



PROCESSO N. 838509

NATUREZA: DENÚNCIA

DENUNCIANTE: SINDICATO DOS TRABALHADORES DO DER/MG.

DENUNCIADO: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE MG (DER/MG)

ANO DE REFERÊNCIA: 2010

I- SÍNTESE DOS FATOS

Denúncia apresentada pelo Sindicato dos Trabalhadores do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais (SINTDER), protocolada neste TCEMG e autuada como processo n. 838.509, relatando possíveis irregularidades praticadas no Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais (DER/MG), que violariam o princípio constitucional de ingresso no Serviço Público por meio de concurso público e a excessiva terceirização de serviços.

A 2ª Coordenadoria de Fiscalização de Atos de Pessoal Estadual – CFAPE, unidade técnica vinculada à DCEE deste TCEMG, em seu relatório às fl. 44/52, concluiu pela insuficiência de elementos capazes de subsidiar uma análise conclusiva quanto à procedência ou não da denúncia, sugerindo a realização de inspeção.

À fl. 53, o Eminentíssimo Conselheiro Relator determinou a realização de inspeção na mencionada autarquia visando à coleta de provas documentais.

Em cumprimento à determinação, foi realizada inspeção extraordinária no Departamento de Estrada de Rodagem de Minas Gerais (DER/MG), no período de 14/05/2012 a 01/06/2012, conforme Portaria DCEE 015, de 10/05/2012, fl. 64.



O escopo da inspeção restringiu-se ao exame da legalidade das contratações de serviços terceirizados efetuadas entre janeiro de 2008 até abril de 2012 pelo DER/MG, sob o foco dos preceitos do Inciso II do art. 37 da Constituição da República de 1988.

Analizou-se a legalidade da terceirização de mão-de-obra no período entre janeiro de 2008 a maio de 2012.

Em decorrência, foi elaborado o Relatório de Inspeção Extraordinária, fl. 414/475, que apontou diversos fatos e irregularidades, que podem ser sintetizadas na conclusão exposta no referido relatório, adiante transcrita:

A equipe de inspeção constatou que **o DER/MG firmou contratações de empresas terceirizadas cujos empregados/profissionais executam suas atividades finalísticas, previstas na Lei 15.469/2005**, conforme Itens 3.1 a 3.1.4 deste relatório, fl. 428/433. Apurou-se ainda que **empregados da MGS vêm prestando serviços em atividades previstas na estrutura da carreira do DER/MG** (Item 3.3 deste relatório, fl. 444/446).

Tais situações, s.m.j., constituem **burla ao Princípio do Concurso Público consagrado no art. 37, caput e inciso II, da Constituição Federal e Súmula 35 deste TCE/MG**.

Ressalta-se que na terceirização devem ser observadas condições legais a fim de que não se utilize o contrato ilimitadamente, não se podendo celebrar contratos para delegação de atividades tipicamente estatais. Mesmo para as tarefas consideradas acessórias, seu uso deve ser analisado com parcimônia, para se aferir se produz vantagens reais, não se esquecendo que a eficiência na terceirização está diretamente relacionada à redução de gastos, sem deixar, no entanto, de se observar o cumprimento de princípios constitucionais e normas legais.

Em razão do já mencionado, a equipe de inspeção concluiu, ainda, pela **inobservância do §1º do art. 18 da LRF**, uma vez que as despesas relativas a essas contratações deveriam ter sido contabilizadas como "Outras Despesas de Pessoal", por se tratar de atividades afetas aos servidores do quadro de efetivos do DER/MG.

Apurou-se, também, que **essas terceirizações ocorreram também em atividades exclusivas do Estado ferindo o disposto no § 2º do art. 4º, da Lei 15.469/2005**.

Apurou-se, ainda, que está havendo um desvirtuamento no conceito de serviços de consultoria estabelecido no art. 13, I, c/c art. 25, II, da Lei 8.666/93 em orçamentos de serviços elaborados pelo DER/MG, relativos às atividades rotineiras e finalísticas, comprometendo a transparência e o princípio da legalidade, conforme Item 3.8 deste relatório, fl. 457/459.

Quanto ao último concurso público promovido pelo DER/MG, para provimento de cargos efetivos (Edital 01/2008), apurou-se que, **até a data final da inspeção in loco, não foram preenchidas 69 vagas para o cargo de FTOR e 57 vagas para o cargo de FATOR** em especialidades diversas, totalizando **126** vagas, conforme demonstrado nos Quadros B e C dos Itens 3.2.1 e 3.2.2 deste relatório, fl. 435/436. No entanto, em 50 dessas vagas todos os candidatos aprovados já foram nomeados.

Para as demais vagas não providas, embora tenham sido nomeados todos os candidatos classificados dentro do limite estabelecido, **restavam, ainda, até o final da inspeção in loco, candidatos aprovados como excedentes, e não nomeados, em número suficiente para suprir as vagas remanescentes**, com exceção do cargo de FTOR – Região II (formação engenheiro civil), em que restaram somente 2 candidatos não nomeados para 10 vagas não providas, **que deveriam ter sido nomeados até o preenchimento total das vagas remanescentes**, conforme Item 3.2.4 deste relatório, fl. 438/440.

Entretanto, **embora tenha requerido à SEPLAG a efetivação dessas nomeações, o DER/MG teve seu pleito indeferido pelo referido órgão**, à míngua de justificativa plausível e comprovada, em inobservância, portanto, aos princípios da segurança jurídica, legalidade e da razoabilidade, conforme exposto no Item 3.2.6 deste relatório, fl. 442/444.

A equipe de inspeção **conclui também pela necessidade de realização de novo concurso público para provimento de cargos efetivos**, em razão do elevado desinteresse do candidato nomeado no último certame realizado (Edital 01/2008) e pela constatação de contratações de empresas que executam atividades finalísticas da autarquia, denotando ser insuficiente o número de servidores para atendimento às atividades finalísticas do DER/MG.

Em relação ao Quadro de Pessoal do DER/MG, a maioria dos servidores com funções finalísticas da entidade está próxima da aposentadoria, conforme Nota Técnica elaborada pela sua Diretoria de Gestão de Pessoas (Item 3.4 deste relatório, fl. 446/448). Desta forma, conclui-se pela necessidade de incorporação de novos servidores concursados, para que haja o repasse de conhecimentos e experiências dos atuais para os futuros servidores sob pena de deterioração da cultura organizacional da autarquia.

Ressalta-se que a revitalização do quadro de pessoal da entidade inspecionada deve ser acompanhada de medidas (inclusive de melhor remuneração) que assegurem e motivem a permanência dos atuais servidores e dos que venham a incorporar em seu quadro de efetivos.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DO ESTADO
2.ª Coordenadoria de Fiscalização Estadual



A representante do Ministério Público de Contas manifestou-se, às fl. 479/480, entendendo não haver irregularidades a serem aditadas aos termos da presente denúncia, requerendo, ao final, a citação dos responsáveis, para apresentarem defesa;

O Exmo Sr. Conselheiro Relator, à fl. 481, determinou a citação do Diretor Geral do DER/MG, para que apresentasse alegações e documentos pertinentes aos fatos e apontamentos descritos no relatório da Unidade Técnica, fl. 414 a 464, sintetizadas nos itens 1 a 5 do quadro de fl. 463, e da Srª Renata Maria Paes de Vilhena, Secretária de Estado de Planejamento e Gestão (SEPLAG/MG), para manifestação quanto ao subitem 3.2.6 do relatório técnico, fl. 442 a 444 (item 6, quadro fls.463).

Em resposta às referidas citações, a Sr.ª Renata Maria Paes de Vilhena protocolou, em 18/10/2013, o Ofício GAB/SEC. n. 680/13, acompanhada da Nota Técnica SUGESP n. 09/2013, de outubro de 2013, fl. 487/489, e do OF.CCGPGF n. 334/13, de 30/07/2013, fl. 490.

Da mesma forma, o Sr. José Élcio Santos Monteze protocolou, na mesma data, a defesa de fl. 491/533, e os documentos de fls.534/956.

O Exmo Sr. Conselheiro Relator deste processo, à fl. 958, determinou o encaminhamento dos autos a essa unidade técnica, para que se manifeste acerca das defesas e documentação apresentada

Em cumprimento à referida determinação, procede-se à análise técnica dos presentes autos.

É a síntese



II- DA DEFESA APRESENTADA PELO SR. JOSÉ ELCIO SANTOS MONTEZE

Conforme exposto, o Sr. José Elcio Santos Monteze, Diretor-Geral do DER/MG, manifestou-se, às fls.491/533, argumentando o seguinte:

1. DA CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES EM ATIVIDADE-FIM DO DER/MG, COM INTERMEDIÇÃO DE EMPRESAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (itens 3.1 a 3.1.4 do relatório)

Aponta o relatório em comento, no item de nº 3.1, que “*apurou-se a contratação de empresas terceirizadas cujos empregados/profissionais executam atividades finalísticas do DER/MG, previstas na Lei 15.469/2005...*”, e que “*a equipe de inspeção verificou que as atribuições que foram indevidamente terceirizadas distribuem-se entre as Diretorias de Projetos, de Infraestrutura Rodoviária, de Fiscalização e de Operações e de acordo com a documentação... essas contratações teriam observado os devidos procedimentos licitatórios;*”.

[...]

Dessa forma, indicam irregularidades em todos os contratos celebrados por esta autarquia no que se refere à elaboração de projetos e execução de obras rodoviárias, bem como os de apoio à supervisão de obras da mesma natureza, por coincidirem com as atividades finalísticas desta autarquia.

Pois bem. Quanto à execução de obras rodoviárias e prestação de serviços, ainda que coincidentes com a atividade-fim desta autarquia, dúvida não há sobre a autorização conferida pela própria Lei 8.666, de 21 de junho de 1993:

Art. 10. [...]

E o próprio dispositivo legal trata de definir o conceito de execução direta e indireta, em seu art. 6º:

[...]

Quanto ao questionamento acerca de elaboração de projetos e execução de obras e serviços em rodovias de competência desta autarquia, causa espanto tal linha de raciocínio, uma vez que, além de permitida pela Lei de Licitações, tem sido amplamente adotada em âmbito nacional, sem qualquer discussão sobre a sua possibilidade.

Para tanto, basta constatar que os órgãos rodoviários estaduais e federal licitam a realização de projetos e obras rodoviárias, se desincumbindo de realizá-las diretamente, seja em razão da insuficiência de pessoal, seja da carência de maquinário adequado. **Trata-se de decisão política e permitida pela legislação vigente.**

Não admitir tal raciocínio seria compelir todos os órgãos rodoviários a possuírem maquinário e pessoal suficiente para realizar, de forma direta, todas as obras rodoviárias e elaboração de projetos no âmbito de suas competências.

Ora, obviamente uma autarquia responsável pela manutenção da malha rodoviária de seu Estado possuirá em quadro de pessoal, com cargos devidamente criados em lei, engenheiros, topógrafos, além de outras funções necessárias ao adequado desempenho de suas atribuições, até mesmo para que possa fiscalizar e avaliar os serviços contratados junto a terceiros.

No entanto, a existência de tais cargos não pode inviabilizar, por exemplo, a contratação da elaboração de projeto rodoviário, cujo desenvolvimento deverá se dar também por engenheiro vinculado à sociedade contratada para tal fim.

Entender, por exemplo, que o simples fato da autarquia possuir engenheiro em seu quadro de pessoal, com competência para a elaboração de projetos, impediria a execução indireta do serviço a ser desenvolvido, seria equivalente a dizer que a execução indireta de qualquer serviço rodoviário estaria proibida, por demandarem necessariamente a atuação de tal profissional. **Assim, uma autarquia como o DER-MG ou DNIT, por possuírem engenheiros em seus quadros, e terem como atividades-fim a manutenção e implementação de rodovias, restariam invariavelmente impedidas de realizar licitações para a contratação de elaboração de projetos, pavimentação de rodovias, além de outros serviços necessários.**

Tanto é que a própria Lei Delegada Estadual nº 180, de 20 de janeiro de 2011, assim dispõe:

[...]

Assim, o próprio legislador estadual cuidou de autorizar a execução indireta das atividades relativas a projetos, construção e manutenção de rodovias no âmbito de competência do DER-MG.

Obviamente, e conforme pode ser verificado no Termo de Referência de qualquer um dos contratos sob análise desse Egrégio Tribunal de Contas, **esta autarquia não abdica de sua prerrogativa de fiscalização dos serviços prestados por terceiros, os quais devem ser analisados e recebidos antes de qualquer pagamento ser efetuado.**

Quanto aos mencionados serviços de apoio à supervisão, estes serão objeto de análise específica no tópico de nº 3 da presente manifestação.

Porém, e conforme verificado, dúvida não pode haver quanto à legalidade das contratações realizadas, visto que permitidas pela legislação vigente e amplamente aceitas por doutrina e jurisprudência pátria.

Dessa forma, a “fundamentação normativa” apontada como supostamente violada no “Quadro E” do relatório em estudo mostra-se totalmente inaplicável ao caso, tendo em vista que os mencionados contratos **não se referem à**

contratação de pessoal, mas sim de serviços ou obras rodoviárias, ausente qualquer caráter de pessoalidade na prestação dos serviços, sendo aplicável assim todo o regramento relativo a licitações e não a concursos públicos para a contratação de pessoal.

Tanto é que a própria Lei de Licitações, que trata da execução indireta de tais serviços e obras, cuida de impor as modalidades de licitação aplicáveis a cada um dos casos.

Na mesma esteira, ressalta-se a total inaplicabilidade da mencionada Súmula nº 35 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, que assim dispõe:

[...]

Ora, não pode pairar dúvida de que o entendimento firmado na mencionada súmula é aplicável somente aos casos de contratação indireta de pessoal; tal como se analisará no tópico às terceirizações de mão-de-obra junto à MGS; e não aos contratos de obras e serviços rodoviários, nos quais é contratado um produto específico de determinada pessoa jurídica, a qual se incumbe de desempenhá-lo por seus funcionários, sem qualquer caráter de pessoalidade, elaborando determinado projeto rodoviário ou executando determinada obra.

Logo, não se pode imputar violada norma que exige concurso público para contratação de servidores nas hipóteses em que o dispositivo legal aplicável é a Lei de Licitações, que trata da execução indireta de serviços/obras, devendo ser aplicadas em tais hipóteses as modalidades de licitação cabíveis.

2. DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR EMPREGADOS DA MGS EM ATIVIDADES PREVISTAS NA ESTRUTURA DA CARREIRA DO DER-MG (item 3.3 do relatório)

Conforme consta do relatório elaborado pelos ilustres Analistas de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, verificou-se que durante o período inspecionado, de 2008 a 2012, a *“empresa MGS vem prestando serviços de apoio administrativo e operacional à autarquia”*.

Aponta o mencionado relatório, em síntese, que teriam sido terceirizadas funções inerentes à estrutura das carreiras do grupo de atividades de transportes e obras públicas do poder Executivo, previstas nos Anexos I e II do Decreto Estadual nº 44.534, de 25 de maio de 2007, sendo que *“as funções de Artífice, Auxiliar de Mecânico, Auxiliar de Serviços, Brochurista Gráfico, Copeiro, Recepcionista e de Telefonista, executadas por empregados da MGS, são idênticas ou similares às atribuições do cargo de AUTOP. Da mesma forma, as funções de auxiliar de serviço especializado, motorista e técnico em informática identificam-se com aquelas previstas para o cargo de AGTOP”*.

Apontam também os ilustres analistas do Egrégio Tribunal de Contas Mineiro que foi constatado o ajuizamento de ação trabalhistas pelo Sr. *“Honório Alves Braga, objetivando, dentre outros direitos, a equiparação salarial com servidor efetivo da autarquia, justamente em razão da identidade de funções por ele desempenhada com a dos servidores da autarquia”*.

Informam também, à fl. 446, que a *Chefe da Gerência de Pessoal do DER-MG, Sra. Kátia Cilene Lucas de Almeida*, em resposta ao item 4 da entrevista, fl. 289/290, informou que o cargo de AUTOP (escolaridade fundamental) “por determinação legal, não mais existirá ingresso no serviço público, tendo em vista que o Estado não mais fará concurso para a carreira de nível básico”, concluindo que, “em que pese a proibição legal aludida pela Chefe da Gerência de Pessoal do DER-MG, a terceirização de serviços, ainda que em atividades consideradas meio na Administração Pública, somente é possível quando não abranger as categorias funcionais do órgão/entidade estatal, exceto quando se tratar de cargo extinto no órgão contratante, sob pena de burla à norma constitucional de obrigatoriedade de concurso público para a investidura em cargos públicos...”

Pois bem. Inevitável abordar o assunto sem traçar distinções essenciais ao intuito da terceirização, no âmbito do Direito do Trabalho, é tido como “a transferência de segmento ou segmentos do processo de produção da empresa para outras de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida”.

Luciano Ferraz, em percutiente análise do tema, conceitua:

Do ponto de vista jurídico, terceirização (em sentido lato) é termo designativo das diversas formas de trespasse de atividades próprias de uma pessoa a outra. Numa acepção mais restrita, compreende os ajustes pelos quais se busca a locação de serviços, a contratação de pessoal por interposta pessoa, para que sejam supridas necessidades, transitórias ou permanentes, do serviço. É a terceirização de mão-de-obra.

Assim, tomada, como “trespasse de atividades”, tem-se como marco regulatório da terceirização o Decreto-lei n.º 200, de 1967, que ao dar tratamento à reforma administrativa, valeu-se da expressão execução indireta com o mesmo sentido:

[...]

Da mesma sorte, o Decreto-lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986, que dispunha sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências, contemplou genericamente a contratação de serviços de terceiros pela Administração:

[...]

É dizer que, hodiernamente, com a Lei Federal n.º 8.666, de 1993 (Lei de Licitações e Contratos na Administração Pública), a terceirização vê-se contemplada pelo ajuste de execução indireta de serviço, conforme já se verificou na presente manifestação:

[...]

O contraponto à ampla admissão da terceirização deu-se com o estabelecimento da regra do concurso público para ingressa no serviço público, a teor do ditame da Constituição Federal de 1988, cuja regra imputou-se violada no relatório ora discutido:

[...]

Da antítese entre a exigência de concurso público para provimento de cargos e à ampla contratação de mão-de-obra terceirizada, **ganha relevo a distinção clássica entre atividade-meio e atividade-fim da Administração Pública.**

Luciano Ferraz, firme na doutrina de Renato Alessi e com transcrição de Sérgio Pinto Martins, traz boa definição do tema:

O preceptivo já deixava nítido que somente as atividades materiais – que não implicassem o exercício do poder extroverso, para utilizar a expressão de Renato Alessi poderiam ser objeto de execução indireta. Tais atividades são, hodiernamente, classificáveis como atividade-meio. Em outras palavras, as atividades que constituem o objeto propriamente dito da atuação das entidades privadas ou públicas não se prestam a serem terceirizadas.

“Atividade-meio pode ser entendida como atividade desempenhada pela empresa (e pela Administração), que não coincide com seus fins principais. etc (grifo acrescido)

É dizer ser também essa é a acepção tomada pelo e. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais que peço vênha para transcrever:

Toda atividade, pública ou privada, obrigatoriamente, para atingir o seu objetivo, desempenha, concomitantemente, atividade-fim e atividade-meio, sendo que aquela se dirige diretamente à sua razão de ser; esta desenvolve serviço de apoio, sem o que a atividade-fim não poderia existir.

Nesse sentido, a terceirização é lícita enquanto só alcança a atividade-meio, ou seja, serviço complementar da Administração Pública, tais como, vigilância, limpeza, manutenção, informática, etc.

Aliás, esta é a posição do Tribunal de Contas da União a respeito da matéria:

“Efetivamente, a contratação indireta de pessoal, por meio de empresa particular, para o desempenho de atividades inerentes à Categoria (...), abrangida pelo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União, configura procedimento atentatório a preceito constitucional que impõe a aprovação prévia em concurso para a investidura em cargo ou emprego público ...” processo TC-475.054, '95-4, Ministro Relator José Antônio 3. De Macedo. publicado no Diário Oficial da União, seção 1, PP. 11053- 11054, dia 24075). Consagra-se, aqui, o entendimento segundo o qual não é possível a terceirização de serviços que constituem atividades-fim, ou atribuições típicas de cargos permanentes. (sem grifos no original).

E, nesse passo, resulta o primeiro problema em relação à questão posta. Isto porque, para além daquelas atividades exercidas com poder extroverso, como os cargos de Fiscal Assistente de Transporte de Obras Rodoviários e Fiscal de Transporte de Obras Rodoviários, caracterizando inequívoca atividade-fim do Estado, outros há em que tal não se vislumbra.

Para tanto, tome-se como referência a Lei Estadual n.º 15.469, de 13 de janeiro de 2005, que institui as carreiras do Grupo de Atividades de Transporte e Obras Públicas do Poder Executivo:

[...]

Citemos, como exemplo, as atribuições do cargo de Auxiliar de Transportes e Obras públicas:

ANEXO II

[...]

Tais atribuições são, nos termos do conceito que perpassa a presente análise, inerentes a atividades-meio do Estado, admissíveis de terceirização. Há, no entanto, cargo público.

Tanto é que o próprio art. 4º, §2º da Lei Estadual 15.469/05 trata de mencionar os cargos que possuem funções típicas de Estado:

[...]

Assim, somente os cargos de Fiscal e Fiscal Assistente de Transportes e Obras Rodoviários possuem natureza de atividade exclusiva de Estado.

Tudo indica que o legislador mineiro não seguiu a orientação de dar explicitamente o elastério de mão-de-obra no setor público, como propugnado pelo Procurador do Estado do Rio de Janeiro Marcos Jurueña Vilela Souto, muito embora tenha disciplinado, não de forma inútil, quais são as carreiras típicas de Estado no âmbito do DER-MG:

[...]

Mas *Legis habemus*. Resta compatibilizar os preceitos acima com a tendência da União, que também enfrenta os mesmos dilemas, e com a Orientação do Tribunal de Contas da União.

No âmbito federal, buscou-se solução à questão, por meio do Decreto Federal n.º 2.271, de julho de 1997, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autarquia e fundacional e dá outras providências:

[...]

Verifica-se, assim, que o dilema “existência de cargo e possibilidade de terceirização” viu-se solucionado com a parte final do art. 1º, §2º do citado Decreto, em que se admite a contratação indireta quando **se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro de pessoal**.

Essa construção jurídica foi acolhida pelo Tribunal de Contas da União, que assim se manifestou:

[...]

Pois bem, conjugando tal sentir com a legislação mineira, tem-se que os cargos de Auxiliar de Transportes e Obras Públicas e várias das funções inerentes aos



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DO ESTADO
2.ª Coordenadoria de Fiscalização Estadual



Agentes de Transportes e Obras Públicas configuram indubitavelmente “área meio” da Autarquia.

[...]

Ademais, seu provimento inicial não mais se dará por ingresso por meio de concurso público ou qualquer outra forma, a teor, do disposto na Lei n.º 15.469, de 2005, podendo tal cargo ser considerado parcialmente extinto:

[...]

E neste ponto pede-se vênia para retocar consideração contida no relatório da Unidade Técnica, que indica que as funções de auxiliar de serviço especializado, motorista e técnico em informática confundem-se com o cargo de AGTOP, este não em extinção.

É que tais tarefas contratadas junto à MGS estão sim previstas, respectivamente, como atribuições do cargo de AUTOP, que se encontra parcialmente em extinção, tendo características essenciais de atividade-meio:

[...]

Funções correspondentes ao cargo de auxiliar de serviço especializado da MGS na carreira de Auxiliar de Transportes e Obras Públicas:

[...]

Funções correspondentes ao cargo de motorista da MGS na carreira de Auxiliar de Transportes e Obras Públicas:

[...]

Funções correspondentes ao cargo de técnico em informática da MGS na carreira de Auxiliar de Transportes e Obras Públicas:

[...]

Destaca-se aqui que as atribuições de desenvolvimento de softwares ou trabalhos mais complexos não são realizados neste DER-MG, por meio da MGS, não coincidindo assim com as atribuições do cargo de AGTOP, já que os serviços mais relevantes são normalmente contratados junto à PRODEMG, cuja cópia de contrato segue anexa.

Ou seja, à míngua de dispositivo de igual teor do Decreto Federal n.º 2.271, de 1997, deve ser entendido que a mesma razão se aplica ao Estado de Minas Gerais, no tocante às suas atividades-meio, parcialmente extintas com o novo Plano de Carreiras do Grupo de Atividades de Transporte e Obras Públicas do Poder Executivo.

Pelo que, não se tendo por configurada atividade-fim as referentes aos serviços administrativos mencionados no relatório ora comentado, não há que se falar em qualquer irregularidade na contratação da MGS, tal como realizada por esta

autarquia, reforçada pela extinção parcial do cargo que se aponta como coincidente com aqueles previstos na contratação junto à MGS.

Finalmente, e apenas a título de informação, merece destaque que a mencionada ação reclamatória trabalhista ajuizada pelo empregado da MGS, Sr. Honório Alves Braga, de nº 00409-2009-020-03-00-0, que tramitou perante a 20ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, mencionada no relatório da Unidade Técnica, foi julgada improcedente no que se refere ao pedido de equiparação salarial com servidores públicos.

3. DAS TERCEIRIZAÇÕES EM ATIVIDADES EXCLUSIVAS DO ESTADO (item 3.8 do relatório)

Apontam os ilustres Analistas de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no item 3 do “Quadro E”, que teriam sido constatadas terceirizações em atividades exclusivas do Estado, pertinentes aos cargos de FTOR (Fiscal de Transportes e Obras Públicas) e FATOR (Fiscal Assistente de Transporte e Obras Públicas), de acordo com considerações contidas no tópico 3.8 do relatório sob análise.

Tendo em vista que as atribuições relativas aos cargos de FTOR (Fiscal de Transportes e Obras Públicas) e FATOR (Fiscal Assistente de Transporte e Obras Públicas) são consideradas atividade exclusiva de Estado, destacam os mencionados servidores que: *“a equipe de inspeção apurou que profissionais de empresas terceirizadas vêm desempenhando, nas Diretorias de Projetos, Infraestrutura e Fiscalização do DER-MG, funções inerentes ao cargo de Fiscal de Transportes e Obras Rodoviários (FTOR)...”*

Afirmam ainda que *“a utilização de pessoal externo ao quadro do DER-MG pode representar riscos à fiscalização, uma vez que os profissionais destas empresas terceirizadas podem não possuir a mesma qualificação e experiência em engenharia rodoviária que os servidores do DER-MG possuem”*.

Pois bem. A questão posta refere-se aos contratos de apoio à supervisão/fiscalização contratados por esta autarquia.

Não obstante a própria legislação vigente permita a execução de serviços na forma indireta, tal como abordado no tópico de nº1 da presente apresentação, certo é que as atividades de Fiscal e Fiscal Assistente de Transportes e Obras Públicas **possuem sim natureza de atividade exclusiva de Estado**, tendo inclusive sido expressamente declarado pela Lei Estadual nº 15.469/05. Tais atividades, tal como dito pelos ilustres Analistas de Controle Externo, são indelegáveis.

No entanto, uma análise mais cuidadosa dos editais de licitação para a contratação de tais serviços, bem como de seus respectivos Termos de Referência (que balizam o objeto da contratação), nos permite concluir que **as atividades de fiscalização não são delegadas a terceiros. O que se encontra é tão somente o apoio às atividades de fiscalização, que são efetivamente realizadas por servidores públicos desta autarquia.**

Tome-se como exemplo um dos Contratos mencionados no relatório em análise, o PJU-29.060/07, para a prestação 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, em trechos das rodovias MG/050 e BR/265/491*, que assim destaca em seu Termo de Referência:

Os serviços deverão ser conduzidos em estrita colaboração e perfeito entrosamento com o DER-MG, seja através dos contatos com a Fiscalização de Campo, seja através de contatos com a sede do órgão.

Assim, e conforme pode ser verificado também nos demais contratos apontados, **tais atividades são de mero apoio aos Fiscais desta autarquia, não havendo qualquer delegação quanto à prática dos atos administrativos típicos de Estado.**

Logo, **somente servidores desta autarquia seguem responsáveis pela lavratura de autos de infração, assinatura de medições de obras e serviços realizados, os quais contam única e exclusivamente com o apoio das sociedades contratadas para tal fim.**

Em suma, esta autarquia não delega a terceiros a prática dos atos de natureza exclusiva de Estado.

Deve ser ressaltado que o próprio art. 13 da Lei de Licitações trata da prestação dos serviços de apoio à supervisão a obras e serviços:

[...]

Tal conceituação, e a necessidade da respectiva singularidade do serviço, ganha importância apenas para fins de contratação direta por inexigibilidade de licitação, já que essa é uma de suas hipóteses de cabimento. Ou seja, para a contratação direta mostra-se necessária a comprovação da singularidade do serviço técnico profissional especializado. No entanto, para a contratação via licitação, basta que se pretenda obter a prestação do serviço mencionado.

Assim, determinado ente público pode pretender realizar a contratação da elaboração de projeto básico, ou de determinado apoio à supervisão, sem que tal serviço apresente-se como singular, bastando para tanto que esse possa ser devidamente discriminado em seu edital.

A singularidade exigida, diferentemente da conclusão contida no relatório ora comentado, não é exigida para toda e qualquer elaboração de projeto ou apoio à supervisão de obras, mas tão somente para verificação de enquadramento como hipótese de inexigibilidade de licitação.

Tanto é admitida a contratação de consultoria/apoio À supervisão pela Lei 8.666/93, que assim dispõe o seu art. 9º:

[...]



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DO ESTADO
2.ª Coordenadoria de Fiscalização Estadual



Ou seja, o mencionado dispositivo legal admite a possibilidade de contratação de apoio à atividade de fiscalização, supervisão ou gerenciamento para o autor do projeto. O que se diria então das licitações deste DER-MG, que nem mesmo se utiliza deste permissivo legal, contratando pessoas diversas para a execução dos referidos serviços? Obviamente não haveria qualquer irregularidade.

Não bastasse a adoção de adequada hermenêutica para a constatação da ausência de qualquer irregularidade nas referidas contratações, o próprio Tribunal de Contas da União admite tal procedimento:

[...]

Assim, pode ser verificado que tal entendimento encontra-se consolidado inclusive no âmbito do Tribunal de Contas da União, que trata da possibilidade de se contratar apoio às atividades exclusivas do Estado.

E mais. A própria Lei Estadual nº 20.373, de 09 de agosto de 2012, que dispõe sobre as diretrizes orçamentárias para a elaboração da lei orçamentária para o exercício financeiro de 2013, assim dispõe:

[...]

Assim, foi editada a Resolução nº001, de 03 de janeiro de 2013, do Sr. secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas de Minas Gerais, que assim dispõe:

[...]

Dessa forma, e observando o regramento estadual sobre o assunto, bem como norma expedida pela Secretaria à qual encontra-se o DER-MG vinculado, esta autarquia realizou tais contratações, mas reforce-se que **somente para apoio às atividades desempenhadas, e nunca com delegação de atividades desempenhadas, e nunca com delegação de atividades exclusivas de Estado.**

Tais opções quanto à execução direta ou indireta dos serviços fogem à competência do Diretor-Geral do DER-MG, sendo que tal decisão já foi devidamente adotada pelas instâncias superiores de Governo, às quais este gestor encontra-se vinculado, inclusive com base na Lei Delegada nº 180/11:

[...]

Não há como negar que tais fatos apontados refletem uma diretriz definida pelo Governo, que reconhece a insuficiência de pessoal para a realização dos trabalhos de apoio mencionado, e recomenda a contratação na forma mencionada.

Esta é a regra geral no Estado de Minas Gerais.

Também, e conforme inclusive constatado pela equipe Unidade Técnica presente neste DER-MG e responsável pela elaboração do relatório, esforços não faltaram pela Direção deste DER-MG no sentido de viabilizar a realização

de concurso público para a contratação de servidores, bem como a efetiva valorização profissional para evitar o esvaziamento dos quadros desta autarquia. No entanto, tais atos não são de sua competência.

Assim, não merecem ser acolhidos os argumentos contidos no relatório em comento, tendo em vista que somente se contratou, via licitação, **apoio às atividades finalísticas deste DER-MG, não sendo razoável falar-se em terceirização de atividades típica do Estado, que permanecem sendo exercidas por servidores públicos, muito embora com o importante apoio de sociedades contratadas**, o que encontra respaldo na legislação vigente, bem como nas orientações elaboradas pelo próprio Tribunal de Contas da União.

Ainda, destaca-se que este Diretor-Geral tão somente observa as diretrizes estabelecidas pelas instâncias superiores, que reconhecem a insuficiência de pessoal e necessidade de contratação de tais serviços. Também, muito embora tenham sido concentrados esforços perante os órgãos superiores, a realização de concurso, nomeação de candidatos, e melhora na remuneração de servidores foge à sua competência.

4. DOS LANÇAMENTOS DE DESPESAS NOS GRUPOS E NATUREZA “OUTRAS DESPESAS CORRENTES”, CONSERVAÇÃO E LIMPEZA” E “LOCAÇÃO DE SERVIÇOS E APOIO ADMINISTRATIVO” QUANDO DEVERIAM SER CONTABILIZADAS COMO “OUTRAS DESPESAS DE PESSOAL” RELATIVAS ÀS CONTRATAÇÕES RELACIONADAS NOS QUADROS 1 A 5 CONSTANTES DO APÊNDICE (item 3.7 do relatório)

Apontam os ilustres Analistas de Controle Externo do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no item nº 3.7 do relatório apresentado, que teria havido violação ao disposto no art. 18, §1º da Lei Complementar nº101/2000, que assim dispõe:

[...]

Os mencionados servidores, por interpretarem como ilícitas as “terceirizações” apontadas no relatório em análise, argumentam que as despesas com MGS e serviços de apoio à supervisão e atividades de fiscalização deveriam ter sido apropriadas como “Outras Despesas de Pessoal”, citado inclusive entendimento desse Tribunal em resposta à Consulta 783.098/2010:

[...]

Citam ainda ensinamentos de Cristiana Fortini e Flávia Cristina Mendonça Faria de Pieve, que peço licença para reproduzir parcialmente:

[...]

Ora, restou demonstrado nos tópicos anteriores **que não pode ser verificada qualquer irregularidade nas contratações realizadas, que possam dar ensejo à radical interpretação de que a apropriação dos gastos deveria ser considerada como despesa com pessoal.**

Tal interpretação, tão **radical**, deve ser levada a cabo em casos de flagrante substituição de empregados com o escopo de burlar o limite de gastos com pessoal, não sendo admissível aplicá-la em qualquer caso de terceirização, presumindo-se uma má-fé inexistente no caso concreto.

Quanto aos serviços de apoio à supervisão e fiscalização, restou bastante claro, conforme pode ser verificado nos contratos e respectivos Termos de Referência, além da realidade fática encontrada nesta autarquia, que **não há qualquer caráter de pessoalidade nas contratações, havendo tão somente o escopo de se contratar pessoa jurídica para a prestação de serviços**, não importando quem são seus funcionários. A interface existente de seus empregados com a autarquia é aquela estritamente necessária ao adequado cumprimento do escopo do contrato, não sendo razoável exigir-se a criação de um “muro” de separação entre as pessoas jurídicas contratante e contratada, sendo que o que se busca efetivamente é a colaboração com as atividades desta autarquia.

Tais contratos podem ser considerados acessórios às obras e empreendimentos a que se referem, não sendo possível conceber a apropriação de seus gastos como “gastos com pessoal”.

Quanto à MGS, não pairam dúvidas de que se buscou contratar a prestação de serviços correspondentes à atividade-meio deste DER-MG, conforme argumentação já apresentada, não havendo qualquer desvirtuamento de sua natureza.

O exemplo utilizado pelos senhores analistas como de existência de subordinação é pontual, e pode ser facilmente imputado a uma má colocação ou infelicidade na manifestação, não havendo qualquer subordinação entre os funcionários da MGS e esta autarquia.

No entanto, e como esta autarquia apresenta-se como demandante dos serviços prestados, muito embora sem o poder hierárquico, nos parece compreensível que algum funcionário faça uma leitura equivocada de sua situação, principalmente em razão de *stress* ao participar de entrevista com órgãos de controle.

Logo, nos parece demasiadamente exagerado imputar como ilícitas todas as contratações perante a MGS, alterando-se inclusive a formas de apropriação dos custos, com base em elementos isolados e pouco concludentes.

Ressalta-se, por oportuno, que ações judiciais trabalhistas sempre existirão, sendo importante constatar que esta autarquia vem obtendo grande êxito na demonstração da ausência de subordinação entre funcionários da MGS e o DER-MG, conforme inclusive se verificou na ação judicial trabalhista citada pelos ilustres Analistas, cuja decisão afastou a equiparação salarial pretendida.

Mais importante, contudo, é apontar que os contratos mencionados, sejam aqueles relativos ao **apoio** à supervisão/fiscalização, sejam aqueles de contratação de mão-de-obra da MGS, **em hipótese nenhuma são utilizados de forma ilícita, estando apropriados na dotação orçamentária correta.**

5. DA INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE, (TRANSPARÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS) EM RAZÃO DA DESVIRTUAÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA NOS ORÇAMENTOS SINTÉTICOS ELABORADOS PELO DER-MG RELATIVOS AOS CONTRATOS 22.122/2009, 22.005/2011 E 22.016/2011 (item 3.8 do relatório)

Aduzem também os ilustres servidores do Tribunal de Contas do Estado que os orçamentos sintéticos elaborados pelo DER-MG, relativos aos contratos 22.122/2009, 22.005/2011 e 22.016/2011, teriam deixado de observar o princípio da publicidade, *“em razão da desvirtuação do conceito de serviços de consultoria”*.

No entanto, merece ser destacado que tais contratos referem-se a serviços de recuperação e manutenção rodoviária, relativos ao conhecido Programa de Governo PROMG PLENO.

O mencionado contrato contém, para fins de estimativa de custos e análise de eventuais reajustes de preços, planilha com os custos unitários de cada item a ser utilizado pela contratada na execução do escopo almejado pela Administração.

Para tanto, e de forma a indicar a metodologia a ser utilizada inclusive para reajustamento de preços, bem como para facilitar a análise da planilha pelos licitantes, os serviços e materiais necessários são separados em grupos, repita-se, apenas e tão somente com o objetivo de facilitar e dar transparência ao manuseio da planilha.

Destaca-se, por oportuno, que os reajustes de preços são determinados pela variação considerada nos Índices de Custos Rodoviários da Fundação Getúlio Vargas, conforme previsto nos respectivos contratos:

[...]

E tais índices são divulgados para grupos de serviços para obras rodoviárias, conforme estabelecido na Instrução de Serviço/DG/DNIT nº 02/2002 de 09/09/2002:

- 1) Terraplenagem,
- 2) Drenagem,
- 3) Sinalização Rodoviária,
- 4) Pavimentação,
- 5) Pavimentos de Concreto de Cimento Portland,
- 6) Conservação,
- 7) Obras de Arte Especiais,
- 8) Consultoria,**
- 9) Ligantes betuminosos.

Assim, os itens de obras/serviços utilizados pelo DER/MG foram divididos respeitando os grupos.

Especificamente no Grupo “**CONSULTORIA**” estão inseridos os serviços integrantes da relação anexa, tais como: Aerolevanteamento com perfilamento a laser e ortofoto, Aluguel de Imóveis Diárias – Alojamento de Pessoal, Estação Total e Acessórios, Veículo Tipo Gol ou Similar sem motorista, Caminhão Basculante (diesel0 com capacidade de 7,1 a 8,0 ton, Equipe Técnica – Engenheiro Sênior), **todos eles essenciais para a execução dos mencionados contratos de recuperação e manutenção rodoviária.**

No Grupo denominado **CONSULTORIA** estão inseridos, principalmente, serviços de pessoal, equipamentos e maquinário, possuindo natureza instrumental para o cumprimento do contrato.

Conforme pode ser comprovado nos contratos mencionados, neste Programa de Governo a sociedade contratada será responsável pela “*manutenção das rodovias conforme os Padrões de Desempenho exigidos nas Especificações*”.

Para tanto, e a título de exemplo, a sociedade deverá utilizar veículos para percorrer constantemente os trechos rodoviários, inspecionando/monitorando as condições da faixa de domínio, utilizando caminhões para o transporte de material para a realização de serviços nas rodovias, dentre outras atividades.

Assim, tais materiais/serviços encontram-se previstos de maneira adequada na planilha de custos, sendo de fato essenciais para o desempenho das funções previstas em contrato, já que é necessário um monitoramento constante das condições da rodovia pela contratada para a breve solução dos problemas. Também, não se questionou o fato de estarem tais itens incluídos em planilha, mas tão somente o tópico no qual foram inseridos.

Pois bem. Conforme pode ser verificado na Instrução de Serviço/DG/DNIT nº02/2002 (anexa), cada um dos 9 (nove) grupos de serviços mencionados possuíam os serviços/materiais que o integram.

E em nenhum dos grupos podem ser encontrados os itens questionados pela Unidade Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Tanto é que os próprios Analistas, diferentemente do que fizeram com a indicação de dotação orçamentária (quando afirmaram que a apropriação não deveria ter sido feita em investimentos, e sim em outros gastos de pessoal), **apontam o equívoco na inclusão dos itens no grupo “Consultoria”, sem indicar em qual deles os itens deveriam ser incluídos.**

Tal fato possui uma razão óbvia: é impossível prever todos os serviços/materiais passíveis de serem utilizados em uma licitação.

E para tanto, a própria Instrução de Serviço mencionada contém a solução:

[...]

Assim, e reforçando que não se questionou a inclusão de tais itens em planilha, mas tão somente o grupo no qual foram incluídos, destaca-se que esta autarquia, por meio de sua Assessoria de Custos, apenas tratou de incluí-los no



grupo que mais pareceu pertinente, por possuírem caráter instrumental em relação aos serviços a serem executados.

Se não fossem tais itens incluídos no item “Consultoria”, provavelmente teriam sido incluídos em outro cujas características se afastariam mais ainda da realidade (terraplenagem, drenagem, sinalização rodoviária...).

Mais importante que tudo isso é o fato de tais informações terem sido incluídas de forma clara, plenamente discriminadas em planilha, permitindo a todos interessados conhecerem de antemão todos os instrumentos e serviços necessários à realização dos serviços contratados, pelo que não há qualquer irregularidade no procedimento apontado. (sic)

III- DO EXAME TÉCNICO

III.1- Da defesa apresentada pelo Sr. José Elcio Santos Monteze

O Sr. José Elcio Santos Monteze, Diretor-Geral do DER/MG, apresentou suas alegações, fl. 491/533, quanto aos fatos e apontamentos constantes do relatório técnico de fl. 414/475.

- a) Quanto à Contratação de trabalhadores em atividade-fim do DER/MG com intermediação de empresas de prestação de serviços (Itens 3.1 a 3.1.4 do relatório)

Aduz, inicialmente, que as execuções de obras rodoviárias e prestação de serviços, ainda que coincidentes com a atividade-fim da autarquia, estariam autorizadas pela Lei 8.666/93, conforme dispositivo adiante transcrito:



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DO ESTADO
2.ª Coordenadoria de Fiscalização Estadual



Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas:

- I- execução direta;
- II- execução indireta, nos seguintes regimes:
 - a) empreitada por preço global;
 - b) empreitada por preço unitário;
 - [...]
 - d) tarefa;
 - e) empreitada integral.

Cita também o disposto no Art. 6ª, inciso VIII, do mesmo diploma legal:

VIII- Execução indireta- a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:
[...]

Justifica, ainda, o defendente, que, além de permitida pela Lei de Licitações, a prática de terceirização de projetos e obras rodoviárias tem sido amplamente adotada em âmbito nacional, seja em razão de insuficiência de pessoal, seja da carência de maquinário adequado.

Cita, por fim, o defendente o fato de a própria legislação estadual autorizar a execução indireta de atividades relativas a projetos, construção e manutenção de rodovias, no âmbito da competência do DER/MG, nos termos da Lei Delegada Estadual 180, de 20/01/2011, que em seu inciso II, do Art. 247, estabeleceu o seguinte:

O DER-MG tem por finalidade assegurar soluções adequadas de transporte rodoviário de pessoas e bens, no âmbito do Estado, observadas as diretrizes definidas pela Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas, competindo-lhe:
II-executar, direta e indiretamente, as atividades relativas a projetos, construção e manutenção de rodovias e a outras obras e serviços delegados;

Analisando a questão, verifica-se que razão **não** assiste ao defendente.



Não se desconhece o fato de que os contratos em discussão foram objetos de processos licitatórios (conforme reconhecido no relatório de inspeção) e sujeitam-se ao regime jurídico administrativo, regulado pela Lei 8.666/93, uma vez que delegadas às empresas contratadas, o que a princípio, aparenta uma regular relação entre concessionários e permissionários, conforme pretende o defendente.

Todavia, 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 180/2011 previsão de execução indireta de atividades relativas a projetos, construção e manutenção de rodovias, não exime o DER/MG do dever de observâncias às normas legais, notadamente, ao disposto no art. 37, caput, e inciso II, da Constituição Federal.

É que fazendo uma interpretação sistêmica das referidas normas infra-constitucionais, depreende-se que elas se dirigem apenas às atividades auxiliares, acessórias ou complementares, e não às atividades finalísticas do ente público, principalmente quando estas encontram-se abrangidas pela estrutura da carreira da autarquia contratante, como é o caso em exame. Interpretação diversa resultaria, salvo melhor juízo, na inconstitucionalidade das citadas normas estaduais.

Tanto que a Lei Estadual 10.254, de 20/07/1990, é taxativa quanto à exclusividade para o exercício da atividade administrativa permanente, pelo servidor ocupante de cargo público (efetivo ou em comissão) da administração pública direta e **indireta**:

Art. 2º - A atividade administrativa permanente é exercida na administração direta, nas autarquias e nas fundações públicas do Estado, de qualquer dos seus Poderes, **por servidor ocupante de cargo público, em caráter efetivo ou em comissão, ou de função pública.**

Art. 3º - A investidura em cargo 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. (grifo nosso).



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DO ESTADO
2.ª Coordenadoria de Fiscalização Estadual



Nesta ordem de idéias é entendimento da doutrina especializada que a terceirização somente se justificaria para as atividades acessórias ou meio, e não para as atividades fins do ente público. Quanto ao tema, oportuno recorre-se aos ensinamentos de Di Pietro¹:

Basicamente ou fundamentalmente a terceirização levaria a empresa a concentrar-se na sua atividade fim, deixando as atividades acessórias, complementares, para serem executadas por outras empresas contratadas para esse fim.

Este mesmo entendimento já foi manifestado por esta Corte de Contas, na Consulta n. 442370²:

[...] Concluo não ser possível ao Município a terceirização de todos os seus serviços, mas apenas a daqueles de natureza auxiliar, ligados à atividade-meio. Não pode o Município terceirizar serviços que abrangem sua atividade-fim, traduzindo atribuições típicas de cargos permanentes, que só podem ser preenchidos por concurso público.

Mas recentemente o Pleno este Tribunal de Contas voltou a se manifestar quanto ao tema, em resposta à Consulta n. 783098³, de relatoria do Exmo. Conselheiro Sebastião Helvécio, cujo trecho se transcreve adiante:

Por isso, a terceirização mostra-se adequada às denominadas atividades-meio do ente público, ou seja, não coincidentes com as suas finalidades institucionais, mas tão-somente instrumentais, também denominadas atos materiais ou de gestão, e que, por isso, são geralmente praticados em igualdade com o particular, sob a regência do Direito comum.

Mesmo no âmbito do Direito do Trabalho, a jurisprudência, há muito, consolidou-se no sentido de que *"as tarefas principais de uma entidade, de uma empresa, não podem ser objeto de terceirização, apenas as atividades auxiliares, acessórias podem ser objeto de terceirização"*. Isso, pois, notoriamente, a terceirização tem um histórico de ser indiscriminadamente

¹ DI PIETRO. Terceirização municipal em face da Lei de Responsabilidade Fiscal. Revista de Direito Municipal, Belo Horizonte, n. 7, jan./mar.2003, p. 46.

² Sessão do dia 22/04/96, Rel. Moura e Castro

³ Publicada na revista do tribunal de contas do Estado de minas gerais abril | maio | junho 2010 | v. 75



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DO ESTADO
2.ª Coordenadoria de Fiscalização Estadual



utilizada por alguns empregadores como subterfúgio para driblar a legislação trabalhista.

Este raciocínio se transporta para o Direito Administrativo, pois, no âmbito do serviço público, a terceirização, além de não poder ensejar a delegação de atividades típicas, e, por isso, exclusivas do Estado, não pode servir de instrumento à violação do princípio do concurso público (CR/88, art. 37, II).(grifo nosso)

Por outro lado, o defendente não nega o fato de que os profissionais das empresas contratadas (Quadros 1 a 4, fl. 465/473) desempenham atividades finalísticas da autarquia e atribuições previstas nos cargos efetivos, e justifica o fato em razão da insuficiência de pessoal ou de carência de maquinário adequado.

Porém, a carência de pessoal (embora seja verídico no caso em espécie, conforme constatado na inspeção), utilizada como justificativa para contratação sem concurso público, somente é admissível, caso se configure uma das hipóteses de contratação temporária (exceções à regra do concurso público contida no inciso IX do Art. 37 da CRF) previstas no Art. 2º, incisos IV, V ou VI, da Lei Estadual n. 18185, de 04/06/2009, adiante transcritos:

Art. 2º Consideram-se hipóteses de necessidade temporária de excepcional interesse público, para fins de contratação temporária nos termos desta Lei:

[...]

IV - carência de pessoal em decorrência de afastamento ou licença de servidores ocupantes de cargos efetivos, quando o serviço público não puder ser desempenhado a contento com o quadro remanescente, ficando a duração do contrato administrativo limitada ao período da licença ou do afastamento;

V - número de servidores efetivos insuficiente para a continuidade dos serviços públicos essenciais, desde que não haja candidatos aprovados em concurso público aptos à nomeação, ficando a duração dos contratos limitada ao provimento dos cargos mediante concurso público subsequente; e

VI - carência de pessoal para o desempenho de atividades sazonais ou emergenciais que não justifiquem a criação de quadro efetivo, especialmente:

Da mesma forma, o Tribunal de Contas da União, por diversas vezes⁴, manifestou entendimento de que a terceirização é legítima desde que não implique a execução de atividades inerentes aos quadros próprios das entidades públicas, sendo somente admitida para atender a situações específicas e justificas, de natureza não continuada na hipótese de impossibilidade de serem atendidas por servidores do próprio quadro do ente contratante.

Dos citados acórdãos proferidos pelo TCU, oportuna a transcrição de trechos da ementa do AC- 0109-02/12-P⁵, proveniente da Auditoria realizada no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), para averiguar contratos de terceirização e descentralizações orçamentárias na referida autarquia federal:

[...] Auditoria no DNIT para averiguar contratos de terceirização e descentralizações orçamentárias. É irregular a contratação de empresas de terceirização para execução de atividades de caráter rotineiro, finalístico ou crítico para os resultados institucionais do órgão.]
[ACÓRDÃO]

[...]

2. O trabalho empreendido pela Secex-1 identificou atividades finalísticas ou críticas que estão terceirizadas [...]. Cometer a terceirizados tais atividades, é vedado, nos termos do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, art. 2º, art. 3º, parágrafo único, art. 9º, inciso I, e art. 10º da Lei nº 8.112/90, art. 1º, art. 2º, alínea "i" e art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.745/93, art. 82, incisos I a XVI, § 3º, art. 83, parágrafo único, art. 84, §§ 1º e 2º e art. 85, § 2º, da Lei nº 10.233/2001, art. 1º, inciso I, da Lei nº 11.171/2005, arts. 1º, 2º e 3º, do Decreto nº 72.493/73, art. 9º, incisos I e II, da IN MP nº 2/2008, art. 5º, alínea "c", da IN MTE nº 3/97, art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, Decreto nº 1.819/93 e Decreto nº 6.170/2007, pois se tratam de atividades finalísticas ou críticas.

3. Referida terceirização está em desacordo, ainda, com a jurisprudência do TCU, em especial os Acórdãos nº 2.389/2003 - 2ª Câmara, nº 555/2005 - Plenário, nº 864/2005 - Plenário, nº 2.126/2006 - Plenário, nº 2.632/2007 -

4. Embora o DNIT alegue que se trata de contratos "por produtos", coadunado ao entendimento esposado no Relatório de Auditoria, no sentido de que as terceirizações de mão de obra em questão são irregulares, tendo em vista que os serviços desenvolvidos pelos contratados são rotineiros, fazem parte das atribuições do pessoal do DNIT, além de apresentarem-se como atividades permanentes.

⁴ AC-3566-33/08-2, Sessão: 16/09/08; AC-2303-34/12-P Sessão: 29/08/12; AC-0418-06/12-P, Sessão: 29/02/12; AC-1141-05/11-1, Sessão: 22/02/11; AC-5872-32/10-1, Sessão: 14/09/10; AC-0109-02/12-P Sessão: 25/01/12

⁵ TCU -AC- 0109-02/12-P, Sessão: 25/01/12, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro



Assim, mantêm-se, portanto, as irregularidades apuradas pela equipe inspetora, descritas nos itens 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 e 3.1.4, sintetizadas no Item 1, do Quadro E, fl. 463.

b) Prestação de serviços pela empresa Minas Gerais Administração e Serviços S/A (MGS) em atividades previstas na estrutura da carreira do DER/MG (Item 3.3 do relatório)

Quanto a este item, a Equipe Inspetora apontou que empregados da empresa MGS vêm prestando serviços ao DER/MG, funções de Artífice, Auxiliar de Mecânico, Auxiliar de Serviços, Brochurista Gráfico, copeiro, recepcionista e de telefonista, idênticas ou similares às atribuições do cargo de AUTOP, previsto na estrutura da carreira da autarquia.

E, ainda, que as funções de auxiliar de serviço especializado, motorista e técnico em informática, desenvolvidas pelos empregados da MGS, identificam-se com as atribuições do cargo de AGTOP.

Em relação a esses fatos, o defendente manifestou às fl.499/314, no item 2, da defesa.

Sustenta, basicamente, 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.

Pugna 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 2.271/2007, que admitiu a contratação indireta quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro de pessoal, e que a mútua 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 15.469/2005, os cargos de Auxiliar de Transportes e Obras Públicas, “não haverá ingresso na carreira” do referido cargo, podendo, portanto ser considerado parcialmente extinto”.

Examinado a argumentação exposta, verifica-se que **o próprio defendente admitiu que “tarefas contratadas junto à MGS estão sim previstas, respectivamente, com atribuições do cargo de AUTOP”**. No entanto, argumenta que o mencionado cargo se encontra parcialmente em extinção, se constituindo, ainda, de atividades com características essenciais de atividade meio.

Analisando a argumentação e o Quadro 5 (Comparativo de Atribuições dos Cargos do DER/MG com as Funções dos empregados da MGS- Atividade Meio- fl.474), verifica-se que os contratos, que originaram o exercício de funções pelos empregados da MGS, inerentes às atribuições do cargo de AUTOP, foram firmados posteriormente à vigência da Lei 15.469/2005 (que, conforme preconizado, vedou o ingresso na carreira do referido cargo).

Assim, em que pese ainda existir servidores ocupando o referido cargo no DER/MG, não se mostra razoável, salvo melhor juízo, proibir que a referida autarquia terceirize as atividades inerentes ao cargo, sobretudo por se tratar de atividade meio, não passível de ser mais provida por meio de concurso público.



Razão, portanto, assiste ao defendente, quanto à regularidade das contratações relativas ao **cargo de Auxiliar de Transportes e Obras Públicas (AUTOP)**.

Situação diversa, no entanto, quanto ao cargo de Agente de Transportes e Obras Públicas (AGTOP). O defendente argumentou que as atribuições de desenvolvimento de softwares ou trabalhos mais complexos não são realizados no DER/MG, por meio da MGS, não coincidindo com as atribuições do cargo de AGTOP, e sim junto à PRODEMGE. Para comprovar o alegado, juntou, às fl. 536/603, o contrato firmado com a referida companhia.

Analisando o Quadro 5 (Comparativo de Atribuições dos cargos do DER/MG com as funções dos empregados da MGS- Atividades meio – fl. 475), verifica-se que, um dos cargos descritos como atribuições inerentes ao cargo de AGTOP, corresponde ao cargo terceirizado de Técnico de Informática.

Analisando a questão, verifica-se que **não assiste razão ao defendente**. Além do fato do mencionado contrato firmado com a PRODEMGE está datado de 07/12/2012, conforme fl. 603, e os contratos que resultaram nas terceirizações terem sido firmados em datas anteriores (a partir de 2005, conforme fl. 475), este fato não altera a ilicitude de terceirização, por meio de empresa interposta, em razão da constitucional exigência de concurso público (Art. 37, caput e inciso II da CRF), sendo irrelevante a identidade das pessoas que executa.

Conforme se depreende ainda do referido Quadro 5 (fl.475), as atribuições desenvolvidas pelos terceirizados, ocupantes dos cargos de Motorista e de Auxiliar de Serviços Especializados, correspondem também às previstas para o cargo de AGTOP. Quanto a esses cargos (Motorista e Auxiliar de Serviços Especializados), a defesa foi silente, não apresentando justificativas específicas.



O fato das atividades desenvolvidas por esses profissionais não caracterizarem como finalísticas da autarquia, não retiram, salvo melhor juízo, a ilicitude das contratações cujas atividades encontram-se previstas em cargos existentes em sua estrutura de carreira, notadamente em razão dos serviços ou atividades, inerentes aos contratos firmados (relacionados à fl. 475) serem rotineiros ou permanentes, e se constituírem em atribuições do cargo de AGTOP.

No caso em espécie, restou ainda demonstrada a existência de subordinação de personalidade entre empregado da MGS e o DER/MG, corroborando com o entendimento da terceirização ilícita, conforme constatado na entrevista, fl. 395/397 realizada com empregada da primeira (que já presta serviços a 25 anos para a autarquia), e exposto às fl. 456 e 457 do relatório técnico, não se sustentando a alegação da defesa, fl. 527, de que o exemplo é pontual ou poderia ser imputado a uma má colocação ou infelicidade na manifestação da referida depoente.

Opina-se, assim, **pelo parcial acolhimento das razões de defesa** (em relação ao cargo de AUTOP) quanto à ocorrência discriminada no Item 2 do Quadro E, fl.463, permanecendo a irregularidade somente em relação ao cargo de AGTOP

c) Terceirizações em atividades exclusivas do Estado (Item 3.8 do relatório)

A Equipe Inspetora apontou, às fl. 457/458, que profissionais de empresas terceirizadas (Contratos nºs 29006/2007; 24056/206; 24043/2007; 24026/2010; 29060/2007 – Quadros 1, 2 e 3, fl.465, 467 e 469) desempenharam funções inerentes ao cargo de Fiscal de Transportes e Obras Rodoviários (FTOR), que, juntamente com o cargo de Fiscal Assistente de Transportes e Obras Rodoviários (FATOR), são exclusivas do



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DO ESTADO
2.ª Coordenadoria de Fiscalização Estadual



Estado. Segundo o referido relatório, esta situação pode representar riscos à fiscalização.

A defesa reconheceu que tais atividades constituem natureza exclusiva de Estado, conforme fl. 515. Todavia, alegou que “as atividades de fiscalização não são de fato delegadas a terceiros. O que se contrata é tão somente o apoio às atividades de fiscalização, que são efetivamente realizadas por servidores públicos desta autarquia”.

A título de exemplo, citou o Contrato PJU-29.060/07, que em seu Termo de Referência constou o seguinte:

Os serviços deverão ser conduzidos em estrita colaboração e perfeito entrosamento com o DER-MG, seja através dos contatos com a Fiscalização de Campo, seja através de contatos com a sede do órgão.

O defendente argumenta, ainda, que seus atos encontram amparo no disposto no §1º do Art. 9º e inciso IV, do Art. 13, da Lei 8.666/93; no §2º do Art.21 da Lei Estadual 20.373, de 09/08/2012; na Resolução 001, de 03/01/2013 (e anteriores), do Secretário de Estado de Transportes e obras Públicas de Minas Gerais e no Art. 247 da Lei Delegada 180/2011, todos transcritos às fl. 517/522.

Analisando a questão, conclui-se que não procedem as justificativas apresentadas pelo defendente.

O citado Art. 13 da Lei 8.666/93 trata-se de uma das hipóteses de serviços técnicos profissionais especializados, que, quando conjugando com o disposto no Art. 25, inciso II, da mesma lei, configura-se situação de contratação direta por inexigibilidade de licitação, se atendidos os requisitos legais.



Porém, não se deve perder de vista que a classificação de determinada atividade como serviço técnico especializado requer que ela apresente, comprovadamente, peculiaridades, e a singularidades dos serviços. Situação que não se enquadra nas contratações apontadas no relatório de inspeção.

É que os instrumentos em que foi apontada a existência de profissionais de empresas terceirizadas exercendo serviços de natureza exclusiva do Estado (Item 3.8 do relatório de inspeção, fl. 457), referem-se aos Contratos 29006/2007; 24056/206; 24043/2007; 24026/2010; 29060/2007 – Quadros 1, 2 e 3, fl.465, 467 e 469. E, analisando a documentação de fl. 94, 104 e 153, verifica-se que os contratos em questão **são oriundos de processo licitatório na modalidade Tomada de Preços.**

Os Contratos 29006/2007, 24056/206 e 24043/2007, firmados com a ERG Engenharia Ltda. (fl. 94) objetivaram a execução de serviços de supervisão ambiental de obras rodoviárias. O de número 24026/2010, firmado com a CONCREMAT Engenharia e Tecnologia S/A (fl.104), a serviços de complementação dos serviços de apoio à Supervisão de obras rodoviárias. E o de número 29060/2007, contratado junto à CONSOL Engenheiros Consultores (fl. 153), refere-se a **serviços de Supervisão Geral**, monitoramento dos Indicadores Operacionais, Ambientais, Sociais e Financeiros e avaliação de Projetos de exploração, mediante concessão patrocinada, **de forma contínua** de trechos rodoviários do Estado de Minas Gerais.

Trata-se de serviços inerentes ao cargo de Fiscal de Transportes e Obras Rodoviários (FTOR), conforme demonstrado nos referidos Quadros 1, 2 e 3, fl. 465, 467 e 469.

Observa-se, assim, a natureza finalística e contínua desses serviços, em inobservância ao disposto no art. 37, inciso II, da Constituição.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DO ESTADO
2.ª Coordenadoria de Fiscalização Estadual



E mais, por se tratarem de serviços de consultoria, que poderia ser desempenhada por servidores do DER/MG, essas contratações ferem o disposto no Art. 21, §2º da Lei Estadual nº 20.373/2012 e correspondentes leis de diretrizes orçamentárias anteriores (16.919/2007, 17.710/2008, 18.313/2009, 19.099/2010 e 19.573/2011, trazida pela própria defesa, à fl.520, e adiante transcrita:

Art. 21 (...)

§2º Os serviços de consultoria somente serão contratados para execução de atividades que comprovadamente não possam ser desempenhadas por servidores ou empregados da administração estadual, [...].

Também em nada auxilia o defendente, salvo melhor juízo, o reconhecimento pelo Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas de Minas Gerais, por meio das repetidas edições das Resoluções 023/07, 006/08, 004/09, 003/10, 008/11, 002/12 e 001/13 (transcrita à fl.521), que declarou a inexistência, no âmbito da referida Secretaria, do DER/MG e do DEOP/MG, de servidores especializados em número suficiente que pudessem desempenhar satisfatoriamente as atividades de consultoria necessárias à demanda dessas entidades/órgão.

Primeiro, pelo fato da manifesta inconstitucionalidade, **em clara inobservância ao princípio da hierarquia das leis, em frente ao disposto no Art. 37, inciso II da Carta Magna e do citado Art. 21, § 2º da Lei Estadual 20.373/2012 (cuja redação idêntica encontra correspondência nas leis de diretrizes orçamentárias anteriores: 16.919/07, 17.710/08, 18.313/09, 19.099/10 e 19.573/11, conforme reconhecido pela própria defesa, fl.520).**

Segundo, pelo fato de que a referida terceirização revela-se inaceitável em razão das atividades finalísticas do setor público, cabendo ao Poder Público, ao invés de terceirizar, providenciar a criação dos respectivos cargos e a realização de concurso para o seu provimento.



Na hipótese em exame, a situação se mostra ainda mais grave devido ao fato de que foi constatada, no relatório de inspeção (fl. 435 e 436), a existência de elevado número de candidatos aprovados e **não nomeados** para o **cargo de FTOR** (o mesmo cargo cujas atividades são inerentes aos serviços terceirizados de que trata este item), conforme quantitativo exposto no Quadro C, fl. 436.

Por outro lado, **a defesa não se desincumbiu de comprovar** que as apontadas contratações “é tão somente de apoio às atividades de fiscalização, que são efetivamente realizadas por servidores públicos” do DER/MG ou atividades de mero apoio aos fiscais da autarquia, notadamente em razão da documentação de fl. 94, 104 e 153 (cujo objeto contém inclusive “**serviços de Supervisão Geral**” e do disposto no Art. 4º §2º, da Lei 15.469/2005 (transcrito a fl.457), que é cristalino no sentido de vedar a delegação das atribuições dos cargos de FTOR e FATOR.

Também não procede a alegação de que o defendente não possui responsabilidade em razão de seu dever de observar as diretrizes definidas pela Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas (Art. 247 da Lei Delegada nº 180/11). É que, nos termos dos artigos 245, II e 246 da Lei Delegada 180/2011 e do Parágrafo Único do Art. 2º do Decreto Estadual 45785, de 29/11/2011, o DER/MG possui autonomia administrativa e financeira, e embora vinculada à SETOP, não está a ela subordinada.

E, por último, depreende-se da Nota Técnica SGESTP nº 09/2013, fl.489, e OF.CCGPGF nº 334/13, fl.490, que a própria SEPLAG admitiu que realizará novo concurso público para provimento de cargos de fiscais e fiscais assistentes para “substituição de mão de obra contratada e terceirizada por servidores efetivos.”.

Mantêm-se, portanto, a irregularidade descrita no Item 3, do Quadro E, à fl.463.



d) Distorção no conceito de serviços de consultoria (Item 3.8 do relatório)

A equipe de inspeção apontou (às fl. 458/459 e 461) que estaria havendo um desvirtuamento no conceito de consultoria (em desacordo com o Art.13, c/c Art. 25, II, da Lei 8.666/93) nos orçamentos sintéticos, inerentes aos contratos 22122/2009, 22005/2011 e 22016/2011 (fls.400/410), em que foram pagos valores expressivos a título de “consultoria”, considerando que o DER/MG informou, às fl. 398/399, que os referidos serviços se tratavam de “veículo tipo gol, caminhão tanque e horas de servente”. Observou ainda o relatório, que esses serviços se constituíam atividades rotineiras e finalísticas, comprometendo a transparência e o Princípio da legalidade.

Quanto ao tema, o defendente se manifestou, às fl. 528/533, aduzindo que “tais contratos referem-se a serviços de recuperação e manutenção rodoviária, relativos ao conhecido Programa de Governo PROMG PLENO.”

Argumentou ainda o defendente que os contratos contêm estimativas de custos e análise de eventuais reajustes de preços, bem como planilhas de custos unitários.

E que no Grupo “Consultoria” estão inseridos diversos serviços, tais como: Aerolevantamento com perfilamento a laser e ortofoto, Aluguel de Imóveis e Diárias-Alojamento de Pessoal, Estação total e acessórios, veículo tipo Gol ou similar sem motorista, caminhão basculante, etc., todas, segundo o defendente, essenciais para a execução dos contratos de recuperação e manutenção rodoviária.

Argumentou, ainda o defendente, que em nenhum dos grupos podem ser encontrados os itens questionados pela Unidade Técnica deste Tribunal, que apontou o equívoco na inclusão dos itens no grupo “Consultoria” sem indicar em qual deles os itens deveriam



ser incluídos. E que este fato possui uma razão óbvia: é impossível prever todos os serviços/materiais passíveis de serem utilizados em uma licitação.

Analizando a questão, notadamente os documentos de fl. 398/399 e 400/410, verifica-se a impropriedade da utilização do termo “consultoria” nas planilhas de orçamentos relativos a serviços rotineiros e serviços descritos como “Horas de servente” caminhão tanque” “veículo tipo gol” ou “caminhão tanque”.

A alegação de impossibilidade de previsão de todos os materiais a serem utilizados em uma licitação também não possui amparo legal, tendo em vista o disposto na Lei 8.666/93, conforme dispositivos adiante transcritos:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I - projeto básico;

[...]

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários

[...]

§ 4º É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

Quanto à importância na elaboração do projeto básico para uma correta previsibilidade de materiais e serviços necessários para caracterizar o objeto licitado, esta Corte de Contas, na Consulta 657018,⁶ assim se manifestou:

O projeto básico constitui elemento importante na caracterização do objeto a ser licitado, de forma a indicar seu custo, o prazo de execução, sua viabilidade técnica e econômica, visando possibilitar a todos o mais amplo conhecimento sobre o objeto licitado, desde a solução técnica pretendida até os tipos de materiais e serviços que serão, no futuro, exigidos pelo órgão público, bem como garantir a regular execução da obra ou serviço licitado, evitando-se

⁶ Consulta n. 657018, Rel. Cons. Eduardo Carone Costa. Sessão do dia 07/08/2002.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DO ESTADO
2.ª Coordenadoria de Fiscalização Estadual



correções e aditamentos custosos. (...) Na mesma vertente, a lição abalizada do Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em seu artigo intitulado *A nova dimensão do projeto básico nas licitações*, (...): “Entre as boas inovações trazidas pela Lei nº 8.666/93, que disciplinou no âmbito da Administração Pública o tema da licitação e contratos, está a obrigatoriedade do projeto básico, para a contratação de qualquer obra ou serviço.” (...) o projeto básico é exigência legal para contratação de obras e serviços, sem nenhuma distinção. A inobservância desse requisito, essencial à fase interna e que reflete na fase externa da licitação, pode ensejar a nulidade de todo o certame, haja vista que a ausência desse detalhamento prévio é considerado vício insanável. (grifo nosso).

Assim, admitir-se a argumentação do defendente de imprevisibilidade de materiais e serviços, intitulando para esses casos, nos Contratos 22122/2009, 22005/2011 e 22016/2011, o termo “consultoria” seria o mesmo que admitir a inobservância dos citados dispositivos da lei de licitações;

Por outro lado, o termo “consultoria”, utilizado nos referidos contratos, está notoriamente em desacordo com o conceito de serviços de consultoria, disposto no Art.13, c/c Art. 25, II, da Lei 8.666/93, e que trata de hipótese de inexigibilidade de licitação. Ressalta-se que o próprio defendente confirmou se tratar de serviços comuns (veículo tipo gol, caminhão tanque e horas de servente), o que não se coaduna com o conceito estabelecido no citado dispositivo legal.

Ficam, portanto, mantidas as irregularidades apontadas no relatório de inspeção, de desvirtuamento do conceito de serviços de consultoria, inobservância aos princípios da transparência dos atos administrativos e da legalidade (item 3.8 e Item 5 do Quadro E).

e) Da inobservância do §1º, do Art. 18 da LRF (Item 3.7 do relatório)

Foi apontada, no relatório técnico à fl. 453, a inobservância pelo DER/MG do disposto no **§1º do art. 18 da LRF**, pelo fato das despesas relativas às contratações ilicitamente terceirizadas, terem sido contabilizadas em Grupos de Despesas “Investimentos”, “Outras Despesas Correntes” e “Locação de serviços de apoio administrativo”, quando deveriam ter sido contabilizadas como “Despesas de Pessoal”.

O defendente apresentou as razões de fl. 524/528, argumentando, em síntese, que não restou demonstrado, nos tópicos anteriores, qualquer irregularidade nas contratações realizadas.

Salientou, também, pela inexistência de caráter de pessoalidade nas contratações, e que a autarquia somente objetivou a contratação de pessoa jurídica para a prestação dos serviços, em atividades acessórias às obras e empreendimentos executados.

Ressaltou, ainda, parecer demasiadamente exagerado imputar como ilícitas todas as contratações perante à MGS, com base em elementos isolados e pouco concludentes.

Porém, examinado a questão, entende esta unidade técnica que não deve prosperar a argumentação trazida pelo defendente. Ao contrário do exposto na defesa, o exame dos tópicos anteriores (“a”, “b” e “c” deste relatório) concluiu pela permanência das irregularidades apontadas nos Itens 3.1 e 3.3 e 3.8 (com a exceção descrita no item “b”, em relação ao cargo de AUTOP), do relatório de inspeção de fl. 414/475.

Desta forma, em coerência com a Consulta 783098/2010⁷, cujos trechos oportunos foram citadas no relatório técnico às fl. 454/455, a terceirização em atividades afetas aos servidores públicos, são consideradas ilícitas, obrigando-se o cômputo dessas despesas como “outras despesas de pessoal”. Comentado o disposto no §1º da LRF, Frederico Jorge Gouveia de Melo⁸, assim leciona:

Pela interpretação dominante desse comando legal, se o Poder ou órgão diminuir seu quadro de pessoal com vistas a enquadrar-se no limite que lhe é imposto pela LRF utilizado-se da terceirização dos respectivos serviços, a despesa relativa à substituição de servidores e empregados será considerada como “outras despesas de pessoal e, portanto, acrescida ao total das despesas realizadas com pessoal para fins de verificação do limite.

No caso em espécie, ficou demonstrado no “Quadro II – Dotação Orçamentária – Período 2008 a 2012, fl. 371/379 e 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.

Confirma-se, assim, a irregularidade contida no Item 3.7 do relatório de inspeção, fls.453/457, e 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, em relação ao Quadro 5, somente em relação aos serviços inerentes ao cargo de AUTOP, contratados juntos à MGS, (contratos discriminados à fl.474), tendo em vista o reconhecimento da licitude dessas contratações, pelas razões já expostas no Item “b” do presente relatório.

⁷ Consulta n.783.098, publicada na Revista do Tribunal de Contas deste Estado, 2010, v.75, n.2,p.179 e 181.

⁸ Melo, Frederico Jorge Gouveia de, Admissão de Pessoal no serviço público/ 2. Ed., Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.115.



II.1- DA DEFESA APRESENTADA PELO SRª RENATA MARIA PAES DE VILHENA.

O Relatório de inspeção, em seu Item 3.2.6, fl.442/444, apontou que, não obstante o DER/MG ter, por diversas vezes, oficiado a SEPLAG, visando proceder as nomeações relativas aos candidatos aprovados no concurso público (Edital 01/2008), para o preenchimento das vagas remanescentes, a defendente teria indeferido essas nomeações, sob a alegação de que implicaria em elevação da folha de pagamento de pessoal do Poder Executivo, por não existir mais cargos de provimento em comissão a serem extintos, no âmbito da autarquia.

Entendeu a Equipe Inspetora, com fulcro na teoria dos motivos determinantes, princípios democráticos de direito e da segurança jurídica, que o indeferimento das citadas nomeações, sem justificativa plausível e comprova, fere os referidos princípios, além dos princípios da legalidade e razoabilidade.

Regularmente citada, a Srª Renata Maria Paes de Vilhena, Secretária de Estado de Planejamento e Gestão, protocolou o Ofício GAB/SEC. n.680/13, acompanhada da Nota Técnica Sugesp n. 09/2013, fl.487/489, e do OF.CCGPGF n.334/13, fl.490.

Na referida nota técnica contém esclarecimentos quanto ao Concurso inerente ao Edital n.01/2008, critérios utilizados para nomeação dos candidatos aprovados, bem como as medidas adotadas pela Administração visando solucionar a demanda do DER/MG.

O Item 2 da referida nota técnica contém a afirmação de que ocorreram, dentro do prazo de validade do concurso, a nomeação de 167 candidatos para a carreira de Fiscal Assistente de Transportes e Obras Rodoviários e 106 para Fiscal de Transportes e Obras Rodoviários. E que essas nomeações foram processadas no limite de extinção de cargos comissionados (DAI-16 e DAI-18), conforme disposto no art. 25 e 26 da Lei



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DO ESTADO
2.ª Coordenadoria de Fiscalização Estadual



Delegada 175, de 26/01/2007, observada a disponibilidade orçamentária e os limites de despesas com pessoal determinados pela LRF.

Afirma também a mesma nota que:

“todos os cargos de provimento em comissão DAÍ-18 já estão extintos em decorrência dos artigos supracitados. Com relação aos cargos DAÍ-16, já ocorreram extinções conforme Decretos nº 45.065, de 17 de março de 2009 e nº 45.501, de 22 de novembro de 2010, mas ainda existem 150 cargos.”

Por último, no Item 3 da nota técnica, afirmou que foram adotadas duas medidas objetivando solucionar a demanda do DER/MG: a primeira em relação à remuneração, com a instituição da Gratificação de Incentivo à Produtividade dos Profissionais de Engenharia e Arquitetura em Exercício [GIPPEA), pela Lei Estadual 20.748/2013, cujo valor consiste em acréscimo de até 105,6% à remuneração dos engenheiros e arquitetos do DER/MG e DEOP, se for considerado a soma do vencimento básico inicial para 40 horas semanais com o valor máximo da gratificação (R\$2.200,00).

A segunda medida relaciona-se a estudos de natureza quantitativa e qualitativa para dimensionar a demanda de pessoal do DER/MG, resultando na autorização de novo concurso para provimento de 250 cargos (119 fiscais e 60 fiscais assistentes, 59 gestores e 12 agentes) para substituição da mão de obra contratada e terceirizada por servidores efetivos.

Analizando a argumentação apresentada pela defesa, verifica-se que as citadas providências, perpetradas pela SEPLAG, estão em consonância com os apontamentos de **“necessidade de realização de novo concurso público para provimento de cargos efetivos”** e de **“melhoria na remuneração dos servidores do DER/MG, visando assegurar a permanência de seus servidores ou dos que venham a incorporar em seu quadro de efetivos”**, contidas no relatório de inspeção à fl. 462,



tendo em vista a necessidade de reposição do quadro de pessoal efetivo do DER/MG, pelos motivos discriminados no Item 3.4, fl.446/448, do mesmo relatório.

Contudo, entende esta unidade técnica, salvo melhor juízo, que as referidas medidas não suprem as irregularidades apontadas às fl. 442/444, podendo, no entanto servirem como atenuante em eventual imposição de penalidades por esta Corte de Contas.

É que, conforme exposto no referido relatório de inspeção, ao publicar um edital ofertando determinado número de vagas para determinados cargos, há de se presumir a existência da necessidade no provimento dessas vagas, salvo motivo posterior e imprevisível, devidamente comprovado. Da mesma forma, presume-se ainda a existência de disponibilidade orçamentária para prover essas vagas. Entendimento contrário seria admitir uma Administração irresponsável e temerária.

Assim, estando demonstrado nos autos que o Diretor Geral do DER/MG por diversas vezes oficiou à SEPLAG objetivando proceder as nomeações, relativas aos candidatos aprovados no certame (Edital 01/2008), para o preenchimento de todas as vagas remanescentes (conforme documentos às fl. 254 a 283), e, ainda, que a defendente, na qualidade de Presidente da Câmara de Coordenação geral, Planejamento, Gestão e Finanças, “suspendeu o pleito para análise qualitativa pela SEPLAG”, não autorizando as referidas nomeações, incorreu a aludida autoridade (defendente) em inobservância aos princípios da segurança jurídica, legalidade e da razoabilidade (previstos respectivamente no inciso XXXVI do Art. 5º e no caput do Art. 37 da Constituição Federal e Art. 13 da Constituição Estadual.

Neste sentido, recente decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal⁹, cuja ementa é oportuno transcrever :

⁹ RE 598099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 10/08/2011, Tribunal Pleno.

Ementa

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do

dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (grifo nosso).

A situação em questão deve ser examinada dentro do contexto apurado no concurso público (Edital 01/2008) realizado pelo DER/MG.

Conforme constatado no relatório de inspeção, especialmente no Quadro C - “Quantitativo de candidatos aprovados e de vagas não preenchidas no Edital 02/2008”, fl. 436, para os cargos de FTOR e FATOR **restaram, para algumas regiões, elevado número de candidatos aprovados não nomeados**, e disponíveis 13 vagas para o cargo de FTOR (qualquer área de formação), 10 vagas para FTOR (formação em Engenharia Civil); 01 para FTOR (formação em Engenharia Florestal; 35 vagas para FATOR (formação em transporte e trânsito) e 01 vaga para FATOR (formação laboratório), totalizando 60 vagas não preenchidas e previstas no Edital.

O mesmo relatório constatou que, **para todas essas vagas, havia candidatos aprovados como excedentes e não nomeados em número suficiente para suprir**



as vagas remanescentes, com exceção do cargo de FTOR - Região II (formação em Engenharia Civil), em que restaram somente 02 candidatos não nomeados.

Depreende-se, ainda, do relatório técnico, entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça (fl. 439/440), no sentido de **garantir aos candidatos aprovados em concurso público, ainda que fora do número de vagas disponíveis no edital, o direito de nomeação quando a Administração manifesta, por ato inequívoco, a necessidade de preenchimentos dessas vagas**, conforme ocorreu na situação em exame, em razão das nomeações pleiteadas pelo DER/MG (e indeferidas pela defendente) e em razão do desinteresse de candidatos nomeados, que não tomaram posse.

Por outro lado, não restou comprovado pela defendente que as nomeações não ocorreram por indisponibilidade financeira. E ainda que restasse comprovado, implicaria o reconhecimento de gestão irresponsável, conforme exposto.

Constata-se, ainda, pelo teor do OF CCGPGF Nº 334/13, fl.490, que recursos financeiros havia, embora utilizados “para substituição de mão de obra contratada e terceirizada por servidores efetivos para atender as atividades de caráter permanente” do DER/MG. E, por esta razão, entende-se **não** ser razoável a alegação de impedimento das nomeações pela inexistência de cargo comissionado a ser extinto (artigos 25 e 26 da Lei Delegada nº 175/2007).

Opina-se, assim, pela manutenção das irregularidades apontadas no Item 3.2.6 (fl.442/444), sintetizada no Item 6, do Quadro E (fl.463).



III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, opina esta unidade técnica:

- a) Pelo **acolhimento da denúncia e desprovemento das razões da defesa** apresentada pelo **Sr. José Élcio Santos Monteze, Diretor Geral do DER/MG**, mantendo-se as irregularidades sintetizadas nos **Itens 1, 3, 4 e 5, do Quadro E (fl. 463)**, e pelo **parcial provimento da defesa**, quanto à irregularidade prevista no **Item 2 do mesmo quadro**, em relação às **terceirizações do cargo de AUTOP**, permanecendo a irregularidade somente em relação às **terceirizações inerentes ao cargo de AGTOP**;
- b) Pelo **desprovemento das razões de defesa** apresentadas pela **Srª Renata Maria Paes de Vilhena, Secretária de Estado de Planejamento e Gestão (SEPLAG/MG)**, mantendo-se os apontamentos sintetizados no **Item 6, do Quadro E (fl.463)**

À consideração superior,

2ª CFE/DCEE, em 17 de dezembro de 2013.

Cláudio Marcio de Souza Regende
Analista de Controle Externo - TC – 2279-6



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DO ESTADO
2.ª Coordenadoria de Fiscalização Estadual



Processo n. 838509

Natureza: Denúncia

Denunciado: Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais – DER/MG

Denunciante: Sindicato dos Trabalhadores do DER/MG

De acordo com o relatório técnico de fl. 959 a 1002.

Aos 18 de dezembro de 2013,
remeto este processo ao Ministério Público junto a este Tribunal, com fulcro no Art. 153
da Resolução nº 12/2008.

Regina Leticia Clímaco Cunha
Coordenadora da 2ª CFE - TC-813-1



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DO ESTADO
2.ª Coordenadoria de Fiscalização Estadual

