a seguir:

- Sr. José Elcio Santos Monteze, Diretor Geral do DER/MG, multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), sendo R\$1.000,00 (mil reais) por cada uma das irregularidades apuradas: 1) Contratação de trabalhadores em atividade-fim do DER/MG, com intermediação de empresas de prestação de serviços; 2) Prestação de serviços por empregados da MGS em atividades previstas na estrutura da carreira do DER/MG; 3) Terceirizações em atividades exclusivas do Estado; 4) Desvirtuamento no conceito de consultoria, em desacordo com o art.13 c/c art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993), nos orçamentos sintéticos elaborados pelo DER/MG relativos aos Contratos 22122/2009, 22005/2011 e 22016/2011; 5) Lançamentos de despesas nos grupos e natureza “Outras Despesas Correntes”, “Investimentos”, “Locação de serviços de conservação e limpeza” e “Locação de serviços de apoio administrativo” quando deveriam ser contabilizadas como “Outras despesas de Pessoal”.

- Sra. Renata Maria Paes de Vilhena, Secretária de Estado de Planejamento e Gestão (SEPLAG/MG), multa no valor de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), em razão da inobservância aos Princípios da Segurança Jurídica, Legalidade e Razoabilidade, pelo indeferimento de solicitação de nomeações de candidatos aprovados no Concurso Público (Edital 001/2008), sem justificativa plausível e comprovada, quando ainda existia elevado número de vagas não preenchidas e candidatos em número suficiente para provê-las;

- Sr. João Antônio Fleury Teixeira, ex- Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas no exercício de 2010, multa no valor de R\$1.000,00 (mil reais), em razão de responsabilidade solidária com o Sr. José Élcio Santos Monteze, Diretor Geral do DER/MG, pelas irregularidades constatadas relativas a excessos na terceirização de mão de obra, no período de 2010, por ter editado a Resolução n.003/2010, delegando autorização para contratação a título de consultoria de atividade fim em violação ao princípio do concurso público;
- Sr. Fuad Jorge Nomam Filho, ex- Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas nos exercícios de 2008-2009, multa no valor de R\$1.000,00 (mil reais), em razão de responsabilidade solidária com o Sr. José Élcio Santos Monteze, Diretor Geral do DER/MG, pelas irregularidades constatadas relativas a excessos na terceirização de mão de obra, no período de 2008-2009, por ter editado as Resoluções n.006/2008 e n. 004/2009, delegando autorização para contratação a título de consultoria de atividade fim em violação ao princípio do concurso público;
- Sr. Carlos Carmo Andrade Melles, ex- Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas nos exercícios de 2008-2009, multa no valor de R\$1.000,00 (um mil reais), em razão de responsabilidade solidária com o Sr. José Élcio Santos Monteze, Diretor Geral do DER/MG, pelas irregularidades constatadas relativas a excessos na terceirização de mão de obra, no período de 2011-2012, por ter editado as Resoluções TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS n.008/2011 e n.002/2012, delegando autorização para contratação a título de consultoria de atividade fim em violação ao princípio do concurso público. **(Grifei)**

Deste modo, verificada a individualização da conduta e a responsabilidade dos recorrentes, como secretários de Estado à época das terceirizações irregulares, mantenho a decisão recorrida em seus exatos termos.

### III - CONCLUSÃO

Pelo exposto, tendo em vista que os recorrentes não apresentaram argumentos suficientes para afastar as irregularidades, o Acórdão proferido na Denúncia 838.509 deve ser mantido intacto, razão pela qual nego provimento aos presentes recursos ordinários.

Transitada em julgado a decisão, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO.

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

**RETORNO DE VISTA  
NOTAS TAQUIGRÁFICAS  
TRIBUNAL PLENO – 26/10/2022**

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

**I – RELATÓRIO**

Trata-se de recursos ordinários em face da decisão da Segunda Câmara deste Tribunal, proferida em 14/12/2017, que aplicou multa ao Sr. José Elcio Santos Monteze, diretor-geral do DER, no valor total de R\$ 5.000,00, sendo R\$ 1.000,00 para cada irregularidade apurada, em razão da contratação de trabalhadores para exercício de atividade-fim da autarquia, de atribuições previstas na estrutura da carreira do DER e para funções exclusivas do estado, além de desvirtuamento no conceito de consultoria e lançamentos de despesas nos grupos e natureza “Outras Despesas Correntes”, “Investimentos”, “Locação de serviços de conservação e limpeza” e “Locação de serviços de apoio administrativo” quando deveriam ser contabilizadas como “Outras despesas de Pessoal”.

A decisão recorrida também aplicou multa à Sra. Renata Maria Paes de Vilhena, secretária de estado de Planejamento e Gestão, no valor de R\$ 2.500,00, em razão do indeferimento de solicitação de nomeações de candidatos aprovados em concurso público.

Também foram multados os ex-secretários de estado de Transportes e Obras Públicas, Sr. João Antônio Fleury Teixeira, Sr. Fuad Jorge Nomam Filho e Sr. Carlos do Carmo Andrade Melles, no valor de R\$ 1.000,00, em razão de terem sido considerados responsáveis solidários com o então diretor-geral do DER pelas irregularidades relativas a excessos na terceirização de mão de obra, uma vez que foram autores das resoluções que delegaram autorização para contratação de consultoria de atividade-fim.

Após analisar os argumentos apresentados pelos recorrentes, a Unidade Técnica, à peça n. 5, manifestou-se pelo não provimento do recurso, por considerar que as teses formuladas não trouxeram nada de novo em relação à situação anteriormente constatada e já teriam sido apreciadas nos autos da Denúncia n. 838509.

O Ministério Público de Contas, na mesma linha, opinou, à peça n. 8 dos autos n. 1031650, pelo conhecimento e não provimento dos recursos.

O relator, na sessão do Tribunal Pleno de 25/5/2022, votou pelo não provimento do recurso e manteve as multas aplicadas ao Sr. José Elcio Santos Monteze, diretor-geral da autarquia, por entender que houve: a) terceirização de atividade-fim da entidade, em afronta ao art. 3º do Decreto n. 9.507/2018, caracterizada pela contratação de empresas para prestação de serviços de supervisão, fiscalização e controle; b) burla ao concurso público, evidenciada pela contratação da MGS para desempenho de atividades que coincidiam com as atribuições do cargo de agente de transporte de obras públicas – AGTOP; c) terceirização de atividade típica de estado, em virtude da transferência das funções inerentes aos cargos de fiscal assistente de transportes e obras rodoviários – FATOR e de fiscal de transportes e obras rodoviários – FTOR; d) contratação de serviços de assessoria, em desconformidade com o que determina o art. 13, I, c/c art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993, uma vez que os serviços não teriam natureza singular ou incomum; e e) contabilização incorreta de despesas com mão de obra terceirizada, uma vez que

foram lançadas como “Outras despesas Correntes”, “Investimentos”, “Locação de Serviços e Conservação e Limpeza”, quando o correto seria sua contabilização como “Outras Despesas Correntes”, em atendimento ao disposto no art. 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O relator também manteve as multas aplicadas aos secretários de estado, Sr. João Antônio Fleury Teixeira, Fuad Jorge Nomam Filho e Sr. Carlos Carmo Andrade Melles, por reconhecer a responsabilidade solidária dos agentes públicos pelas irregularidades relativas aos excessos na terceirização de mão de obra, uma vez que foram os autores dos atos normativos que delegaram autorização para contratação de atividade-fim, como se fosse serviço de consultoria.

Em seguida, pedi vista dos autos para melhor análise do processo.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

### 1. Recurso Ordinário n. 1031650

#### **1.1 Terceirização e possível violação ao art. 37, II, CR/88 – Contratação de empresas prestadoras de serviço para exercício de atividade-fim do DER e de função exclusiva de Estado; contratação da MGS para atribuições previstas na estrutura de carreira do DER e contabilização incorreta de despesas com terceirização de mão de obra**

Na Denúncia n. 838509, formulada pelo Sindicato dos Trabalhadores do DER-MG – SINTDER, no ano de 2010, examinou-se, essencialmente, a gestão de contratações de serviços pela autarquia que poderiam se configurar excessiva terceirização de mão de obra, em possível violação ao art. 37, II, da Constituição da República. Cumpre mencionar que foi realizada inspeção na autarquia, no período de 14/5/2012 a 1º/6/2012, tendo por escopo o exame da legalidade das contratações de serviços terceirizados pelo DER, sob o foco do art. 37, II, da Constituição da República, no período de janeiro de 2008 a maio de 2012. O respectivo relatório, à fl. 422 do volume 3 da Denúncia n. 838509, traz a afirmação de que a análise da legalidade da licitação e dos contratos celebrados para a contratação de mão de obra não integrou o escopo do trabalho.

Importante ponderar, de início, como bem fez o relator, que a decisão recorrida merece ser reapreciada à luz das inovações legislativas introduzidas pela Lei n. 13.429/2017, que alterou a Lei n. 6.019/1974. Saliento, nesse aspecto, que, entre as principais atualizações promovidas pela citada norma, está a ampliação das hipóteses de terceirização no país, tanto no setor privado quanto no setor público, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 324; no RE 958252 e nas ADIs 5.685, 5.686, 5.687, 5.695 e 5.735, sempre por maioria apertada de votos.

Especificamente quanto às hipóteses de terceirização na Administração Pública, Luciano Ferraz<sup>12</sup>apresenta didática distinção:

O artigo 10, parágrafo 7º do Decreto-lei 200/67, aplicável a ambos os casos (órgãos, autarquias, fundações e empresas estatais), dispõe que, “para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível,

---

<sup>12</sup> FERRAZ, Luciano, “A terceirização na administração pública depois das decisões do STF”, 2019, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-31/interesse-publico-terceirizacao-administracao-publica-depois-decisoes-stf>. Acesso em 28/10/2022.

à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos da execução”.

Uma leitura mais detida do dispositivo revela que **a autorização legislativa é pertinente à “terceirização de atividade”, e não à “terceirização de mão de obra”**. É dizer que existem determinadas atividades, as quais, sobre não serem consideradas como típicas do órgão ou da entidade administrativa, podem ser contratadas com terceiros (terceirizadas). Dessa forma, distinguindo os dois tipos de terceirização, garante-se que não haja uma superposição de funções entre os terceirizados e os servidores ou empregados de carreira, afastando-se cogitações de infringência à regra do concurso público (artigo 37, II da Constituição). (grifo acrescido)

O tema, inclusive, foi objeto de análise por esta Corte de Contas que, ao responder à Consulta n. 1024677, da relatoria do conselheiro Cláudio Couto Terrão, adotou entendimento segundo o qual as disposições previstas na Lei n. 13.429/2017 aplicam-se à administração direta, às autarquias e às fundações públicas, **ressalvadas as atividades que compreendam o exercício de parcela do poder estatal**, *in verbis*:

No que tange à possibilidade de terceirização em sentido estrito, em virtude de necessária interpretação sistemática, notadamente quanto à eventual incompatibilização com o modelo do regime jurídico único previsto na redação originária do *caput* do art. 39 da CR/88 e, sobretudo, com a regra do art. 37, II, CR/88, as normas da Lei nº 6.019/74 devem aplicar-se parcialmente à administração direta, às autarquias e às fundações públicas, ou seja, apenas naquelas atividades que não compreendam o exercício de parcela do poder estatal, a exemplo do que fora disciplinado pelo Poder Executivo Federal nos termos do Decreto nº 9.507/18. (Consulta n. 1024677, relator conselheiro Cláudio Couto Terrão, Tribunal Pleno, sessão de 4/12/2019).

Desse modo, assentadas tais premissas, diante das inovações legislativas e jurisprudenciais sobre o tema da terceirização, entendo que se revela essencial a detida observação das circunstâncias fáticas relacionadas aos serviços que foram contratados pela autarquia e efetivamente executados, para que se possa concluir pela ocorrência de terceirização indevida de mão de obra.

Na mesma linha, é necessária a análise das circunstâncias fáticas, uma vez que o acórdão recorrido foi prolatado em 14/12/2017, ou seja, antes da promulgação da Lei n. 13.655/2018, que trouxe, em homenagem à segurança jurídica, profundas alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb, notadamente com relação à interpretação das normas de direito público.

Em suas razões recursais, às págs. 2/17 da peça n. 12 destes autos, o então diretor-geral do DER, Sr. José Elcio Santos Monteze, alegou que não houve terceirização de atividade-fim da autarquia, mas contratação de obras e serviços que deveriam ser fiscalizadas por uma equipe denominada “comissão colegiada de fiscalização”, composta por servidores de carreira ou de recrutamento amplo, com função de direção, chefia ou assessoramento. Afirmou que as atividades acessórias de levantamentos topográficos e ensaios de materiais seriam executadas por empresas contratadas, tal como autoriza o art. 67 da Lei n. 8.666/1993. Asseverou que este Tribunal de Contas monitorou a execução das obras do Processo (Programa de Pavimentação de Ligações e Acessos aos Municípios, Potencialização da Infraestrutura Logística da Fronteira Agroindustrial e Links Faltantes) e não informou à autarquia de que a contratação de empresa supervisora poderia ser considerada terceirização de atividade-fim.

O recorrente citou os arts. 2º e 247 das Leis Delegadas n. 100/2003 e n. 180/2011 e os Decretos n. 44.752/2008 e n. 45.785/2011, que atribuem à autarquia a competência para executar direta ou indiretamente as atividades relativas a projetos, construção e manutenção de rodovias e

outras obras e serviços. Destacou que, com base nas mencionadas normas, e por motivos técnicos, contratou empresa para elaborar projetos de engenharia rodoviária. Informou que há anos executa obras de construção e manutenção de forma indireta, com base na autorização prevista no art. 10 da Lei n. 8.666/1993, uma vez que não dispõe de maquinário e pessoal suficiente.

Alegou que os programas de obras possuíam prazos determinados para conclusão, o que inviabilizava a contratação de servidores via concurso. De igual modo, informou que não poderia realizar contratações temporárias, uma vez que a Lei Estadual n. 18.185/2008 não incluiu a autarquia nas hipóteses que configuram necessidade temporária de excepcional interesse público, listadas em seu art. 2º. Afirmou que, na estrutura de cargos e salários do DER, estabelecida na Lei n. 15.469/2005, não existem cargos de engenheiro, topógrafo, laboratorista, cadista, cavoqueiro, e outros necessários à elaboração de projetos de engenharia rodoviária, construção e manutenção de rodovias.

O recorrente confirmou que as atribuições dos cargos de fiscal assistente de transportes e obras rodoviários e de fiscal de transportes e obras rodoviários têm natureza de atividade exclusiva de estado. Esclareceu, no entanto, que foram contratados serviços de apoio às atividades de fiscalização.

Por outro lado, verifiquei que os Quadros 1 a 5, às págs. 54/64, peça n. 29 da Denúncia n. 838509, elaborados pela equipe de inspeção, são apresentados com o objetivo de detalhar, para efeito de comparação, as atribuições dos cargos efetivos do DER e atividades terceirizadas contratadas. Com esse comparativo, o relatório de inspeção buscou demonstrar que os funcionários de empresas prestadoras de serviços estariam executando atividade-fim do DER, atividades exclusivas de Estado, e que os funcionários da MGS teriam sido incumbidos de atribuições afetas aos servidores da autarquia.

Entretanto, com a devida vênia, entendo que a necessária comparação entre as descrições de atividades constantes dos quadros elaborados não permite concluir, de maneira segura, que houve terceirização de mão de obra coincidente com a atividade finalística da entidade, prevista aos seus servidores ou exclusivas de Estado. Nessa perspectiva, as atribuições dos funcionários terceirizados, listadas nos citados quadros, não correspondem, de forma clara, às atividades principais do DER, preconizadas na Lei n. 11.403/1994<sup>13</sup>, nem coincidem com as atividades

---

<sup>13</sup> Art. 3º - São atribuições do DER-MG, entre outras estabelecidas em decreto:

I - (revogado);

II - (revogado);

III - manter as condições de operação, com segurança e conforto, das estradas de rodagem sob sua jurisdição e responsabilidade e em parceria com os órgãos e entidades da Federação;

IV - exercer, por delegação do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT - e de outras entidades, as atribuições respectivas em relação às estradas de rodagem federais situadas no território do Estado;

V - expedir normas técnicas sobre projeto, implantação, pavimentação, conservação, recuperação, melhoramentos, faixa de domínio e classificação das rodovias no âmbito do Estado;

VI - conceder licença de uso ou ocupação da faixa de domínio e áreas adjacentes de rodovia estadual ou federal delegada ao Estado, inclusive a que for objeto de concessão, nas hipóteses especificadas em decreto;

VII - (revogado);

VIII - explorar, diretamente ou mediante permissão, o serviço público de transporte individual de passageiros por táxi especial metropolitano;

IX - (revogado);

X - gerenciar, mediante convênio com município, o serviço público de transporte individual de passageiros por táxi convencional;

XI - controlar e fiscalizar o transporte intermunicipal remunerado de passageiros, inclusive quando realizado por táxi gerenciado pelos municípios.

atribuídas aos servidores efetivos da autarquia, tampouco podem ser consideradas funções exclusivas de Estado.

Noutro giro, as informações levantadas pela equipe de inspeção revelam que atividades atribuídas aos servidores efetivos do DER podem se assemelhar àquelas transferidas aos funcionários terceirizados, mas não podem, em última análise, ser consideradas idênticas. Sobressai dos dados apresentados que as atividades conferidas aos servidores do quadro efetivo da autarquia são mais amplas e bastante diversificadas, enquanto aos terceirizados foram incumbidas atividades mais específicas.

Nesse sentido, vale notar, a partir desses quadros, que as atribuições relacionadas ao planejamento, supervisão, gerenciamento e orientação foram atribuídas aos servidores efetivos ocupantes dos cargos de gestor de transporte e obras públicas – GETOP e fiscal de transportes e obras rodoviários – FTOR. Em contrapartida, as funções atribuídas aos postos terceirizados, apontadas pela equipe de inspeção como correspondentes aos cargos efetivos, constituem atividades acessórias e operacionais, tais como elaboração de projetos, levantamentos e relatórios de supervisão, realização de vistorias, entre outros.

Nem mesmo o cargo efetivo de agente de transportes e obras públicas – AGTOP, ao qual foi atribuída a mera execução de atividades administrativas, encontra clara correspondência nos cargos terceirizados, como se vê dos quadros extraídos do próprio relatório de inspeção colacionados a seguir:

QUADRO 1 - COMPARATIVO DE ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS DO DER/MG COM AS FUNÇÕES DOS PROFISSIONAIS TERCEIRIZADOS DIRETORIA DE PROJETOS					
Cargo efetivo DER/MG	Atribuições do cargo efetivo	Cargo terceirizado correspondente	Atribuições do cargo terceirizado	Nº contrato	Empresa contratada
Agente de Transporte e Obras Públicas – AGTOP	18. Executar trabalhos auxiliares de engenharia na área de obras de infraestrutura civil e rodoviária, de edificações, topografia e aerofotogrametria.	Auxiliar de Topografia	Auxílio ao topógrafo nos levantamentos topográficos	29045/2006 29006/2007 24056/2006 24043/2007 20008/2007	Consórcio Direção-STCP ERG-Engenharia Ltda. Engesolo Engenharia Ltda.
		Topógrafo	Levantamentos topográficos e serviços afins.	29045/2006 29034/2006 29008/2007	Consórcio Direção-STCP Consórcio ERG-STCP Engesolo Engenharia Ltda.
		Técnico Médio	Apoio à Gerencia de Diretoria de Projetos na fiscalização dos projetos, elaboração de planilhas, relatórios e termos de referência.	24070/2008 29008/2007	STRATA Engenharia Ltda. Engesolo Eng. Ltda.
Agente de Transporte e Obras Públicas – AGTOP	18. Executar trabalhos auxiliares de engenharia na área de obras de infraestrutura civil e rodoviária, de edificações, topografia e aerofotogrametria.	Técnico	Levantamento de campo para elaboração do croqui e cadastro; Levantamento e verificação de ensaios nos serviços de campo para apoio à fiscalização da obra;	24009/2011 24010/2011 24011/2010 24021/2008 24026/2010 24001/2008 24012/2008 24021/2010 24039/2008 24042/2008 24003/2008 24041/2008 24046/2008 24020/2008 24018/2010 24019/2009 24011/2008 24014/2010 24002/2008 24013/2008 24019/2010 24048/2008 24043/2008	Alta Eng. de Cons. Ltda. CGP-Cons. Gerenc. e Planej. Ltda. Concremat Eng. Tec. S.A.; Consol Eng. Consultores; Contécnica Cons.Téc. Ltda. DIEFRA Eng. e Cons. Ltda. Direção Cons. e Eng. Ltda; Ecoplan- Eng.Ltda; Enecom S.A. Eng. e Ecom. Consultores; Engesolo Eng.Ltda; ERG-Eng.Ltda

QUADRO 2 - COMPARATIVO DE ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS DO DER/MG COM AS FUNÇÕES DOS PROFISSIONAIS TERCEIRIZADOS DIRETORIA DE INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA					
Cargo efetivo DER/MG	Atribuições do cargo efetivo	Cargo terceirizado correspondente	Atribuições do cargo terceirizado	Nº contrato	Empresa contratada
Agente de Transporte e Obras Públicas-AGTOP	18. Executar trabalhos auxiliares de engenharia na área de obras de infraestrutura civil e rodoviária, de edificações, topografia e aerofotogrametria.	Auxiliar	Serviço braçal necessário à execução de serviço de campo (topográfico e laboratório)	24010/2011 24011/2010 24021/2008 24026/2010 24001/2008 24012/2008 24021/2010 24039/2008 24042/2008 24003/2008 24041/2008 24046/2008 24020/2008 24018/2010 24019/2009 24011/2008 24014/2010 24002/2008 24013/2008 24019/2010 24048/2008 24043/2008	CGP-Cons. Gerenc. e Planej. Ltda; Concremat Eng.Tec. S.A; Consol Eng. Consultores Contécnica Cons.Téc. Ltda; DIEFRA Eng. e Cons. Ltda Direção Cons. e Eng. Ltda Ecoplan- Eng.Ltda; Enecom S.A. Eng. e Ecom. Consultores Engesolo Eng.Ltda; ERG-Eng.Ltda

QUADRO 3 - COMPARATIVO DE ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS DO DER/MG COM AS FUNÇÕES DOS PROFISSIONAIS TERCEIRIZADOS DIRETORIA DE FISCALIZAÇÃO					
Cargo efetivo DER/MG	Atribuições do cargo efetivo	Cargo terceirizado correspondente	Atribuições do cargo terceirizado	Nº contrato	Empresa contratada
Agente de Transporte e Obras Públicas-AGTOP	18. Executar trabalhos auxiliares de engenharia na área de obras de infraestrutura civil e rodoviária, de edificações, topografia e aerofotogrametria.	Equipe de Apoio Técnico	Apoio de atividades do engenheiro residente, serviços de monitoramento dos indicadores do Quadro de Indicadores de Desempenho-QUID, de empresa detentora do contrato de concessão patrocinada para levantamento dos parâmetros ambientais, sociais e os indicadores referentes ao policiamento rodoviário e ao corpo de bombeiro militar. Preparação de elementos para os relatórios mensais, auxílio no acompanhamento das obras e serviços. Análise e elaboração de pareceres sobre as demandas encaminhadas pelo Engenheiro Supervisor e Sênior de Estudo de Projetos. Avaliação, incluindo a análise de projetos executivos e soluções para intervenções nas rodovias e concessionárias.	29060/2007	CONSOL Engenheiros Consultores
	6. Realizar tarefas de suporte em gestão e controle de convênios e contratos.				
	9. Operar os sistemas corporativos registrando informações e emitindo relatórios para análises prospectivas, estudos de viabilidade e outros elementos de suporte a decisão, bem como alimentar os programas e as fontes de informações de sua unidade.				

Agente de Transporte e Obras Públicas-AGTOP	18. Executar trabalhos auxiliares de engenharia na área de obras de Infra-estrutura civil e rodoviária, de edificações, topografia e aerofotogrametria.	Caldeireiro	Manter o material da caldeira aquecido em temperatura apropriada para a execução dos serviços, regular os termômetros, efetuar a troca de óleos técnicos dos recipientes e manutenção preventiva dos equipamentos da Caldeira	22005/2011	Construtora Vilasa Ltda
		Encarregado	Realizam manutenção geral em vias, manejam áreas verdes, tampam buracos, limpam vias permanentes e conservam bueiros e galerias de águas pluviais. Recompõem aterros e controlam atividades de conservação, seguindo normas de segurança, higiene, qualidade e proteção ao meio ambiente		
		Topógrafo	Efetuar levantamentos, nivelamentos, locações, dentre outros trabalhos de topografia		

QUADRO 4 - COMPARATIVO DE ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS DO DER/MG COM AS FUNÇÕES DOS PROFISSIONAIS TERCEIRIZADOS DIRETORIA DE OPERAÇÕES					
Cargo efetivo DER/MG	Atribuições do cargo efetivo	Cargo terceirizado correspondente	Atribuições do cargo terceirizado	Nº contrato	Empresa contratada
Agente de Transporte e Obras Públicas-AGTOP	18. Executar trabalhos auxiliares de engenharia na área de obras de infra-estrutura civil e rodoviária, de edificações, topografia e aerofotogrametria.	Auxiliar de Engenharia	Acompanhamento de obra	22016/2011	Consórcio Aterpa Camter
		Carpinteiro	Executar serviços de preparação, fabricação, confecção, montagem e desmontagem de formas e/ou painéis necessários à modelagem de estrutura de concreto, acabamento, andaimes, escoramento diversos, entre outros, utilizando processos e ferramentas adequadas, conforme solicitações e orientações feitas pela liderança imediata		

QUADRO 5 - COMPARATIVO DE ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS DO DER/MG COM AS FUNÇÕES DOS EMPREGADOS DA MGS- ATIVIDADES MEIO				
Cargo efetivo DER/MG	Atribuições do cargo efetivo	Cargo terceirizado correspondente	Atribuições do cargo terceirizado	Nº contratos
Auxiliar de Transportes de Obras Pública – AUTOP	3. Auxiliar na execução de tarefas de manutenção predial e rodoviária, na conservação e reparo de instalações elétricas, telefônicas e hidráulicas, bem como nos trabalhos de marcenaria, alvenaria e pintura de móveis e paredes	Artífice	Executar serviços de pintura, alvenaria, hidráulicos, elétricos, mecânico, etc.	29015/2005, 29069/2006, 29061/2008; 29079/2008; 29080/2008; 29013/2009, 29016/2009, 29004/2010
	3. Auxiliar na execução de tarefas de manutenção predial e rodoviária, na conservação e reparo de instalações elétricas, telefônicas e hidráulicas, bem como nos trabalhos de marcenaria, alvenaria e pintura de móveis e paredes	Auxiliar Mecânico	Ajudar na execução das atividades de instalação e manutenção hidráulica e elétrica, ajudar na realização dos trabalhos de instalação, regulação, reforma, substituição, revisão e conservação de sistemas elétricos, motores, bombas, reguladores de voltagem, transformadores e outros aparelhos elétricos em geral.	29069/2006,
	4. Operar, instalar, manter, reparar e conservar máquinas, equipamentos e instalações em geral, informando à chefia imediata atos e condições inseguras de trabalho, defeitos nos equipamentos e manutenção necessária	Brochurista Gráfico	Confecionar capas e pastas, intercalar blocos, fazer dobras de pastas, operar máquinas, etc.	29072/2007, 29080/2008
	7. Executar, sob orientação, rotinas administrativas básicas de gráfica, reprografia, preparação, arquivamento, encaminhamento e transporte de documentos, correspondências, publicações oficiais e materiais	Copeiro	Manusear e preparar alimentos, executar serviços de limpeza, etc.	29061/2008
	6. Executar atividades para atender a solicitações e necessidades de vigilância de prédios e áreas, bem como de limpeza e conservação de copa, cozinha e jardim.	Recepcionista	Recepcionar, informar e encaminhar o público interno e externo, obedecendo às normas internas, repassar informações e relatórios conforme a necessidade de serviços, registrar e distribuir correspondências e documentos, operar máquinas de escritório de natureza simples, tais como telefones, computadores, impressoras, aparelhos de fax e outros, etc.	29072/2007, 29080/2008, 29032/2008, 29038/2008, 29047/2008, 29061/2008, 29076/2008, 29077/2008, 29079/2008, 29082/2008, 29086/2008, 29009/2009, 29013/2009, 29016/2009, 29019/2009, 29095/2009, 29025/2010, 29076/2009 e 29027/2010
	1. Prestar serviços e executar atividades de apoio administrativo e logístico de rotina, relativos ao exercício das competências legais do respectivo órgão ou entidade, fazendo uso de equipamentos e recursos disponíveis para a consecução destas atividades.	Auxiliar de Serviços	Executar serviços no protocolo, operar máquinas de escritórios (calculadoras, computadores, impressoras, etc.) Executar serviços de apoio administrativo;	29005/2006, 29069/2006, 29063/2006, 29007/2007, 29047/2008, 29061/2008, 29076/2008, 29077/2008, 29082/2008, 29086/2008, 29072/2007, 29053/2008, 29080/2008, 29085/2008, 29032/2008, 29011/2008, 29028/2009, 29009/2009, 29079/2009, 29016/2009, 29019/2009, 29095/2009, 29001/2010; 29002/2010, 29004/2010, 29025/2010.
	Telefonista	Operar equipamentos de comunicação (PABX, fax, computador e outros) receber, fazer e transferir ligações telefônicas, prestar informações ao público interno e externo, garantir a qualidade no atendimento, etc.	29072/2007, 29073/2007, 29080/2008	

QUADRO 5 - COMPARATIVO DE ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS DO DER/MG COM AS FUNÇÕES DOS EMPREGADOS DA MGS- ATIVIDADES MEIO				
Cargo efetivo DER/MG	Atribuições do cargo efetivo	Cargo terceirizado correspondente	Atribuições do cargo terceirizado	Nº contratos
Agente de Transportes e Obras Públicas- AGTOP	3. Executar atividades técnico-administrativas relativas à área de recursos humanos, planejamento, estatística, recursos logísticos e materiais, comunicação, economia, orçamento, finanças e contabilidade bem como a informações operacionais e gerenciais.	Auxiliar de Serviços Especializados	Supervisionar, coordenar, controlar e executar tarefas de apoio administrativo/financeiro/operacional, treinar e acompanhar a equipe de trabalho quando solicitado, elaborar planilhas, elaborar e redigir ocorrências, relatórios, correspondências, memorandos, comunicações e outros documentos.	29015/2005; 29072/2007, 29080/2008, 29085/2008, 29061/2008, 29016/2009,
	4. Coletar e preparar dados para estudos, pesquisas, análises, relatórios, pareceres ou quaisquer outros atos de natureza econômica, financeira e jurídica.	Motorista	Dirigir veículos, observando a sinalização, transportar pessoas, materiais, máquinas e equipamentos, conduzindo-os aos locais determinados; executar serviços de entrega e retirada de materiais, documentos, correspondências, volumes, etc. zelar pela manutenção e conservação do veículo, providenciar abastecimento de combustível, de água e de lubrificante para os veículos, etc.	2972/2007, 29080/2008, 29007/2007, 29015/2005, 20061/2008, 29016/2009, 29049/2008.
	15. Realizar atividades de transporte de passageiros e cargas, bem como zelar pela manutenção de veículos, exclusivamente no âmbito de atuação da Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas. 16. Controlar a movimentação dos veículos e a manutenção da frota.	Técnico em Informática	Executar a manutenção de equipamentos de informática e suporte em "softwares" diversos a usuários; ter conhecimentos básicos de Sistemas Operacionais; de implantação de ambiente de rede; coordenar e controlar atividades relativas aos equipamentos de informática.	29080/2008, 29086/2008
8. Executar atividades técnicas na área de informática relativas a desenvolvimento e manutenção de sistemas de informação, projeto e implementação de banco de dados, uso dos recursos de multimídia e internet, suporte a equipamentos e redes de computadores, instalação de equipamentos para transmissão de dados, rotinas de segurança e demais atividades visando resguardar dados e informações, bem como implementar planos de recuperação de dados e funcionamento de emergência.				

Vale destacar que este Tribunal, nos autos da Denúncia n. 951643, julgada em 7/8/2018 pela Primeira Câmara, de relatoria do conselheiro substituto Hamilton Coelho, com voto vencedor tendo sido proferido pelo conselheiro Sebastião Helvecio, considerou regular a terceirização na Administração Pública quando a atividade a ser desempenhada por terceirizado não for atividade-fim e quando não houver identidade entre as atribuições previstas para as funções licitadas e aquelas atribuídas a cargos integrantes da carreira, *in verbis*:

DENÚNCIA. SUPOSTA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS SIMILARES ÀS ATRIBUIÇÕES INERENTES A CARGOS DE CARREIRA. ALEGAÇÃO DE

PRETERIÇÃO IMOTIVADA DE CONCURSADOS. NÃO OCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. É regular a terceirização na Administração Pública quando a atividade a ser desempenhada por terceirizado não for atividade-fim e não houver identidade entre as atribuições previstas para as funções licitadas e as previstas para os cargos integrantes da carreira.

2. Não comprovado nos autos que a atividade licitada se constitui atividade-fim, e mais, manifesta a distinção entre as atribuições dos cargos de provimento efetivo e as atribuições das funções licitadas, não resta configurada, pois, a hipótese de preterição arbitrária e imotivada dos candidatos aprovados em concurso público.

(Denúncia n. 951643, relator conselheiro substituto Hamilton Coelho, Primeira Câmara, data da sessão 7/8/2018, rejeitada a proposta de voto do relator e aprovado por unanimidade o voto do conselheiro Sebastião Helvecio)

Na referida denúncia, um sindicato também questionou possível preterição de candidatos aprovados em concurso público decorrente de contratação, mediante procedimento licitatório, de empresa para prestação de serviços de suporte operacional na área de informática, atividade supostamente prevista para cargo integrante do respectivo plano de carreira do órgão.

Naquela assentada, em comparação didática, o voto vencedor, proferido pelo conselheiro Sebastião Helvecio, entendeu, naquele caso concreto, que não havia a alegada identidade entre as atividades desempenhadas pelos terceirizados e as previstas para os cargos existentes na estrutura do órgão, considerando lícita a opção administrativa pela terceirização da atividade de suporte à implantação de sistemas informatizados, mediante seguinte conclusão:

Não podemos olvidar que é indiscutível o controle da discricionariedade administrativa no que toca aos elementos legais, vinculantes do ato, ou seja, aqueles que devem seguir dados requisitos objetivos. Contudo, quando se trata de critérios relacionados à conveniência, à oportunidade, a elementos permeados de subjetividade, esse controle deve ser exercido excepcionalmente e de forma contida à luz da hipótese concreta.

Seguindo esse raciocínio, tendo como referência a Consulta n. 1024677, de relatoria do conselheiro Cláudio Couto Terrão, entendo que nenhuma das vedações à terceirização na administração direta, autárquica e fundacional, previstas no art. 3º do Decreto n. 9.507/18, e incorporadas à consulta, se aplicaria aos casos apresentados nestes autos, senão vejamos:

CONSULTA. LEI N. 6.019/74. TRABALHO TEMPORÁRIO. INAPLICABILIDADE À ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS. APLICABILIDADE ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL. APLICABILIDADE PARCIAL. EXCETO PARA ATIVIDADES QUE COMPREENDEM PARCELA DO PODER ESTATAL. EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA REGIDAS PELO ART. 173 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICABILIDADE PLENA SALVO QUANDO DEMANDAR ATRIBUIÇÕES INERENTES ÀS DO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS.

[...]

2) As normas da Lei n. 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam à administração direta, às autarquias e fundações públicas no que concerne às atividades que não compreendam o exercício de parcela do poder estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação,

de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Nesse ponto, especialmente quanto ao item “d” do excerto da ementa citada, o adjetivo “inerente”, segundo dicionário Houaiss, tem o seguinte significado:

**adjetivo de dois gêneros**

1 que existe como um constitutivo ou uma característica essencial de alguém ou de algo  
(função i. ao cargo de subprefeito) (alegria i. às crianças)

1.1 que só existe em relação a um sujeito, a uma maneira de ser que é intrínseca a este

**sinônimos**

específico, inseparável, ligado, peculiar, próprio

A questão, como se vê, está longe de ser simples e vem há tempos suscitando debates acalorados, inclusive no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, notadamente com relação à necessidade de se conferir normatividade à reclamada distinção entre atividade-fim e atividade-meio de determinada organização, pública ou privada:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.

1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007).

[...]

4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”.

5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa

de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas.

6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.

[...]

(RE 760931, Relator(a): ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-206 DIVULG 11-09-2017 PUBLIC 12-09-2017)

Conforme registrei, o gestor, em razões recursais e, a rigor, em sua defesa, ainda nos autos da denúncia, afirmou que não realizou contratação de mão de obra para atividade-fim da autarquia, mas efetuou a contratação de obras e serviços, com fundamento nos art. 10 e 67 da Lei n. 8.666/1993. Para refutar a afirmação, a Unidade Técnica considerou que o recorrente apenas insistiu nas mesmas teses que havia apresentado em defesa e que “o fato de existir na Lei de Licitações previsão de execução de obras e serviços de forma indireta de atividades relativas a projetos, construção e manutenção de rodovias, não exime o DER/MG do dever de observância às normas legais, notadamente, ao disposto no art. 37, *caput*, e inciso II, da Constituição Federal”, conforme págs. 125 e 126 destes autos.

Entretanto, a complexidade da questão demanda avaliação mais abrangente da atuação da autarquia, uma vez que, a prevalecer essa interpretação, poder-se-ia considerar que o DER estaria obrigado, diante da extensa descrição das atividades previstas para as carreiras de seus servidores, a executar por meio da atividade deles todas as obras e serviços necessários à implementação de suas políticas públicas no Estado de Minas. Não me parece, entretanto, a solução mais adequada, diante das tendências de especialização e descentralização com vistas à eficiência que é exigida da Administração Pública. A tese defendida pela Unidade Técnica, fundada na apresentação de quadros que elencam atividades que se consideram possuir “correlação com atribuições dos cargos efetivos permanentes do quadro efetivo da autarquia”, com a devida vênia, tende a invadir o juízo de discricionariedade sobre as opções administrativas de gestão de pessoal e de contratações adotadas pelo gestor que, cumpre lembrar, gozam de presunção de legitimidade e veracidade, a qual só pode ser elidida diante de prova consistente em contrário.

Assim, para a configuração da irregularidade e consequente penalização do gestor pela prática de terceirização ilícita, que se possa configurar efetivo exercício indevido de parcela de poder estatal por particulares, entendo importante a demonstração da identidade de atribuições e atividades entre cargos públicos e terceirizados que revele a indesejada sobreposição que, vale dizer, tenha o condão de colocar em risco a própria realização do interesse público primário.

Na comparação dos 21 cargos terceirizados, aparentemente voltados para atividades acessórias, colocados nos cinco quadros elaborados pela Unidade Técnica e ora transportados para este voto-vista, pela abrangência e superficialidade, especialmente para as atribuições dos cargos da estrutura do DER, não vislumbro indevida terceirização que se configure exercício de parcela de poder estatal.

Concluo, assim, com a devida vênia dos entendimentos em contrário, que não se encontra cabalmente demonstrado que os contratos firmados pela autarquia tiveram como objetivo a sobreposição de atribuições exclusivas de servidor efetivo por mão de obra terceirizada.

Especialmente sobre a imputação de terceirização de atividade exclusiva de estado, ressalto que, além de não coincidirem claramente com as atividades atribuídas aos cargos efetivos de fiscal de transportes e obras rodoviários – FTOR e de fiscal assistente de transporte e obras rodoviários – FATOR, as tarefas incumbidas ao pessoal das empresas prestadoras de serviço não se mostram claramente típicas de Estado.

Nesse sentido, cumpre ressaltar as seguintes informações extraídas do Quadro IA, peça n. 27, págs. 95/97, 105 e 154, da peça n. 27, e Quadros 1 a 3, peça n. 29, págs. 54/59, sobre os objetos contratados pelo DER, bem como sobre as atribuições dadas ao pessoal terceirizado:

<b>Nº do contrato</b>	<b>Objeto</b>	<b>Atribuições cargo terceirizado</b>
24.026/2010 (pág. 105, peça n. 27)	Complementação dos serviços de apoio à supervisão de obras rodoviárias do Programa de Melhoria da Acessibilidade de Municípios de Pequeno Porte de Minas Gerais de Ubá - 5 623/CRG.	apoio à coordenadoria regional do DER/MG na análise e estudo de solução na fiscalização da obra (apoio serviço de supervisão e fiscalização de obras (pág. 56, peça n. 29).
29.006/2007 (pág. 95, peça n. 27)	Serviços de supervisão ambiental de obras rodoviárias de melhorias e pavimentação	realização de vistorias técnicas e elaboração de relatórios de supervisão ambiental de obras rodoviárias (pág. 54, peça n. 29).
24.056/2006 (pág. 95, peça n. 27)	Serviços de Supervisão Ambiental de obras rodoviárias de Melhoria e pavimentação de diversos trechos do Programa Proacesso, extensão de 282,5 km	realização de vistorias técnicas e elaboração de relatórios de supervisão ambiental de obras rodoviárias (pág. 54, peça n. 29).
24.043/2007 (pág. 95, peça n. 27)	Execução dos Serviços de Supervisão Ambiental nas Obras de Melhoria de Ligações e Acessos no Vale do Rio Doce (17 trechos), Integrantes dos Programas Projeto Estruturador 04 Preços Pavimentação de Ligações e Acessos Rodoviários Municípios - Proacesso e PROMG	realização de vistorias técnicas e elaboração de relatórios de supervisão ambiental de obras rodoviárias (pág. 54, peça n. 29).
29.060/2007 (pág. 154, peça n. 27)	Prestação, em regime de empreitada, por preços unitários dos Serviços de Supervisão Geral, Monitoramento dos Indicadores Operacionais, Ambientais, Sociais e Financeiros e Avaliação de Projetos da Exploração, mediante Concessão Patrocinada, de forma contínua	análise e elaboração de pareceres sobre as demandas encaminhadas pelo engenheiro supervisor e pelo engenheiro sênior de estudos e projeto. (serviços de supervisão, monitoramento dos indicadores operacionais, ambientais, sociais e financeiros, avaliação de

		projetos de exploração, mediante concessão patrocinada, de forma contínua (pág. 58, peça n. 29)
--	--	---

Nota-se que o DER transferiu, por meio dos contratos, atividades de apoio à coordenadoria regional, a realização de vistorias técnicas, a elaboração de relatórios de supervisão, a análise e a elaboração de pareceres. Resta saber, nesse cenário, se tais tarefas poderiam ser consideradas atuação fiscalizatória no contexto examinado nos autos.

Ressalto que a fiscalização materializa o poder de polícia, instituto jurídico que possui conceituação legal no art. 78 do Código Tributário Nacional – CTN, nos seguintes termos:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Sobre o poder de polícia, Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>14</sup> esclarece o seguinte:

A expressão “poder polícia” pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa.

Nessa perspectiva, não depreendo, da análise do conjunto probatório trazido aos autos, que as atividades de apoio à coordenadoria regional e de vistorias técnicas, a elaboração de relatórios de supervisão e a análise e elaboração de pareceres, atribuídos a terceirizados, teriam o efeito de, por si só, limitarem ou disciplinarem direito, interesse ou liberdade, regular a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público, nos termos do art. 78 do CTN.

Assim, embora tais tarefas possam se configurar etapas para a concretização da atividade fiscalizatória empreendida pelo DER, não podem ser consideradas exercício do poder de polícia. Isso porque, isoladamente, essas atividades não são suficientes para condicionar ou regulamentar direitos e liberdades individuais, a despeito de constituírem parte da estrutura do ato que exterioriza o poder de polícia.

A propósito, na trajetória de enxugamento da máquina administrativa estatal e, por consequência, de ampliação das hipóteses de terceirização na Administração Pública, o Decreto 9.507/2018, adotado como referência pela já citada Consulta n. 1024677, de relatoria do conselheiro Cláudio Couto Terrão, teve revogado o § 2º do seu art. 3º, pelo Decreto

---

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo Brasileiro. 30 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 838.

n. 10.183/2019, que vedava a execução indireta de serviços “auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício de poder de polícia”. Noutras palavras, poder-se-ia até cogitar de terceirização de serviços acessórios ao exercício de poder de polícia por servidores públicos, desde que não incluam decisões estratégicas e que não afetem diretamente direitos dos administrados, representando, portanto, baixo risco ao interesse público primário.

Entendo, desse modo, que não restou demonstrado ao longo deste processo que as atividades transferidas ao pessoal terceirizado do DER detinham autoridade suficiente para limitar o exercício de direitos, em prol do interesse público, uma vez que poderiam se tratar de atos instrumentais no processo de formação da atividade fiscalizatória.

Ademais, não há elementos nos autos que comprovem que as atribuições específicas dos cargos de fiscal de transportes e obras rodoviários – FTOR e de fiscal assistente de transporte e obras rodoviários – FATOR, fixadas no Decreto Estadual n. 44.534/2007, foram realizadas por terceirizados. Assim, inexistindo prova concreta da delegação, considero verossímil a declaração do recorrente, à pág. 10 da peça n. 12, segundo a qual a lavratura de autos de infração e acompanhamento e fiscalização de obras e serviços eram executados por servidores do DER.

Aliás, a cópia do Termo de Referência relativo ao Contrato n. 29.060/2007, que atribuiu à contratada a função de acompanhar o desempenho da concessionária responsável por obras em trechos da Rodovia 050, à pág. 17 da peça n. 30, da Denúncia n. 835509, corrobora a informação apresentada pelo recorrente de que a contratada executaria tarefas de apoio às atividades fiscalizatórias do DER, nos termos a seguir transcritos:

## 2 - OBJETO

Este Termo de Referência tem por objeto os seguintes trabalhos:

- Supervisão geral do desempenho da Concessão, **no que tange a obras e serviços de apoio à fiscalização do DER-MG** do contrato de exploração, mediante CONCESSÃO PATROCINADA, das rodovias supracitadas;
- Serviços de "monitoramento dos indicadores do QID", para que possam ser processadas as informações de apuração dos parâmetros de desempenho da empresa detentora do contrato de CONCESSÃO PATROCINADA;
- Avaliação dos projetos e demais soluções previstas pela Concessionária para intervenções nas rodovias, **para que o DER-MG emita o parecer de “NÃO OBJEÇÃO”**, necessário para que a Concessionária execute as intervenções previstas. (grifei)

Nas disposições finais, à pág. 24 da peça n. 30, o mencionado Termo de Referência explicita que a fiscalização deve ser feita pelo DER, *in verbis*:

## 7 - DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

A fiscalização dos serviços será feita pela Diretoria de Fiscalização do DER/MG, gerenciadora do contrato, onde deverão ser apresentados, mensalmente, relatórios sobre o desenvolvimento dos trabalhos. Estes relatórios serão confeccionados em papel ofício comum, em 2 (duas) vias e em meio digital.

Além disso, é de se registrar a edição da Portaria n. 2.291/2007, às págs. 25/26 da peça n. 30, por meio da qual o DER designa servidores para compor unidade setorial responsável por “acompanhar e fiscalizar os assuntos referentes às atribuições delegadas ao DER no tocante à concessão de rodovias”.

Com base nessas informações é possível inferir que a autarquia transferiu a execução de atividades operacionais e de apoio técnico à atividade fiscalizatória que continuou sendo exercida pelo DER por meio de seus servidores. Portanto, razoável a alegação do recorrente de

que a supervisão das obras permaneceu sob o comando do DER. Notadamente, tudo indica que a autarquia delegou funções ligadas à supervisão, para que as contratadas exercessem atividades relativas ao levantamento de dados e soluções para subsídio às decisões que deveriam ser tomadas pela entidade.

Tal constatação afasta o apontamento referente à terceirização de atividade exclusiva de Estado e, conseqüentemente, a penalidade aplicada em razão da irregularidade. Dessa forma, entendo que a decisão proferida deva ser reformada, para desconstituir a multa aplicada ao então diretor-geral do DER.

Ademais, vale lembrar que a decisão que condenou os gestores neste processo foi proferida em 14/12/2017, conforme págs. 277/295 da peça n. 31, isto é, antes da promulgação da Lei n. 13.655/2018, que inclui disposições à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb e novas concepções de culpabilidade à atividade decisória dos Tribunais de Contas na apuração de responsabilidade e sanção dos agentes públicos, ao exigir a análise das circunstâncias que levaram à prática dos atos questionados e da presença de dolo ou erro grosseiro na conduta dos agentes.

Devolvida a matéria em recurso, entendo que caiba a análise das questões ora discutidas à luz das inovações legislativas. Outrossim, ressalto que este Tribunal, analisando o caráter sancionatório do ponto de vista da Lindb, vem entendendo que não basta a existência de irregularidades para imposição de multa, devendo ser analisadas condições acerca do agente, do fato e de suas circunstâncias, a exemplo do que foi decidido no julgamento do Recurso Ordinário n. 1084539, relator conselheiro Wanderley Ávila, sessão do dia 5/5/2021.

Assim, expostas as circunstâncias e as particularidades que envolvem o caso, conquanto não tenha restado demonstrada violação evidente ao art. 37, II, da Constituição da República, por parte dos gestores, considerando os argumentos de defesa, entendo que não se pode concluir pela ocorrência de dolo ou erro grosseiro, nos termos do art. 28 da Lindb, razão pela qual se faz necessária a reforma da decisão que aplicou multa aos agentes públicos.

Sob esse mesmo viés, considerando as peculiaridades deste caso, notadamente da complexa estrutura de cargos e atribuições previstas para o DER, que prevê carreiras para seu quadro de servidores em diversos níveis e com incumbências bastante abrangentes, além do demonstrado acréscimo relevante, inclusive com recursos de financiamento internacional, de programas de incremento da malha rodoviária mineira, deve-se ponderar, por imposição da Lindb, na interpretação de normas sobre gestão pública, os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados (art. 22), assim como as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente (art. 22, § 1º). Assim, entendo que o gestor envidou esforços para a gestão de inúmeros contratos de prestação de serviços, firmados com base na Lei de Licitações, na busca da consecução das políticas públicas legalmente incumbidas à autarquia.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, para desconstituir as multas aplicadas ao Sr. José Elcio Santos Monteze, ex-diretor-geral do DER, por entender que não foi demonstrado que a contratação de empresas prestadoras de serviço e da MGS tiveram como objeto a terceirização de atividade-fim do DER, nem de função exclusiva de Estado, tampouco de atribuições previstas na estrutura de carreira do DER, uma vez que não se revelou exata correspondência entre as funções dos funcionários terceirizadas e as atribuições dos cargos efetivos da autarquia, tampouco prova de que atividades fiscalizatórias tenham sido exercidas por funcionários terceirizados, não havendo como persistir, por conseguinte, a imputação de ofensa ao art. 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, por contabilização incorreta das despesas com as mencionadas contratações.

## 1.2 Distorção do conceito de consultoria

A respeito da penalidade imputada pelo desvirtuamento do conceito de consultoria, previsto no art. 13, I, c/cart. 25, II, da Lei n. 8.666/1993, verifico que o apontamento foi apurado a partir da análise dos orçamentos sintéticos relativos aos Contratos n. 22.122/2009, 22.005/2011 e 22.016/2011, nos termos do Relatório de Inspeção juntado às págs. 47/48 da peça n. 29, da Denúncia n. 838509. Conforme apurou a equipe técnica, o DER, ao ser questionado sobre valores expressivos para serviços de consultoria, informou que tais despesas se referiam a veículo tipo gol, caminhão tanque e horas de servente, nos termos do Comunicado de Inspeção juntado à Denúncia n. 838509, às págs. 32/33 e 187/188 da peça n. 28.

Em suas razões recursais, o Sr. José Elcio Santos Monteze informou que a irregularidade constatada pelos técnicos deste Tribunal ocorreria em praticamente todos os contratos de obras no âmbito do DER, uma vez que os serviços contratados são agrupados em grandes itens, para fins de reajustamento das medições, conforme critérios estabelecidos em Instruções de Serviço do Departamento Nacional de Infraestrutura Terrestre – DNIT.

Afirmou que nem todos os serviços incluídos no item de consultoria se referem à locação de mão de obra. Esclareceu, no entanto, que a inclusão segue entendimento da Assessoria de Custos do DER e o disposto no art. 7º, inciso II, § 2º, da Lei n. 8.666/1993.

O Sr. Fuad Jorge Noman Filho e o Sr. João Antônio Teixeira alegaram que os serviços de pessoal, equipamentos e maquinários, possuem natureza instrumental para o cumprimento do contrato, e por isso foram incluídos no grupo consultoria. Argumentaram que a inclusão desses serviços no grupo consultoria se deve à impossibilidade de se prever todos os serviços/materiais passíveis de serem utilizados em uma licitação. Neste contexto, informaram que o DER, por meio de sua Assessoria de Custos, apenas incluiu tais serviços no item que lhe pareceu mais pertinente, uma vez que possuíam caráter instrumental em relação aos serviços a serem executados.

Mediante análise dos autos da Denúncia n. 838509, verifiquei que a equipe de inspeção juntou os orçamentos sintéticos, às págs. 190/199 da peça n. 28, para comprovar a inclusão dos itens caminhão tanque e veículo tipo gol, nos valores de R\$ 154.500,72 e R\$ 288.203,50, respectivamente, como consultoria.

Embora tais documentos comprovem a indevida inclusão dos itens como serviços de consultoria, constatei que os documentos constantes dos autos não permitem apurar com exatidão os responsáveis pela irregularidade. Consoante exposto no Relatório de Inspeção, a falha teria sido perpetrada no bojo dos Contratos n. 22.122/2009, 22.005/2011 e 22.016/2011. No entanto, os instrumentos contratuais mencionados não foram juntados aos autos. Não é possível, desse modo, identificar os responsáveis pela designação dos referidos itens como consultoria.

Aliás, os orçamentos sintéticos que comprovam a irregularidade foram elaborados pelo setor denominado “Assessoria de Custos” e subscritos pelos engenheiros, Sr. Antônio Magno Silva Rocha, Sra. Cláudia Baccarini Pacífico Homem e Sr. Ney Loureiro Lima, que não foram citados para se manifestarem em relação ao apontamento nos autos da Denúncia n. 838509.

Desse modo, diante da ausência de demonstração de conduta irregular por parte do ex-diretor-geral do DER, entendo que deve ser dado provimento ao recurso, para desconstituir a multa a ele aplicada.

### **1.3 Indeferimento de solicitação de nomeações de candidatos aprovados no concurso público**

Na decisão recorrida, este Tribunal imputou multa, no valor de R\$ 2.500,00, à Sra. Renata Maria Paes de Vilhena, secretária de estado de Planejamento e Gestão, em razão da inobservância dos princípios da segurança jurídica, legalidade e razoabilidade, pelo indeferimento de solicitação de nomeações de candidatos aprovados no concurso público, regulado pelo Edital 1/2008, sem justificativa plausível e comprovada, tendo em vista a existência de elevado número de vagas não preenchidas e candidatos em número suficiente para provê-las.

Embora a multa aplicada não tenha sido objeto de recurso, entendo que a matéria possa ser reapreciada por este Tribunal, em razão do efeito expansivo dos recursos. Vale anotar que a gestora se defendeu nos autos da Denúncia n. 838509 sem advogado constituído e que foi intimada do acórdão que lhe aplicou penalidade por meio do DOC, não havendo prova nos autos de que tenha efetivamente tomado ciência da decisão.

Na linha do argumento até aqui desenvolvido, verificou-se, em suma, que não se mostra plenamente configurada neste processo a imputação de violação ao art. 37, II, da Constituição da República, decorrente da gestão de inúmeros contratos administrativos de prestação de serviços firmados pela autarquia, o que, por si só, já seria suficiente à reforma do acórdão também com relação à então secretária de estado de Planejamento e Gestão, que teria, em tese, contribuído para a irregularidade que ora afastou.

Não obstante, cumpre destacar que as dificuldades com relação ao pessoal da autarquia foram retratadas no documento juntado aos autos da Denúncia n. 838509, às págs. 80/94 da peça n. 27, que informou a desproporção entre a expansão da malha rodoviária e a quantidade de servidores da autarquia, bem como apontou a situação do quadro de pessoal, composto em sua maioria por servidores com cinquenta anos ou mais e baixa escolaridade, bem como indicou a necessidade de realização de concurso público, alteração de vencimentos e melhorias na carreira.

Considero, nesse cenário, que o DER tentou solucionar a questão do déficit de pessoal com a realização de concurso público, regulamentado pelo Edital n. 1/2008, para provimento de diversos cargos públicos de sua carreira, conforme págs. 3/26 da peça n. 28. Observo, outrossim, que a validade do concurso coincidiu com o prazo de autorização de contratação de mão de obra, uma vez que foi deflagrado em 2008 e teve sua vigência prorrogada até 2012, conforme pág. 27, peça n. 28, da Denúncia n. 838509, mesmo período das Resoluções n. 6/2008, n. 4/2009, n. 3/2010, n. 8/2011, n. 2/2012, às págs. 207/214, peça n. 31, da Denúncia n. 838509.

Vale dizer que, concomitantemente aos contratos de terceirização, os gestores tentaram resolver suas dificuldades com falta de servidores, por meio da realização de concurso público, que constitui instrumento jurídico adequado para acesso aos cargos públicos. Entretanto, a autarquia não obteve êxito com a medida adotada, consoante quadro juntado aos autos da Denúncia n. 838509, às págs. 29/31, peça n. 28, que demonstra o desinteresse dos candidatos aprovados no provimento do cargo e o baixo preenchimento dos cargos oferecidos no certame.

Embora a Unidade Técnica tenha apontado a existência de candidatos aptos para nomeação e a inocorrência de convocação dos aprovados como excedentes para vagas remanescentes, conforme págs. 22/29, peça n. 29, da Denúncia n. 838509, verifiquei que o diretor-geral do DER formulou pedido para nomeação dos demais classificados no certame, de acordo com a pág. 76, peça n. 28, da Denúncia n. 838509. Entretanto, como bem destacou a Unidade Técnica, às págs. 31/33, peça n. 29, da Denúncia n. 838509, tais pedidos foram indeferidos pela secretária de estado de Planejamento e Gestão, sob o argumento de que a medida elevaria as

despesas com folha de pagamento de pessoal do Poder Executivo, conforme págs. 73/74, peça n. 28, da Denúncia n. 838509.

Especialmente sobre eventual responsabilidade pelo não provimento dos cargos da estrutura funcional da autarquia, é oportuno ressaltar que a decisão pela negativa dos pedidos de nomeação, além de justificada, foi tomada por órgão colegiado, conforme documentos às págs. 73/74, peça n. 28, da Denúncia n. 838509. Nesse caso, o indeferimento constituiu resultado da atuação da Câmara de Coordenação Geral, Planejamento, Gestão e Finanças, cujos membros não foram nominados nos citados documentos.

Assim, entendo que não caberia a responsabilização da Sra. Renata Maria Paes de Vilhena, imputada na decisão recorrida, tendo em vista que não há indícios de que a secretária de estado tenha exercido funções na mencionada comissão.

Nessa esteira, vale lembrar que a nomeação de candidatos aprovados como excedentes em concurso público traduz-se em ato discricionário da Administração Pública, conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal – STF, no Recurso Extraordinário n. 837311, em que se reconheceu que o candidato aprovado além do número de vagas oferecidas no edital possui apenas expectativa de direito à nomeação, uma vez que compete à Administração Pública decidir sobre provimento de cargos público vagos, observadas as normas constitucionais e o interesse público.

Assim, com a devida vênia aos entendimentos em contrário, entendo que não houve, *in casu*, violação a dever jurídico, uma vez que estou considerando ausente no processo a demonstração de violação ao art. 37, II, da Constituição da República, e que o indeferimento do pedido de nomeação de candidatos aprovados em concurso público se encontra justificado em razões de ordem orçamentária e financeira, bem como que se encontra dentro da margem de discricionariedade decisória do gestor, razão pela qual deve ser desconstituída a multa aplicada à Sra. Renata Maria Paes de Vilhena, ex-secretária de estado de Planejamento e Gestão.

## **2. Recurso Ordinário n. 1031654**

### **2.1 Responsabilidade solidária pela terceirização ilícita em razão de ato delegatório**

A decisão recorrida imputou multa individual, no valor de R\$ 1.000,00, ao Sr. João Antônio Fleury Teixeira, ao Sr. Fuad Jorge Nomam Filho e ao Sr. Carlos Carmo Andrade Melles, ex-secretários de estado de Transportes e Obras Públicas, em razão de responsabilidade solidária com o Sr. José Élcio Santos Monteze, diretor-geral do DER, pelas irregularidades constatadas relativas a excessos na terceirização de mão de obra, por terem editado as resoluções que delegaram autorização para contratação a título de consultoria de atividade-fim em violação ao princípio do concurso público.

Os recorrentes, ex-secretários de estado, Srs. Fuad Jorge Noman Filho e João Antônio Fleury Teixeira, à peça n. 12 do Recurso Ordinário n. 1031654, afirmaram que as resoluções editadas autorizaram a contratação de serviço especializado de consultoria, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei n. 9.784/1999. Alegaram que os atos de delegação são regulares, uma vez que observaram as disposições legais. Ressaltaram que o DER tem legitimidade para realizar as contratações, por se tratar de entidade autárquica que possui autonomia administrativa e financeira, conforme art. 2º do Decreto n. 47.069/2016.

Mencionaram que a responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta e depende da análise do caso concreto, da conduta culposa do delegante, da reconhecida irregularidade do ato e da má escolha do delegado, o que não se vislumbrou na situação analisada.

Nesse cenário, reitero as considerações sobre a terceirização efetuadas no item 1.1 deste voto sobre a regularidade das contratações realizadas pelo DER e da necessidade de observância da Lindb no caso, que me levaram à conclusão de não restar configurada violação ao art. 37, II, da Constituição da República.

Destaco que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais tem entendido ser necessária a comprovação da terceirização ilícita para que se desconstituam contratos de prestação de serviços firmados por entes públicos:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS DE ACESSORIA E CONSULTORIA PARA ÓRGÃOS PÚBLICOS PARA A ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL. PROVA DA PRORROGAÇÃO DA VIGÊNCIA CONTRATUAL. INTERESSE DE AGIR VERIFICADO. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES FINALÍSTICAS. VÍCIO NÃO DEMONSTRADO. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO ANULATÓRIO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO.

[...]

- É lícito à Administração Pública contratar serviços técnicos profissionais especializados para trabalhos relativos, dentre outros, a estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos, elaboração de pareceres e avaliações em geral, assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias e treinamento e aperfeiçoamento de pessoal.

- Não comprovada a alegação, de terceirização ilícita da atividade administrativa, deve ser mantida a sentença que julgou improcedente o pleito de anulação do contrato administrativo de prestação de serviços técnicos profissionais de assessoria e consultoria a órgãos da Administração Pública. (TJMG - Apelação Cível 1.0476.17.001241-5/001, Relator(a): Des.(a) Elias Camilo, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/10/2021, publicação da súmula em 12/11/2021)

Desse modo, a inexistência de prova de fato irregular torna prejudicada a análise quanto ao nexos de causalidade entre o resultado e eventuais condutas comissiva ou omissiva dos ex-secretários de estado, quais sejam, a edição de resoluções delegando competência para autorizar contratações e a ausência de controle dos ajustes celebrados. Com efeito, por entender que não existiu irregularidade perpetrada pelo diretor-geral do DER, considero não há que se perquirir sobre a responsabilidade das autoridades delegantes.

Portanto, diante da ausência de demonstração de conduta irregular por parte dos ex-secretários de estado de Transportes e Obras Públicas, entendo que deve ser dado provimento ao recurso, para também desconstituir a multa a eles aplicada.

### III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, com a devida vênia ao relator, dou provimento ao recurso interposto pelo Sr. José Elcio Santos Monteze, ex-diretor-geral do DER, para desconstituir as multas a ele aplicadas no valor total de R\$ 5.000,00, por entender que não foi demonstrado que a contratação de empresas prestadoras de serviço e da MGS tiveram como objeto a terceirização de atividade-fim do DER, nem de função exclusiva de Estado, tampouco de atribuições previstas na estrutura de carreira do DER, uma vez que não se revelou exata correspondência entre as funções dos funcionários terceirizados e as atribuições dos cargos efetivos da autarquia, tampouco prova de que atividades fiscalizatórias tenham sido exercidas por funcionários terceirizado, não havendo como persistir, por conseguinte, a imputação de ofensa ao art. 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, por contabilização incorreta das despesas com as mencionadas contratações, bem como diante da ausência de demonstração de que foi responsável pelo

desvirtuamento no conceito de consultoria, em desacordo com o art.13 c/c art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993, nos orçamentos sintéticos elaborados pelo DER relativos aos Contratos 22122/2009, 22005/2011 e 22016/2011.

Ademais, dou provimento ao recurso interposto pelo Sr. João Antônio Fleury Teixeira e pelo Sr. Fuad Jorge Nomam Filho, ex-secretários de estado de Transportes e Obras Públicas, para desconstituir a multa a eles aplicada no valor de R\$ 1.000,00, por entender que não restou demonstrada a conduta irregular a eles imputada. Outrossim, em atenção ao efeito expansivo subjetivo do recurso, bem como para evitar decisões conflitantes, voto para que o resultado do provimento do recurso seja estendido ao responsável que não recorreu, Sr. Carlos Carmo Andrade Melles, ex-secretário de estado de Transportes e Obras Públicas, uma vez que se encontra na mesma situação fática dos recorrentes, desconstituindo-se a multa a ele também aplicada no valor de R\$ 1.000,00.

No mesmos sentido, em atenção ao efeito expansivo subjetivo do recurso, uma vez que considerei que não houve, *in casu*, violação a dever jurídico, pois ausente no processo a demonstração de violação ao art. 37, II, da Constituição da República, e que o indeferimento do pedido de nomeação de candidatos aprovados em concurso público se encontra justificado em razões de ordem orçamentária e financeira, bem como que se encontra dentro da margem de discricionariedade decisória do gestor, voto para que o resultado do provimento dos recursos seja estendido à responsável que não recorreu, Sra. Renata Maria Paes de Vilhena, ex-secretária de estado de Planejamento e Gestão, desconstituindo-se a multa a ela aplicada no valor de R\$ 2.500,00.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Pela ordem, senhor Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Com a palavra, pela ordem, o Conselheiro Durval Ângelo.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Lendo, atentamente, o substantivo voto do Conselheiro Adonias, retiro o meu voto anterior e acompanho a divergência.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Mantenho a decisão recorrida. Não acompanho.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Não acompanha o Relator e nem o voto-vista.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Acompanho o voto divergente do Conselheiro Adonias.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Que foi acolhido pelo Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Acompanho o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

O Conselheiro José Alves Viana está impedido.

Conselheiro Licurgo Mourão em substituição ao Conselheiro José Alves Viana, como vota.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

Senhor Presidente, considerando que o Conselheiro Durval Ângelo aderiu ao voto divergente, então acompanho o Relator, Conselheiro Durval Ângelo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

FICA APROVADO O VOTO DIVERGENTE DO CONSELHEIRO ADONIAS MONTEIRO, QUE FOI ACOLHIDO PELO RELATOR, CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO. VENCIDO O CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA, COM A SUSPEIÇÃO DO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ E DO CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL MARCÍLIO BARENCO CORRÊA DE MELLO.)

sb/rp/fg

