

EZEQUIEL DE MELO CAMPOS FILHO
 EZEQUIEL DE MELO CAMPOS NETTO
 TANCREDO ROCHA JÚNIOR
 LUCIANA NUNES GOUVÊA
 THIAGO SEIXAS SALGADO
 MARCELO MASCARENHAS S. DE ASSIS
 DELFINO GARCIA NETO
 EDUARDO CAMPELO
 AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA
 ALEXANDER CERQUEIRA MARTINS
 ALICE DE OLIVEIRA FARIA
 ALINE FONSECA FRANCO DA SILVA
 ANA CAROLINA DE SÁ CAMPOS
 ANA LUÍSA HERMETTO DIAS
 CAROLINE AREDES ZORDAN
 GABRIELA GOMES OLIVEIRA
 ISABEL SCAPOLATEMPORE
 JOÃO HENRIQUE ROCHA BONILLO
 JOÃO PEDRO C. DE FREITAS MONTEIRO

www.melocampos.com.br

Belo Horizonte
 Rua Espírito Santo, 2727, 8º andar
 Bairro de Lourdes
 30160-032 - Belo Horizonte - MG
 Tel: +55 (31) 2123 0000

Brasília
 SAS, Quadra 05, Bloco K, conj. 408
 Ed. OK Office Tower
 70.070-050 - Brasília - DF
 Tel: +55 (61) 3772 4000

Juiz de Fora
 Avenida Rio Branco, 2053
 16º andar - Centro
 36.013-020 - Juiz de Fora - MG
 Tel: +55 (32) 3512-5000

JULIANA PEREIRA MALTA
 JUNIO MAGELA ALEXANDRE
 LEONARDO JOSÉ F. RESENDE
 LETTÍCYA MARIA SILVA
 LUISA TEIXEIRA MACHADO
 MARIANA SALESSI CARVALHO
 MAURA COSTA D. LANNA
 NATÁLIA OLEGÁRIO LEITE
 NAIARA C. F. MENDONÇA
 NAYARA LUIZA SILVA CAMPOS
 PALOMA DORNAS DOS SANTOS
 PEDRO V. DE MELO CAMPOS
 RAFAEL MATOS GOBIRA
 RAPHAEL FERNANDES BECKER
 RAQUEL C. MENDES CALDAS
 RAYSSA T. M. DOLABELLA
 RODRIGO PINHEIRO BARBOSA
 RONALT DUARTE BATISTA
 VINÍCIUS R. CERQUEIRA

TC/ENG PROTOCOLO 27/MAR/2018 11:05 0038754 MAG 10

DISPENSA DE LICITAÇÃO
NAS CONTRATAÇÕES DA
MGS
(MINAS GERAIS ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS S/A)
INCONSTITUCIONALIDADES
E
ILEGALIDADES
DE ATOS E CONDUTAS

0003875410 / 2018



ORGÃO ESTADUAL



A vitória da verdade é certa.
Auguste Rodin

Uma ilegalidade mostra-se ainda mais danosa ao interesse público e ao Estado Democrático de Direito quando perpetrada sob o disfarce de um ato regular e em conformidade com a lei.

E é justamente essa mera aparência de legalidade que propicia o malefício de permitir que atos contrários à lei permaneçam sendo realizados por mais tempo do que um ato de mais flagrante desrespeito à norma legal conseguiria fazê-lo.

Esse insidioso disfarce de legalidade pode até mesmo conseguir distorcer o julgamento do melhor dos magistrados, levando-o a confundir o que verdadeiramente seja um ato com base na lei com aquele que apenas possui uma capa, uma falsa aparência de submissão ao bom Direito.

Felizmente, porém, há aqueles que não se deixam iludir por essa aparência de legalidade e lutam o bom combate que, ao final, permitirá que a ilegalidade disfarçada se veja despida do que até então a protegia¹.

A ilegalidade travestida de ato regular que ora é indigitada vem acontecendo desde 1994 e tem a ver com a

¹ Dentre os que lutam contra esse vício que se instaurou na Administração Pública mineira encontra-se o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPE) como se viu na Ação Civil Pública nº 002401554774-8.

contratação da MGS MINAS GERAIS ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS S/A por entes da Administração Pública mediante o uso indevido da "dispensa de licitação".



O presente estudo almeja servir de esclarecimento no tocante às normas aplicáveis às contratações pela Administração Pública através da figura da dispensa de licitação, de caráter flagrantemente excepcional e, ao mesmo tempo, cerrar fileiras com todos aqueles que travam esse meritório combate contra as irregularidades disfarçadas de legalidade nas contratações da MGS e, mesmo que timidamente, contribuir para que volte a ser cumprido o respeito às normas que regem o Estado Democrático de Direito, no Brasil, a começar pelo estado de Minas Gerais.

A DISPENSA DE LICITAÇÃO NA LEI 8.666/93

As contratações ilegais da MGS têm sido tão frequentes e de tal forma vêm há anos se expandindo na Administração Pública que parecem impedir a recordação de que **a regra nas contratações com o Poder Público é a licitação, sendo a sua dispensa uma exceção.**

Aliás, essa regra decorre, em primeiro lugar, da nossa "Lei Maior", posto que o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 estipula que:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados



mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

E não é por outro motivo que a Lei n.º 8.666/93², em seu artigo 89³, considera como **crime** dispensar ou deixar de exigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

Mas, e quanto à "exceção" para a regra de licitar que, como visto acima, foi admitida pelo inciso XXI do artigo 37 da

² A Lei 8.666, também chamada "Lei das Licitações" foi editada em obediência ao disposto no art. 22, inciso XXVII, cuja redação é a seguinte:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

³ **Art.89.** Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Constituição Federal através da frase "ressalvados os casos especificados na legislação"?



Que tratamento teria sido dispensado pelo legislador para a excepcional "dispensa de licitação" que há anos vem sendo empregada como verdadeira "regra" pela MGS?

A resposta é encontrada no **artigo 24 da Lei nº 8.666**, no qual é previsto um número fixo (*numerus clausus*) de situações em que a dispensa do obrigatório procedimento de licitação pode ser admitida.

No entanto, de todas as restritas hipóteses toleradas pelo legislador para a dispensa da licitação, um somente aparenta encaixar-se nas inúmeras contratações feitas pela MGS.: **o inciso VIII.**

Ressalte-se, porém, que essa adequação para com este único e solitário caso é apenas e tão somente aparente.

Com vistas a demonstrar a falsidade do enquadramento das dispensas de licitação praticadas amiúde nas contratações da MGS, mostra-se necessário, primeiramente, conhecer detalhadamente a descrição daquilo o que o inciso VIII do artigo 24 da "Lei das Licitações" admite como hipótese para a quebra da regra do procedimento licitatório...

O referido inciso VIII do artigo 24 alberga a seguinte redação:

Art. 24. *É dispensável a licitação:*



(...)

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

(...)

Nota-se, portanto, que **a hipótese de dispensa de licitação presente no dispositivo legal reproduzido acima** - e que, repita-se, é a "justificativa legal" utilizada para as contratações da MGS - **sujeita-se à observância de 04 (quatro) requisitos, os quais devem sempre estar presentes concomitantemente:**

- 1) O contratante deve ser "pessoa jurídica de direito público interno";
- 2) A contratada deve ter sido criada, mediante lei do ente federado do contratante (União, estado ou município), para o fim específico de fornecer os bens ou prestar os serviços que serão contratados;
- 3) Sua criação deve ter se dado através de lei anterior a 22 de junho de 1993, quando passou a vigorar a Lei de Licitações, nº 8.666;



- 4) O preço contratado deve ser compatível com o praticado no mercado privado.

Tendo firmes em mente esses quatro requisitos exigidos pelo legislador, releva verificar se as contratações realizadas com a MGS estariam, ou não, em conformidade com os mesmos.

Requisito 1 – Contratante deve ser “pessoa jurídica de direito público interno”:

A definição do que seja “pessoa jurídica de direito público interno” é encontrada no Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/02), ou, mais especificamente, no seu artigo 41:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Não somente pela ausência das empresas públicas e das sociedades de economia mista na lista do artigo 41 do Código Civil (acima), mas também em razão da natureza societária e privada a que ambas se acham submetidas - por

força da Constituição Federal⁴ e do Código Civil⁵ -, pode-se concluir, de pronto, que ambas já se mostram alijadas da hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso VIII do artigo 24 da Lei 8.666/93.



Portanto, com base apenas no primeiro dos requisitos exigidos pela lei para a dispensa de licitação ora tratada, as empresas públicas e as sociedades de economia mista encontram-se proibidas de contratar a MGS, exceto após regular procedimento de licitação no qual esta última venha ser a vencedora.

Por sinal, essa foi exatamente a conclusão a que chegou, recentemente, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao julgar a Apelação Cível nº. 1.0024.01.554774-8/003 nos autos da Ação Civil Pública nº 002401554774-8 ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais (MPE)⁶.

⁴ **Art. 173.** (...)

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

⁵ **Art. 44.** São pessoas jurídicas de direito privado: (...)

II - as sociedades;

⁶ **EMENTA:** APELAÇÃO – ADMINISTRATIVO – MGS – CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO – ARTIGO 24, VIII DA LEI Nº 8.666/93

1 - É a MGS - Minas Gerais Administração e Serviços S.A., pessoa jurídica de direito privado integrante da administração indireta do Estado, constituída sob a forma de sociedade anônima.

Nada obstante, o resultado daquele julgamento foi o entendimento a favor da ilegalidade das contratações da MGS sem licitação prévia, mas apenas em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista.



Sem embargo do respeito a que fazem jus os julgados daquela mais alta corte mineira, infelizmente a decisão no caso que acaba de ser citado deixou de considerar a obrigatoriedade da presença **concomitante** dos demais requisitos exigidos pelo inciso VIII do artigo 24 da Lei 8.666/93.

Destarte, impende passar-se à análise do segundo desses requisitos.

Requisito 2 – Criação, através de lei, para fim específico de fornecer bens ou prestar serviços à Administração da qual faça parte integrante:

A Constituição Federal de 1988 é clara no que se refere à imprescindibilidade de lei específica para a criação de entes da Administração Pública por parte de qualquer dos três entes políticos da Federação. É o que se pode ler no inciso XIX do seu artigo 37:

2 - A licitação é dispensável para a aquisição de bens/serviços por pessoa jurídica de direito público interno, como autarquias e fundações, com entidade que integra a Administração Pública (estatais) e preenchem os requisitos do art. 24, VIII da Lei nº8.666/93.



XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Igualmente claro, por seu turno, é o inciso VIII do artigo 24 da Lei 8.666/93, ao exigir que o órgão ou entidade que venha a prestar serviços mediante dispensa de licitação haja sido criado para o fim específico de prestar exatamente o tipo de serviço que será prestado à pessoa jurídica de direito público interno.

Em face disso, uma das mais óbvias das incongruências que afloram da análise da questão objeto do presente estudo é que **a MGS não foi criada através de lei e menos ainda através de lei que previsse a finalidade específica de fornecer bens ou prestar serviços à Administração Pública.**

Com efeito, a MGS - MINAS GERAIS ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS S/A foi constituída, há mais de sessenta anos, como uma sociedade por ações denominada CIA. FEDERAL DE IMÓVEIS E CONSTRUÇÕES S/A, com sede no Rio de Janeiro e cujo objetivo era **atuar na área da construção, manutenção e conservação predial.** Esta informação encontra-se explícita na página eletrônica da MGS, onde pode ser encontrado um breve histórico daquela empresa:



(<http://www.mgs.srv.br/detalhe-da-materia/info/quem-somos/6496>)⁷.

Tratou-se a constituição da referida companhia de uma decisão empresarial de seu controlador BANCO DE CREDITO REAL DE MINAS GERAIS S.A e não de algo determinado em lei votada e aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.

Nunca houve, portanto, "criação, por lei, de órgão ou entidade para o fim específico de fornecimento de bens e serviços à Administração", como expressamente exigido pelo inciso VIII do artigo 24 da Lei 8.666/93.

Na tentativa de contrapor-se a tão robusto argumento, a MGS agarra-se à alegação de que "tornou-se empresa pública com a Lei Estadual nº 11.406, em 28/01/1994"⁸

Contudo, é de se indagar como isso poderia ser confundido com "criação por lei" se a MGS está inscrita no CNPJ - Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - sob o mesmo número, 33.224.254/0001-42, desde 02 de agosto de 1972, quando ainda era a CIA. FEDERAL DE IMÓVEIS E CONSTRUÇÕES S.A.?

⁷ Também em <http://main.mgs.srv.br/hist.php>

⁸ Essa tibia alegação, aliás, foi a que a MGS empregou na Ação Civil Pública Ação Civil Pública nº 002401554774-8.

A verdade é que a MGS jamais se viu criada por lei, tendo o respectivo controle transferido para o Estado de Minas Gerais mediante simples operação societária de aquisição de ações.



Portanto, só muito posteriormente é que a MGS foi **transformada** em empresa pública. Não houve, portanto, criação de nova empresa ou entidade.

Mas, deve ser recordado que o segundo pressuposto exigido pelo inciso VIII do artigo 24 da Lei 8.666/93 não se limita à "criação por lei".

É também obrigatório que a finalidade (objeto social) do órgão ou entidade que irá prestar o serviço para a pessoa jurídica de direito público interno seja, desde sua criação, justamente "prestar tal serviço".

Ora, o objeto social da MGS, como estipulado em seus estatutos originais, era "atuar na área da construção, manutenção e conservação predial" – o que se encontra muito aquém da enorme gama de serviços oferecidos pela mesma.

De fato, ao longo dos anos, seu objeto social vem sendo continuamente ampliado e, sob o aspecto da dispensa de licitação, algo ainda mais grave pode ser encontrado nas alterações estatutárias da MGS dos anos de 2010 e 2016.



Mesmo sem admitir o falso argumento segundo o qual "a MGS teria sido criada com a Lei Estadual nº 11.406/94", esta lei determinava que a MGS estaria vinculada à Secretaria de Estado da Casa Civil e que seu fim (objeto social) seria "a prestação de serviços gerais para as administrações públicas estaduais direta e indireta".

No entanto, a Lei Estadual nº 19.087, de 2010, alterou o artigo 126 da Lei nº 11.406/94, dispondo que a MGS, a partir de então, estaria vinculada à Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão e teria por finalidade "a prestação de serviços técnicos, administrativos e gerais aos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta **do Estado e dos Municípios**".

Mais recentemente, por meio da Lei Estadual nº 22.257, de 27/07/2016, a MGS "*teve a sua área de atuação ampliada pela possibilidade de prestar seus serviços, também, para o nível Federal, além dos Estados, Distrito Federal e Municípios*" (sic página eletrônica daquela empresa).

Recorde-se, no entanto, que essas ampliações de objeto nada têm de conformidade com o que é expressamente exigido pelo inciso VIII do artigo 24 da Lei 8.666/93.

Como visto alhures, aquela norma é categórica ao exigir que o órgão ou entidade que irá prestar o serviço tenha como objeto este mesmo serviço desde sua criação – o que, por

óbvio, não é a mesma coisa que ampliar o objeto posteriormente a isso.



Não se pode perder de vista o que se enfatizou logo no início do presente estudo: A REGRA CONSTITUCIONAL É A LICITAÇÃO, ENQUANTO QUE A SUA DISPENSA É EXCEÇÃO.

Acresce que as duas alterações estatutárias ocorridas em 2010 e 2016 tornam ainda mais graves a ilegalidade já presente nas contratações da MGS até então.

Com efeito, tais ampliações extrapolam inconstitucionalmente o âmbito da prestação de serviços no que se refere à "pessoa jurídica de direito público interno" que seria a contratante dos serviços. No caso, as Administrações municipais e federal, além do Distrito Federal.

Portanto, mesmo que se admitisse uma hipotética situação na qual a MGS houvesse sido criada por lei anterior à Lei n.º 8.666 e tendo seu objetivo social contemplando exatamente o enorme escopo atual, ainda assim se mostraria inconstitucional direcionar tais serviços às Administrações federal e municipal.

Em suma: Apenas a Administração Pública do Estado de Minas Gerais poderia ser alvo dos serviços a serem prestados porque, para efeito da dispensa de licitação prevista no inciso VIII do art. 24 da Lei n.º 8.666, os serviços devem

ser prestados à Administração da qual faça parte integrante o ente prestador do serviço.



Este entendimento decorre da inteligência do artigo 18, *caput*, da Constituição da República de 1988, o qual dispõe que:

Art. 18. *A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.*

Assim, não poderia um ente da Administração estadual se impor como prestador de serviços à União ou aos municípios. E muito menos ser contratado mediante dispensa de licitação nos termos do inciso VIII do art. 24 da Lei n.º 8.666.

Ora, conforme se depreende do supramencionado artigo 18 da Constituição da República, a inclusão dos Municípios, do Distrito Federal e da União no estatuto social da MGS é claramente **inconstitucional** por ferir explicitamente a autonomia dos entes federados. É o que prelecionou José Afonso da Silva:

[Com a Constituição da República de 1988] a ingerência dos Estados nos assuntos municipais ficou limitada aos aspectos estritamente indicados na Constituição Federal, como, por exemplo, os referentes à criação, incorporação, fusão e ao

desmembramento de Municípios (art. 18, §4º) e à intervenção (arts. 35 e 36).⁹



Não há, em dispositivo algum da Constituição Federal de 1988, previsão de que um estado membro possa promulgar lei que determine a prestação de serviços mediante dispensa de licitação para outro ente federado. Isto seria uma ingerência absurda do Estado nos assuntos municipais e federais.

De fato, se a contratação da MGS pela Administração estadual, mediante dispensa de licitação, já se mostra ilegal, a canhestra intenção de se estender tal ilegalidade para as esferas federal e municipal, após a modificação na Lei nº 11.406/94, mostra-se ainda mais viciada.

A este respeito, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes invoca o conceituado Informativo de Licitações e Contratos da Editora Zênite para aduzir que:

*a Editora Zênite, no Informativo de Licitações e Contratos (ILC, jan./96. Curitiba: Zênite, p. 35) consolidou seu entendimento no sentido de que **'dispensa de licitação com fundamento no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 só será válida se o órgão ou entidade a ser contratado for instrumento de atuação da própria pessoa jurídica de direito público interessada'**.¹⁰*

⁹ Silva, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27 ed. São Paulo: Editora Malheiros, p. 641.

¹⁰ Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 5. Ed, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 374.



Nesse mesmo sentido ressalta-se discussão suscitada no Tribunal de Contas da União, em sede do processo 004.906/95-0, Decisão 165/95, DOU 24/07/95, ocasião em que o TCU julgou irregular contrato de uma fundação pública federal (FUB) com empresa pública do Distrito Federal:

a) *Processos nº 23.106.011.303/95-9 e 23.106.011.585/94-73 – Contratação, com dispensa de licitação, da Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil (NOVACAP), com amparo no disposto no inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93 (Fls. 09/20).*

*Observa a equipe que a fundamentação legal utilizada (inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93) é aplicável à espécie, uma vez que na iniciativa privada existem concorrentes para o objeto contratado, e, ainda, que o **Distrito Federal goza de autonomia administrativa e competência administrativa (arts. 18 e 32 da Constituição Federal), não se podendo considerar suas empresas estatais como agregadas à Administração Federal.***

Conquanto apenas os dois requisitos até aqui estudados já se mostrem suficientes para demonstrar de forma incontestável a ilegalidade e a inconstitucionalidade da contratação da MGS mediante dispensa de licitação, ainda há outros dois requisitos para serem analisados e, ambos, acabarão por sedimentar ainda mais a presença de tais vícios.



Requisito 3 – Criação anterior à vigência da Lei de Licitações (Lei 8.666/93):

Mesmo que não fosse inelutável a verdade de que a MGS não atende aos requisitos da criação por lei e da finalidade de prestar seus serviços desde esta criação (e não por alterações estatutárias realizadas muito posteriormente), ainda assim continuaria intransponível o óbice para sua contratação através da dispensa de licitação, tendo em vista o terceiro requisito presente no inciso VIII do artigo 24 da Lei 8.666/93.

Como visto anteriormente, a MGS tenta convencer que “teria sido criada por meio da Lei estadual nº 11.406” – que, repita-se, apenas autorizou a compra de suas ações e a “transformou” em empresa pública.

Ora, a Lei estadual nº 11.406 viu-se publicada em 28 de janeiro de 1994, ao passo que a Lei de Licitações (Lei nº 8.666), entrou em vigor na data de sua publicação, qual seja, 22 de junho de 1993.

Resta, portanto, cristalino o fato de que a Lei que alegadamente teria “criado” a MGS para os fins de prestação de serviço à Administração é **posterior** à Lei das Licitações.

Consequentemente, mais esse requisito legal para a dispensa de licitação não se vislumbra satisfeito, deixando

ainda mais patente a ilegalidade das contratações da MGS mediante dispensa de licitação.



Nesse mesmo sentido já se havia anteriormente posicionado¹¹, o Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCMG), na Consulta de número 270.188 (número novo: 390863) feita pela Companhia de Saneamento de Minas Gerais / COPASA¹²:

A fornecedora dos bens ou serviços, a MGS - Minas Gerais Administração e Serviços, não preenche o segundo requisito, lançado na letra "b" supra [que o órgão ou entidade pública, fornecedor dos bens ou prestador dos serviços, tenha sido criado para esse fim específico em data anterior a vigência da Lei 8.666/93]. A MGS não foi criada para o fim específico de prestar serviços às pessoas jurídicas de direito público interno, pois a sua constituição retroage aos idos de 1954, com a razão social de Cia. Federal de Imóveis e Construções S/A e objeto social de "compra e venda, administração e construção de imóveis em geral", conforme escritura pública de constituição, lavrada no Cartório do 2º Ofício de Notas do Rio de Janeiro - RJ, Livro 1311, fl. 89. Por isso, ao comentar o referido inciso VIII, adverte a Prof. Maria Sylvia Zanella Di Pietro: -"Tratando-se de exceção à regra da licitação, o dispositivo tem que ser interpretado restritivamente". Vale dizer,

¹¹ Em 03/09/1997.

¹² Decisão anteriormente disponível no site do TCMG (<http://200.195.70.14/TCJuris/Nota/Arquivo/390863?data=09%2F03%2F1997%2000%3A00%3A00>) e hoje arquivada (http://www.tce.mg.gov.br/pesquisa_processo.asp), mas citada em <file:///F:/PROJETO%20MGS/Revista112009Especial01.pdf>.



esclarece a renomada administrativista: - "(...) o contratante é pessoa jurídica de direito público interno e o contratado é órgão ou entidade da Administração Pública, criado para o fim específico de prestar bens ou serviços ao próprio ente que o criou". Ainda é da mesma jurista a seguinte lição, que acompanho: - "Quando a Administração exerce atividade econômica com base no art. 173, ela o faz a título de intervenção do domínio econômico, para subsidiar a iniciativa privada, e não para concorrer deslealmente com ela, o que ocorreria se tivesse, a empresa estatal, o privilégio de ser contratada sem licitação." (in *Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos*, Malheiros Editores São Paulo, 2- edição revista e ampliada, 1995, pp. 83, 85 e 86).

Finalizando a questão da modificação do objeto da empresa e de sua anterioridade em relação à Lei de Licitação, cumpre novamente mencionar o escólio de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Num contexto mais amplo, seria admissível acolher essa expansão do objeto, desde que também, nesse caso, fosse atendido o requisito temporal inscrito no dispositivo pela Lei nº 8.883/94, ou seja, que a alteração da atividade do órgão tivesse ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.666/93. Com essa possibilidade, ficaria resguardado o ordenamento jurídico sem necessidade de grandes pesquisas sobre a finalidade inicial, que ensejou a criação do órgão, ao tempo que se evitaria o absurdo de permitir a contratação direta de um órgão que foi criado bem posteriormente, sem, contudo, admitir-

se igual tratamento para outro que, mesmo criado anteriormente, teve seu ramo de atividade expandido, arditosamente, após o advento da Lei nº 8.666/93.¹³



Este mesmo autor ainda faz uma colocação pertinente no que tange à data-limite da criação do órgão para que se possa enquadrar na hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso VIII do artigo 24:

Embora a restrição temporal tenha seus efeitos iniciados em 8 de junho de 1994, com a Lei nº 8.883, o limite a ser considerado é o da vigência da Lei nº 8.666/93. Assim, os órgãos ou entidades criados entre 22 de junho de 1993 e 8 de junho de 1994 não podem ser beneficiários dessa dispensa de licitação, pois, conquanto a restrição só tenha sido erigida a partir da última data, atualmente é indeclinável que o limite temporal foi fixado com a retroação à vigência da Lei nº 8.666/93.¹⁴

Requisito 4 – Da compatibilidade do preço com o praticado no mercado

Passando à análise da compatibilidade preço com o mercado privado, como o último requisito exigido pelo inciso VIII do artigo 24 da Lei de Licitação para que a dispensa de

¹³ Fernandes, Jorge Ulisses. *Op. cit.*, p. 376.

¹⁴ Fernandes, Jorge Ulisses. *Op. cit.*, p. 380.



licitação seja considerada legal, deve ser salientado que, no caso da MGS, tal incompatibilidade é frequente.

Todavia, não poucos artifícios inseridos nos instrumentos de contratação mimetizam e disfarçam a incompatibilidade vedada por lei, de modo a não permitir a imediata constatação de sua presença apenas pela comparação dos "aparentes" preços dos serviços com aqueles praticados pela iniciativa privada.

Diante da enormidade do número de contratos celebrados com a MGS ao longo da acelerada expansão de seu objeto social e da solidificação de sua indevida hegemonia na área de prestação de serviços para a Administração Pública (sempre favorecida pela ilegal dispensa de licitação), mostra-se inviável, neste sucinto estudo, a demonstração dessa anomalia em todas as avenças desse tipo.

No entanto, bastará a utilização de dois exemplos para ilustrar suficientemente o que ocorre amiúde.

E nada mais paradigmático do que empregar como primeiro exemplo os contratos celebrados entre a MGS e a SEPLAG (Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão), de vez que, com a Lei Estadual nº 19.087, de 2010, este órgão da Administração Direta de Minas Gerais passou a deter sob seu poder de subordinação a própria MGS.



Assim, tomando como exemplo o "Contrato Corporativo n.º 01/2016" firmado em 01 de agosto de 2016, se mostrará possível a demonstração das formas sub-reptícias através das quais os preços praticados pela MGS são, na verdade, superiores àqueles usualmente ofertados pela iniciativa privada.

Tal como se verá, a seguir, não apenas diretamente através do item "preço", em si, o contrato se mostra mais oneroso para a Administração contratante, mas também por meio da conjugação deste item (preço) com outras condições contratuais.

Pede-se, portanto, a atenção para os Quadros Comparativos relativos aos contratos firmados entre a MGS e a SEPLAG, tendo por paradigma o "Contrato Corporativo n.º 01/2016", conforme a seguir:

PREÇO DOS SERVIÇOS

CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE A SEPLAG E A MGS

O valor facial correspondente aos vales-transportes, nos termos estabelecidos na legislação federal aplicável à espécie, fornecidos a todos os empregados que prestarem serviços em função deste contrato **será acrescido da taxa de administração** contida na Planilha Estimativa de Preços Mensal – Anexo I, sendo que o valor previsto em lei, referente à participação do empregado sobre os vales-transportes fornecidos será restituído ao Estado mediante compensação na fatura do mês subseqüente.

Os custos decorrentes da viagem serão faturados com vencimento contra apresentação, **acrescidos da mesma taxa de administração** contida na Planilha Estimativa de Preços Mensal – Anexo I. As diárias concedidas aos empregados, que no curso do mês ultrapassarem a 50% do valor do salário base, **integrarão a remuneração dos mesmos para todos os efeitos legais, integração esta que será cobrada das SEPLAG acrescida da mesma taxa**



de administração, encargos sociais e incidência tributária prevista nos Anexos I, VIII e IX, nos termos do parágrafo segundo, do art. 457 da CLT.

Em todos os contratos firmados pelo Estado com outras empresas que não a MGS, **a taxa de administração é fixada no percentual máximo entre 10 a 15% e incide apenas sobre o total da remuneração.** Todos os demais itens que compõem a planilha de custos tais como encargos sociais e insumos não recebem a incidência da taxa de administração.

Nos contratos firmados entre a SEPLAG e a MGS a taxa de administração incide sobre todos os componentes do custo, quais sejam: remuneração, encargos sociais, insumos, benefícios, diárias de viagem, uniformes, EPI (equipamentos de proteção industrial).

Além disso, quando o montante da remuneração sofre reajuste advindo de Convenção Coletiva de Trabalho, a taxa de administração nos contratos celebrados com outras empresas terceirizadas deixa de ser percentual e passa a ser valor para não sofrer também o reajuste ocorrido no montante da remuneração, diferentemente dos contratos firmados com a MGS, uma vez que a taxa é sempre percentual, e, assim, todas as vezes que qualquer um dos componentes do custo sofrer variação, a taxa também sofrerá o mesmo impacto.

REAJUSTE

CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE A SEPLAG E A MGS

As parcelas referentes à remuneração de pessoal e impostos serão modificadas pelo mesmo percentual, sempre que ocorrerem antecipações salariais compensáveis nas datas bases, reajustamentos salariais das categorias profissionais a que estejam vinculados os empregados da MGS, decorrentes da legislação, convenções coletivas, acordos coletivos de trabalho, dissídios coletivos, acordos judiciais ou quaisquer atos, fatos e circunstâncias que justifiquem e exijam a concessão de tais reajustes.

A parcela referente a equipamentos de limpeza, equipamentos eletrônicos e de informática será reajustada anualmente, com base na variação do INPC-IBGE.

O valor de fornecimento de vale-transporte será reajustado de acordo com a variação da passagem dos transportes da Grande Belo Horizonte.

A repactuação constitui uma espécie de reajuste. Assim, a finalidade da repactuação não é outra senão recompor a corrosão do valor contratado pelos efeitos inflacionários. Contudo, diferentemente do reajuste baseado na aplicação de índices econômicos (indexação), na repactuação, a recomposição do preço ocorre com base na demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.

De acordo com o art. 37 da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/08, a repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997.

A interpretação literal dessa previsão normativa conduz à conclusão de que a correção dos preços das contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra deve operar-se exclusivamente com base na repactuação dos valores de seus componentes de custos, restando afastada a possibilidade de aplicação de índices econômicos.

Contudo, não se deve perder de vista que a Constituição prevê que os contratos da Administração Pública devem conter cláusula que assegure a manutenção das condições efetivas da proposta. A Lei nº 8.666/93, por sua vez, disciplina a necessidade de o edital e a minuta do contrato indicarem o critério de reajuste, admitida a adoção de índices.

A demonstração analítica da variação dos componentes dos custos para a mão de obra, regra geral, é feita por nova convenção coletiva de trabalho aplicada aos profissionais envolvidos na execução do ajuste, o que torna rápida a sua aplicação. Se fosse feita a repactuação da parcela de custos com materiais e equipamentos, isso exigiria a juntada de diversos documentos, a fim de demonstrar a variação dos preços de mercado desses insumos. Esse procedimento, além de moroso, nem sempre permite tal demonstração de modo preciso, determinando inúmeros conflitos entre as partes contratantes.

Sob esse enfoque, deve-se reconhecer que a forma mais eficaz de assegurar a efetiva correção dos efeitos inflacionários em contratos de prestação de serviço com dedicação exclusiva de mão de obra se opera por meio da repactuação da parcela de custos com mão de obra e do reajuste por índice, capaz de espelhar a variação dos preços dos insumos e materiais.

No Acórdão nº 1.214/2013, o Plenário do TCU parece admitir essa fórmula, ao firmar conclusão de que:

A vantajosidade econômica para a prorrogação dos contratos de serviço continuado estará assegurada, dispensando a realização de pesquisa de mercado, quando:

9.1.17.1 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência da lei;

9.1.17.2 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais.

Em vista dos apontamentos feitos e com base na recomendação contida no Acórdão nº 1.214/2013 - Plenário, parece possível concluir que o TCU admite que os



contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, firmados por órgãos e entidades da Administração Pública federal, em que seja prevista a repactuação para a parcela de custos da mão de obra, tragam cláusula de reajuste baseada em índices para a parcela de custos com insumos (materiais e equipamentos).

Ref.: Repactuação - Serviços contínuos - Contrato - Previsão de cláusula de reajuste baseada em índices para os insumos - Possibilidade - Entendimento do TCU. Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 239, p. 88, jan. 2014, seção Perguntas e Respostas.

Nos demais contratos firmados pelo Estado com outras empresas terceirizadas, incumbirá à Contratada a iniciativa e o encargo do cálculo minucioso de cada reajuste, a ser aprovado pelo CONTRATANTE, juntando-se à discriminação dos serviços prestados, a memória de cálculo de reajuste/repactuação e as planilhas analíticas de custos atualizadas. Caberá, também, à Contratada apresentar os demais documentos comprobatórios do aumento salarial concedido à categoria funcional, ou seja, Convenção Coletiva de Trabalho, dissídio coletivo ou sentença normativa, sob pena de não fazer jus à repactuação com efeitos retroativos, tornando-se a única e exclusiva responsável pelos prejuízos decorrentes da não apresentação desses documentos tempestivamente.

Este tipo de exigência não é feita para a MGS, aplicando-se o reajuste de maneira automática.

OBRIGAÇÕES DA CONTRATANTE SEPLAG

CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE A SEPLAG E A MGS

Ceder as dependências da UAI para **armazenamento seguro** de materiais e equipamentos, assim como as instalações e vestiários para uso dos empregados da MGS;

Restabelecer à MGS, o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, de comum acordo entre as partes, sempre que houver alteração dos encargos legais, convencionais e contratuais;

Dentre todas as obrigações do Contratante (Estado), as que diferem dos demais contratos firmados com outras empresas terceirizadas refere-se ao fato de que a responsabilidade pela guarda de materiais e equipamentos é sempre da Contratada, sendo o Contratante responsável apenas por ceder o espaço.

Além disso em todos os demais contratos o restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro não é descrito expressamente como obrigação do Contratante.



OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE A SEPLAG E A MGS

Responder pelos danos causados ao ESTADO, por intermédio da SEPLAG, se comprovada a culpa, por imprudência ou negligência, ou ainda por dolo do empregado da MGS, após inquérito administrativo com a participação da MGS e ocorrência policial juntamente com o inquérito policial, seguido da competente ação penal, se o fato exigir.

Promover a substituição de empregado cuja apresentação, saúde, conduta pessoal ou profissional seja considerada prejudicial, inconveniente ou insatisfatória, **mediante expressa motivação do ato de devolução / substituição do empregado**, devidamente treinado, no prazo estabelecido pela Política de Atendimento do ESTADO, por intermédio da SEPLAG;

Responsabilizar-se pelas obrigações legais, convencionais e contratuais, decorrentes das relações empregatícias de seu pessoal, **exceto aquelas provenientes de ônus trabalhistas por desvio de função dos empregados ou por outros motivos provocados e permitidos pelo ESTADO, por intermédio da SEPLAG, contrários à legislação, à Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo de trabalho, ao Contrato de Trabalho e a esse Contrato;**

Instalar e/ou operar equipamento de vigilância visando exclusivamente a segurança patrimonial e pessoal dos empregados e usuários através de controle de acesso e monitoramento de ambiente 24 horas por dia;

Nos contratos firmados com outras empresas terceirizadas, o processo de responsabilização da empresa Contratada por qualquer dano causado é bem mais simples, inexistindo abertura de inquérito administrativo, policial e até mesmo ação penal.

Os casos de substituição de empregado da Contratada são sempre feitos independente de qualquer motivo, isto é, o Contratante não tem que motivar a devolução do empregado, simplesmente o faz.

Qualquer ônus trabalhista advindo de motivos provocados e permitidos pelo Contratante são sempre responsabilidade da Contratada, ainda que o Contratante tenha dado causa à ação trabalhista. A condenação é sempre da empresa Contratada. Não existe qualquer menção nos contratos firmados com outras empresas terceirizadas a respeito de "responsabilidades por ações trabalhistas". Os contratos firmados com as outras empresas determinam que a responsabilidade pelo exato cumprimento de todas as obrigações e exigências decorrentes da legislação trabalhista e previdenciária são da Contratada, ficando claro inexistir entre seus empregados e o Contratante vínculo empregatício ou de qualquer outra natureza, razão pela qual correrão por conta exclusiva da Contratada todos os ônus decorrentes de rescisões de contratos de trabalho e atos de subordinação de seu pessoal.

O último tópico descrito acima é incompatível com o objeto social da MGS, uma vez que atividades de vigilância e segurança patrimonial, ainda que por intermédio de equipamentos de monitoramento eletrônico são exclusivas de empresas que possuem a Autorização de Funcionamento expedida pela Polícia Federal.



EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS

CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE A SEPLAG E A MGS

Os empregados de funções administrativas, dependendo da peculiaridade de suas atividades na UAI, **deverão ser capacitados em conjunto com o Estado, por intermédio da SEPLAG.**

A terceirização de serviços por parte da Administração Pública apenas será permitida nos casos em que o objeto contratual não constituir atividade essencial da Administração (atividades finalísticas) e, ainda, quando essa atividade não estiver descrita como atribuição dos cargos ou empregos que compõem o quadro de pessoal da contratante.

Destaque-se, ainda, ser vedada a formação de vínculos de quaisquer espécies entre a Administração tomadora do serviço e os empregados da empresa contratada que executarão os serviços. O único vínculo admissível é aquele formado entre a própria Administração e a empresa contratada, cuja natureza lhe submete ao regime jurídico dos contratos administrativos.

A respeito do tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz:

O que é possível, como forma de terceirização válida, é o contrato que tenha por objeto a prestação de serviço, à semelhança do que ocorre com a empreitada, em que o contratante quer o resultado, por exemplo, o serviço de limpeza, de transportes, de vigilância, de contabilidade e outros que não constituam atividade-fim da empresa tomadora do serviço.

(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 176)

Sendo o interesse da Administração a obtenção do resultado ajustado, sob pena de inadimplemento contratual pela contratada, eventual treinamento da mão de obra envolvida na execução desse contrato, que se mostre necessário para a geração desse resultado, constitui objeto de análise e responsabilidade exclusivamente da contratada.

O compromisso da contratada é entregar os resultados pactuados. Assim, cabe a ela providenciar todos os meios e recursos indispensáveis para tanto, inclusive a capacitação de seus empregados, se entender que esta seja necessária. O que não se admite é a interferência da Administração na gestão da empresa privada, exigindo da contratada a realização de cursos e treinamentos não previstos em instrumento legal ou providenciando diretamente a realização desse encargo.

Ao promover o treinamento dos empregados da contratada com o objetivo de assegurar a qualidade dos serviços, a Administração interfere na gestão da empresa e, ao mesmo tempo, dá ensejo à formação de vínculos de pessoalidade e subordinação com os empregados da contratada, o que descaracteriza a terceirização.

Anote-se que o TCU tem rechaçado ações de tal espécie. Como exemplo dessa orientação, cita-se o Acórdão nº 2.646/2007, no qual o Plenário dessa Corte determinou ao órgão jurisdicionado que:

não inclua, em suas planilhas de formação de preços, rubrica para retribuir ações relativas à capacitação/reciclagem dos prestadores alocados nos postos de trabalho, visto que é obrigação da empresa contratada fornecer a mão-de-obra qualificada para a execução dos serviços, em conformidade com as especificações do objeto da licitação, a teor de deliberações do Tribunal a respeito (v.g. Acórdãos nºs 1.937/2003 - Plenário, 362/2007 - Plenário e 1.237/2007 - 1ª Câmara).

Portanto, pode-se concluir ser obrigação da empresa contratada providenciar, quando assim entender necessário, o treinamento de seus empregados envolvidos na execução de contrato de prestação de serviços firmado com a Administração. Daí porque não se admite à Administração exigir a realização de treinamentos não previstos em instrumento normativo ou mesmo promover diretamente o treinamento dos empregados da empresa contratada.

PAGAMENTO

CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE A SEPLAG E A MGS

A MGS disponibilizará, via WEB, através do site www.mgs.srv.br, para o ESTADO, **até o dia 25 (vinte e cinco) de cada mês**, a fatura correspondente a todas as despesas legais e contratuais feitas no mês, para aceite e **pagamento até o 3º (terceiro) dia útil do mês subsequente ao vencido**.

Na hipótese de ocorrer impedimento, ocasionado pelo ESTADO, por intermédio da SEPLAG, para emissão de qualquer fatura por parte da MGS e este fato vier a provocar atraso do pagamento destas faturas, o ESTADO, por intermédio da SEPLAG pagará multa, se houver, de acordo com a legislação vigente, mais juros legais calculados pelos dias de atraso, cujo valor será inserido na fatura do mês subsequente ou em fatura extra, **inclusive as multas administrativas fixadas pelo Ministério do Trabalho**, em razão deste atraso.

Para as outras empresas terceirizadas, as notas fiscais só podem ser emitidas a partir do 1º dia útil do mês subsequente ao da prestação dos serviços, e o Contratante tem prazos muito extensos (mais ou menos 10 dias a partir da data do recebimento da nota fiscal) para dar o "aceite" na nota e encaminhá-la para pagamento. O pagamento das notas fiscais é feito no prazo de até 30 dias após a emissão da nota.

Quaisquer multas administrativas aplicadas à empresa Contratada não são atribuíveis ao Contratante. É sempre responsabilidade da Contratada qualquer evento decorrente da sua atuação enquanto empresa. Nos contratos firmados com as outras empresas terceirizadas sempre existe uma cláusula desvinculando o pagamento das notas fiscais ao pagamento de salários, isto é, ainda que haja atraso no pagamento das notas fiscais por parte do Contratante, isto não pode ser motivo a justificar o atraso no pagamento de salários dos empregados, que deve ocorrer sempre até o 5º dia útil do mês. Pela cláusula acima fica claro que existe a vinculação entre o pagamento do Estado à MGS e o pagamento dos salários pela MGS aos seus, pois o Estado inclusive assume multas aplicadas à MGS empregados, pois eventuais multas aplicadas à MGS por atrasos de pagamento serão repassadas para o Estado.



RESCISÃO

CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE A SEPLAG E A MGS

O presente contrato poderá ser rescindido por acordo das partes, observada a legislação vigente, unilateralmente, mediante aviso prévio expresso com antecedência mínima de 40 (quarenta) dias, ou ainda pela rescisão imediata, com o pagamento a ser feito pela SEPLAG à MGS de valor igual a soam dos salários dos empregados abrangidos pelo presente contrato, ativos no momento da rescisão.

Para as demais empresas terceirizadas, não existe a possibilidade de rescisão unilateral com aviso prévio de qualquer prazo de seja. Somente o Contratante tem a prerrogativa de rescindir o contrato unilateralmente.

DAS PENALIDADES

CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE A SEPLAG E A MGS

Pela inexecução total ou parcial do presente contrato, o ESTADO, por intermédio da SEPLAG poderá aplicar as seguintes penalidades, sem prejuízo das demais penalidades previstas na Lei nº 8.666/93, além das responsabilidades civil e penal:

I - **advertência** expressa, assegurado o direito de ampla defesa da MGS;

II - **multa** de 1% (um por cento) sobre o valor da fatura do mês imediatamente anterior à data de sua aplicação, no caso de reincidência do fato gerador da advertência citado no inciso I, assegurado o direito de ampla defesa à MGS.

Para as demais empresas terceirizadas, as penalidades são bem mais severas, e a multa, quando aplicada, é sobre o valor global do contrato, e não sobre o valor faturado. Para os casos de reincidência a penalidade aplicada é outra, podendo ir da proibição de licitar e contratar com o poder público até a declaração de inidoneidade.

Não bastassem essas vantagens disfarçadas e o tratamento desigual dispensado à MGS, em detrimento da iniciativa privada, há, também, nas avenças celebradas com a SEPLAG irregularidades no tocante ao objeto contratual. A saber:

OBJETO

CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE A SEPLAG E A MGS

Serviços de apoio para o atendimento presencial recepção, informação e orientação ao público e à Administração Direta; serviços de limpeza e manutenção predial em geral e de equipamentos; serviços de manutenção, recuperação e conservação de máquinas, equipamentos e aparelhos em geral; serviços de manutenção de sistemas de gerenciamento de atendimento para todos os órgãos da Unidade; **serviços de vigilância predial**; administração de processos licitatórios e respectiva contratação



para aquisição de todos os suprimentos necessários à execução dos serviços de administração da Unidade.

ADVERTÊNCIA: Serviços de vigilância devem ser executados exclusivamente por empresas com o devido registro e autorização junto à Polícia Federal (Lei nº 7.102/83, Decreto 89.056/83 e Portaria nº 3.2333/12). Impropriedade do objeto licitado, pois a mesma empresa não tem permissão legal para a prestação dos serviços de vigilância em conjunto com qualquer outro tipo de serviço.

De acordo com seu Estatuto Social, o objeto social da MGS compõe-se das seguintes atividades:

- Locação de mão de obra para conservação, limpeza, asseio, higienização, vigilância e serviços temporários;
- Administração de estacionamentos rotativos;
- Administração de condomínios;
- Recuperação, manutenção e conservação de imóveis, móveis, máquinas, equipamentos e aparelhos em geral, abrangendo ainda, gestão e guarda de documentos e processos pertinentes;
- Gestão de frota de veículos em geral e de contratos de conserto e manutenção;
- Execução de serviços gráficos, confecção e instalação de placas em geral;
- Administração de processos licitatórios e contratos administrativos em geral;
- Gestão de contratos de transporte de valores, carga e passageiros por via aérea e terrestre em geral;
- Fornecimento, revenda, administração e representação de vale transporte, vale refeição, outros tipos similares e fornecimento de alimentação através de cozinha própria;
- Administração e representação de ações trabalhistas.

ADVERTÊNCIA: O objeto social da MGS não abrange todo o objeto contratado.



Ainda que novamente de forma resumida, tem-se como segundo exemplo para demonstração da incompatibilidade econômica entre as contratações com a MGS e a iniciativa privada, os contratos firmados, sempre com dispensa de licitação, entre a MGS e a FAPEMIG:

FAPEMIG E A MGS	ESTADO DE MINAS GERAIS E OUTRAS EMPRESAS TERCEIRIZADAS
<p>O vale transporte é faturado à parte acrescido da taxa de administração (7,50%).</p> <p>Os uniformes, acessórios, EPIs, materiais de limpeza e de higiene são faturados à parte, com acréscimo da taxa de administração (7,50%) e os valores unitários dos itens sofrem variação (para mais ou para menos) conforme a data do pedido/faturamento.</p> <p>As horas extras eventualmente realizadas são automaticamente incluídas no faturamento.</p> <p>As despesas de viagem são faturadas acrescidas de taxa de administração. Quando as diárias ultrapassam a 50% do valor do salário base do funcionário, elas integram a remuneração dos mesmos para todos os efeitos legais, integração esta que é cobrada da FAPEMIG acrescida da mesma taxa de</p>	<p>O vale transporte é faturado à parte acrescido apenas dos impostos.</p> <p>Os uniformes, acessórios, EPIs, materiais de limpeza e de higiene, quando são faturados à parte, são acrescidos apenas dos impostos e os valores unitários dos itens são fixos e irrevogáveis durante os primeiros 12 meses de contrato. Após 12 meses, podem ser reajustados pela aplicação do IPCA.</p> <p>Horas extras devem ser previamente autorizadas pelo Contratante e o faturamento só ocorre mediante a comprovação das horas extras realizadas (apresentação dos espelhos de ponto).</p> <p>Não existe essa possibilidade para as demais contratadas que não seja a MGS.</p>



<p>administração, encargos sociais e incidência tributária.</p> <p>A nota fiscal pelos serviços prestados é emitida no dia 25 do mês vincendo sem qualquer conferência prévia.</p> <p>A taxa de administração incide sobre os montantes de Salários, Adicionais, Encargos Sociais e Insumos. Assim, toda vez que os salários sofrem um reajuste, a taxa de administração também é reajustada.</p> <p>Caso a FAPEMIG atrase o pagamento e este atraso gere multas administrativas fixadas pelo Ministério do Trabalho, as multas serão reembolsadas à MGS.</p> <p>Não existe conferência prévia da medição para emissão da nota fiscal. Qualquer divergência no faturamento é acertada no mês subsequente para não gerar cancelamento de nota fiscal.</p> <p>As condenações em ações trabalhistas promovidas contra a MGS por seus empregados são faturadas do órgão contratante, acrescidas de taxa de administração.</p> <p>Os valores que são pagos em atraso são automaticamente corrigidos pelo INPC e essa</p>	<p>A nota fiscal só pode ser emitida no mês subsequente ao da prestação dos serviços e depende de prévia aprovação da medição dos serviços pelo Cliente.</p> <p>A taxa de administração é um valor fixo e só pode ser reajustado após 12 (doze) meses de vigência do contrato, pela aplicação do IPCA.</p> <p>Não pode haver qualquer vinculação entre o pagamento feito pelo Contratante pelos serviços prestados e o pagamento da Contratada aos seus empregados. Qualquer atraso de pagamento pela empresa Contratada pode inclusive gerar aplicação de penalidades pelo órgão.</p> <p>Enquanto perdurar qualquer divergência na medição, a Contratada não é autorizada a emitir a nota fiscal.</p> <p>Qualquer responsabilidade pela relação de emprego é exclusiva da empresa contratada, não havendo possibilidade de repasse para o órgão.</p> <p>Os pagamentos feitos em atraso podem ser corrigidos pela aplicação de juros legais através da aplicação de uma</p>
---	---



<p>correção é incluída na fatura do mês subsequente.</p> <p>O reajuste dos insumos utiliza a aplicação do INPC e sua aplicação é automática.</p> <p>Quando o contrato for prorrogado, a MGS já tem resguardo, contratualmente, o reajuste de qualquer parcela, não havendo necessidade dela (MGS) fazer essa ressalva quando da prorrogação.</p> <p>O prazo da MGS para promover as substituições de empregados é de 25 dias.</p> <p>O órgão deve motivar expressamente a devolução de qualquer empregado, sendo que o empregado devolvido deve cumprir o aviso no órgão contratante.</p> <p>Os membros da CIPA não podem ser devolvidos para a MGS, somente aqueles que forem desligados por justa causa.</p> <p>Ação trabalhista promovida por empregado da MGS que tenha por objeto desvio de função, a responsabilidade pelo ônus é do órgão contratante.</p> <p>Nos casos de redução de quadro, quando esta for superior a 10 empregados, o contratante tem que dar o</p>	<p>fórmula, porém depende de autorização do órgão para que esta correção seja cobrada.</p> <p>Os insumos são corrigidos pelo IPCA (menor índice) e depende de solicitação da Contratada. Só pode ser reajustado com termo aditivo.</p> <p>A Contratada, quando da prorrogação do contrato, deve fazer a ressalva de aplicação do reajuste de qualquer parcela que ainda não tenha sido reajustada sob pena de perder o direito ao reajuste.</p> <p>O prazo para que as empresas promovam a substituição de qualquer empregado é imediato.</p> <p>O contratante devolve qualquer empregado sem qualquer justificativa.</p> <p>Qualquer empregado, estável ou não, pode ser devolvido para a empresa Contratada.</p> <p>Não existe qualquer previsão expressa em contrato para transferir o ônus de uma condenação trabalhista para o contratante, seja por qual motivo for.</p> <p>Qualquer redução de quadro deve ser feita imediatamente.</p>
--	--



prazo de 30 dias para a redução.

Foi incluída a periculosidade para os vigias em decorrência da publicação da Portaria nº 1885/2013.

A dotação orçamentária do contrato não prevê as seguintes verbas: reclamações trabalhistas, seguro garantia, despesas financeiras, horas extras, serviços extraordinários, multas administrativas do Ministério do Trabalho, acessórios complementares, material de limpeza, material de higiene e ferramentas.

Verbas sem cobertura orçamentária, com faturamento à parte, e que tornam os contratos da MGS mais onerosos para a Administração Pública: reclamações trabalhistas, despesas financeiras, multas administrativas do Ministério do Trabalho, acessórios complementares, material de limpeza, material de higiene e ferramentas.

A Portaria 1.885/2013 é clara ao estabelecer que só faz jus ao recebimento da periculosidade os profissionais de segurança pessoal ou patrimonial empregados das empresas prestadoras de serviço nas atividades de segurança privada devidamente registradas e autorizadas pelo Ministério da Justiça, conforme lei 7102/1983 e suas alterações posteriores.

Qualquer despesa tem que estar prevista no orçamento (dotação orçamentária), caso contrário a contratação se torna irregular, uma vez que os valores serão pagos pela FAPEMIG sem a devida previsão orçamentária.

Este contrato mantido com a MGS está 6,71% mais caro quando comparado com a contratação de uma empresa terceirizada:

Item	Incidência	Custo mensal (%)
Reclamação trabalhista	Sobre o faturamento	1,00%
Seguro garantia	Sobre o faturamento	0,21%
Despesas financeiras	Sobre o faturamento	2,00%
Horas extras	Sobre o faturamento	0,50%
Multas administrativas	Sobre o faturamento	0,00%
Insumos à parte	Sobre o faturamento	3,00%
% TOTAL		6,71%



Por si só, a contratação, pela Administração Pública, de empresa que pratica preços incompatíveis com os do mercado representa uma ilegalidade, por ir contra o princípio constitucional da eficiência da Administração Pública, previsto no artigo 37 da Constituição da República, além de implicar em significativo desperdício de recursos da Administração, o que tampouco pode ser admitido.

Essa conclusão já se extraía do texto original da CF/88. Foi reforçada através da alteração introduzida no *caput* do art. 37, através da Reforma Administrativa (EC nº 19/98). O texto passou a referir explicitamente que a atividade administrativa do Estado se sujeitará ao princípio da *eficiência*. Portanto, deu-se ainda maior respaldo ao postulado da gestão ótima dos recursos públicos. A gestão ineficiente não é autorizada pelo inc. VIII, ora comentado. Nem haveria cabimento de opor regra sobre dispensa de licitação para desmerecer o regime jurídico construído pela Constituição.¹⁵

Assim, utilização de mais recursos do que o necessário para uma contratação não pode, de maneira alguma, ser aceita, na medida em que vai diretamente de encontro ao interesse público e aos princípios que regem a Administração Pública.

¹⁵ Justen Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 249

II. 3 – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 173 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL



Cumpre-se ressaltar, ademais, que **a hipótese de dispensa de licitação fundamentada no inciso VIII do artigo 24 da Lei de Licitações não é aplicável aos casos em que o órgão ou entidade, embora integrante da Administração Pública, exerça atividade econômica.**

Isso em razão da disciplina constitucional vigente, já que o artigo 173 da Constituição da República dispõe que “a *exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*”.

Desta maneira, as empresas estatais que podem ser contratadas pela Administração Pública mediante dispensa de licitação, com base nesse dispositivo legal, são **apenas as empresas prestadoras de serviços públicos.**

Acerca do tema discorre Marçal Justen Filho:

Tem de reputar-se que a regra do inc. VIII apenas pode referir-se a contratações entre a Administração direta e entidades a elas vinculadas, prestadoras de serviço público (o que abrange tanto as prestadoras de serviço público propriamente ditas como as que dão suporte à Administração Pública). A regra não dá guarida a contratações da Administração Pública



com entidades administrativas que desempenhem atividade econômica em sentido estrito. Se o inciso VIII pretendesse autorizar contratação direta no âmbito de atividades econômicas, estaria caracterizada inconstitucionalidade. É que as entidades exercentes de atividade econômica estão subordinadas ao disposto no art. 173, §1º, da CF/88. Daí decorre a submissão ao mesmo regime para os particulares. Não é permitido qualquer privilégio nas contratações dessas entidades. Logo, não poderiam ter a garantia de contratar direta e preferencialmente com as pessoas de direito público. Isso seria assegurar-lhes regime incompatível com o princípio da isonomia.¹⁶

Há, inclusive, decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) neste sentido:

REPRESENTAÇÃO. JOGOS PANAMERICANOS E PARAPANAMERICADOS DE 2007. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. IRREGULARIDADE INSUFICIENTE PARA APLICAÇÃO DE MULTA. ARQUIVAMENTO. 1. Os serviços prestados pelos Correios, em caráter complementar aos previstos na Lei nº 6.538/1978, não integram o serviço postal, explorado em regime de monopólio pela União (CF, art. 21, X). 2. Apenas as entidades que prestam serviços públicos de suporte à Administração Pública, criadas para esse fim específico, podem ser contratadas com dispensa de licitação, nos termos

¹⁶ Justen Filho, Marçal. *Op. cit.*, p. 247

do art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/1993. 3. As empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam à exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas (CF, 173), em consonância com os princípios constitucionais da livre concorrência e da isonomia, e não podem ser contratadas com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/1993.



(TCU; Repres 026.318/2007-3; Ac. 6931/2009; Primeira Câmara; Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues; Julg. 01/12/2009; DOU 04/12/2009)

A MGS é, sem dúvida alguma, empresa que exerce atividade econômica, e não serviço público, logo, também por esta razão, não poderia ser incluída na hipótese de dispensa de licitação já mencionada no inciso VIII do já mencionado artigo 24.



A EMPREGADORA MGS

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE NA FORMAÇÃO DO QUADRO DE EMPREGADOS.

FALTA DE CONCURSO PÚBLICO E DESRESPEITO A NORMAS, ACORDOS E DECISÕES TRABALHISTAS COMO MAIS DUAS POSSÍVEIS EXPLICAÇÕES PARA A "APARÊNCIA DE COMPATIBILIDADE" COM OS PREÇOS DO SETOR PRIVADO.

Diante da clareza do texto do artigo 37 da Constituição Federal deveria ser algo desnecessário afirmar que todos os entes da Administração Pública (direta e indireta) encontram-se subordinados ao Princípio da Legalidade Estrita – o mesmo podendo ser dito quanto aos demais princípios presentes no *caput* daquele dispositivo da Lei Maior. Veja-se:

Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:(...)*

De modo igualmente claro se apresenta o inciso II do mesmo artigo 37 da Carta de 1988:



II - a investidura em cargo ou emprego público¹⁷ depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Contudo, apesar da clareza de ambos os textos constitucionais, é com grande desalento que se assiste no País a não raros desrespeitos e a frequentes burlas a esses dois comandos da Lei Maior.

É justamente em razão de desobediência ao comando constitucional que a MGS está sob investigação em Inquérito Civil Público instaurado pelo Ministério Público de

¹⁷ Os **servidores públicos** são aqueles que **ocupam cargo público** perante a Administração Pública direta (União, Estados, DF e Municípios) e à Administração Pública indireta autárquica e fundacional (Autarquias e Fundações Públicas). Eles estão sujeitos ao regime estatutário e são escolhidos através de concurso público. Além disso, possuem estabilidade, que é uma garantia constitucional de permanência no serviço público após 3 (três) anos de estágio probatório e aprovação em avaliação especial de desempenho.

Por sua vez, os **empregados públicos** são os que **ocupam emprego público** e também são selecionados mediante concurso público. Entretanto, são regidos pela CLT – Consolidação das Leis Trabalhista – e estão localizados na administração pública indireta, especialmente nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Os empregados públicos não gozam da garantia constitucional da estabilidade.

Por fim, **os contratados ocupam função pública**, podem ser vistos na Administração Pública direta ou indireta, desde que atenda aos dois requisitos exigidos pela *Carta Magna* de 1988, em seu artigo 37, inciso IX, quais sejam: necessidade de contratação temporária e excepcional interesse público. Ademais, estão sujeitos ao regime especial e são selecionados através de processo seletivo simplificado.



Contas do Estado de Minas Gerais, à vista de contratações de empregados sem a prévia e obrigatória realização de concurso público.

Acresce não serem poucas as medidas judiciais aforadas por entidades sindicais em razão de constantes descumprimentos de normas trabalhistas e de acordos coletivos de trabalho por parte a MGS - afora o impressionante número de reclamações trabalhistas ajuizadas contra a empresa perante o foro especializado.

Ora, a não realização de concurso público para provimento de seus quadros, somada aos gritantes desrespeitos a normas e decisões trabalhistas não apenas se mostram inaceitáveis em uma empresa integrante da Administração Pública, como também pode lançar mais luzes sobre a "aparência de compatibilidade" dos preços praticados pela MGS em comparação com o setor privado.

Belo Horizonte, 19 de março de 2018

TANCREDO ROCHA JUNIOR
OAB/MG 45.581

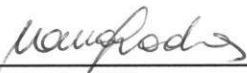


MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Coordenadoria de Apoio Operacional do Ministério Público de Contas

Inquérito Civil nº 001.2018.854

TERMO DE JUNTADA DE DOCUMENTO

Certifico que aos 27 dias do mês de março do ano de 2018, neste Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, junto ao **Inquérito Civil** em epígrafe, o documento protocolizado no Tribunal de Contas sob n. 3875410/2018 que encaminha documentos do Sindicato de Empresas de Asseio e Conservação do Estado de Minas Gerais - MG, constante de fls. 1028/1069 e ANEXO V (2 volumes).



Marina Prados TC 2955/3