

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: INQUÉRITO CIVIL Nº 006/2008¹

MARCOS PEREIRA ANJO COUTINHO
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Aos 14 (quatorze) dias do mês de abril de 2009, às 17:00 horas, reuniram-se o Promotor de Justiça de Defesa do Patrimônio Público, Dr. Marcos Pereira Anjo Coutinho, a Excelentíssima Procuradora-Geral do Município, Dra. Eliana Irene de Jesus Matos, e a Excelentíssima Prefeita de Betim, Dra. Maria do Carmo Lara Perpétuo.

Após a descrição dos fatos apurados no inquérito civil nº 006/2008, foi proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fundamento no artigo 5º, §6º, da Lei Federal nº 7.347/85, a realização de *ajustamento de conduta*, o que foi aceito pela Excelentíssima Prefeita Municipal, representante do Município de Betim, regularmente assessorada pela Excelentíssima Procuradora-Geral do Município, nos moldes abaixo fixados:

Considerando que a ordem jurídica nacional determina a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição da República:

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, o seguinte:

[...]

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

¹ SRU Nº 0027.08.000081-6

Vislumbra-se também do artigo 21, §1º, da Constituição do Estado de Minas Gerais:

Art. 21. Os cargos, empregos e funções são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

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

Considerando que tal mecanismo jurídico, impositor da obrigatoriedade do concurso público, decorre do fundamento de que:

[...] o concurso é o instrumento que melhor representa o sistema de mérito, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos. Baseia-se o concurso em três postulados fundamentais. O primeiro é o princípio da igualdade, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o princípio da moralidade administrativa, indicativo de que o concurso veda favorecimento e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o princípio da competição, que significa que os candidatos participam de um certame, procurando alçar-se a classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público.²

Considerando que:

[...] a Constituição prevê que a lei (entende-se: federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX). Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarram da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Lumen Juris, p. 473-474.

temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, “necessidade temporária”), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse comum que se tem de acobertar.³

Considerando que é atentatória à legalidade e à moralidade administrativa a formação de vínculo funcional do trabalhador com o Poder Público através de subterfúgios ou quaisquer meios indiretos, como, por exemplo, a celebração de “RPAs” ou de regimes autônomos de prestação de serviços com pessoas físicas, como forma de substituição do concurso público ou ocultação de contratações temporárias ilegais.

Considerando, lado outro, que a terceirização de serviços públicos, como veículo substitutivo das necessidades decorrentes de mão-de-obra, não encontra fundamento jurídico no direito brasileiro.

Considerando que não há se confundir a propalada terceirização com a intermediação ou o agenciamento de mão-de-obra, caracterizando-se a verdadeira terceirização como contratação de serviços e não de trabalhadores.

Considerando, nessa linha, ser ilícita a terceirização quando ocorrer mera locação de mão-de-obra permanente por meio do contratado, transformando o servidor em mercadoria, objeto do contrato; independentemente do vínculo ser estabelecido com ONG, OSCIP, associação, qualquer entidade civil ou, ainda, empresa com fins lucrativos.

Considerando que quando se terceiriza um serviço, sempre uma atividade-meio, contrata-se particular para o exercício de atividade que interessa ao poder público, desvinculada da contratação de mão-de-obra.

Considerando que a terceirização deve ter por objeto uma atividade e, em nenhuma hipótese, a delegação de um serviço público, o que “nem poderia ser de outra forma, tendo em vista o art. 175, parágrafo único, da Constituição Federal expressamente estabelece que ‘incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação a prestação de serviços públicos.’”⁴

Considerando que:

[...] a prévia aprovação em concurso público é, como regra, condição de ingresso no serviço público. O alcance da exigência deve ser o mais amplo possível, de modo que pode

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 253-254.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 302.

se considerar que a exigência da aprovação em concurso público se configura como a regra geral. A regra abrange não só o provimento em cargos públicos, como também a contratação de servidores pelo regime trabalhista. O mandamento constitucional, aliás, faz referência à investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II). Por outro lado, o concurso deve ser exigido que para a Administração Direta, quer para as pessoas da Administração Indireta [...] No que toca ao regime estatutário, o requisito é também indispensável, como regra, para a investidura em cargos vitalícios e efetivos. Como o art. 37, II, da CF exige o concurso público para a investidura em cargo ou emprego público.

A jurisprudência passou a entender, diferentemente do que ocorria sob a égide da Carta anterior, onde sucederam inúmeros abusos e desvios de finalidade, que o acesso (ou ascensão) e a transferência não mais constituem formas mais elevadas na carreira. O STF já decidiu que:

[...] estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso. Deste modo, se o cargo integra carreira diversa da que pertence o servidor, este só poderá ocupá-lo se for aprovado em concurso público.⁵

Considerando que, sendo o serviço de caráter permanente e tendo a lei criado cargos vocacionados para provimento efetivo, é, pois, descabido falar na substituição deles por terceiro.⁶

Considerando que esgotado o prazo máximo previsto na legislação municipal para vigência da contratação temporária, tem o Poder Público o dever de realizar ações administrativas tendentes a criar ou prover o cargo ou emprego e a realizar o concurso público, sob pena de apuração de responsabilidade do governante.⁷

Considerando que a contratação temporária não pode ter vigência indeterminada, em decorrência de sucessivas prorrogações contratuais.

Considerando que a omissão na criação de cargos para propiciar ou fomentar a manutenção da informalidade administrativa e a possibilidade de perpetuação de contratações temporárias, “RPAs” ou terceirizações incabíveis, não torna legal as referidas contratações, perfazendo a incidência de conduta ímproba, por ofensa aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Lumen Juris, 1997, p. 474.

⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: RT, 2001, p. 45.

⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: RT, 2001, p. 45.

Considerando, ainda, o alerta da moderna doutrina nacional e estrangeira a respeito da harmonização dos conceitos de eficiência e legalidade:

Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados no topo dos princípios que devem conduzir a função dos interesses gerais. Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais.⁸

Considerando que “o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriado este último, nunca se justificando atuação administrativa contrária ao direito”.⁹

Considerando que:

[...] não se deve esquecer que o Direito administrativo deve garantir simultaneamente os interesses gerais e os direitos e interesses individuais, não sendo razoável seu abandono em prol da sacralização de uma lógica eficiente, que não consegue ver na legalidade pública outra coisa senão insuperáveis obstáculos que devem ser eliminados a todo custo.¹⁰

Considerando a relevância da tutela jurídica preventiva, como diretriz do princípio constitucional da prevenção geral em sua dimensão de pedra angular do Estado Democrático de Direito como Estado da Justiça Material (artigo 1º da Constituição da República).

Considerando que a tutela jurídica preventiva, como forma de tutela inibitória, é a mais recomendável em sede de compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, sendo perfeitamente cabível a sua utilização como forma de se alcançar a obediência constitucional e infraconstitucional do administrador público.

Considerando a decisão de invalidação, ocorrida em 12 de setembro de 2005, que desconstituiu o ajustamento de conduta celebrado em 2 de setembro de 2005, tendo em vista sua natureza afrontosa à Constituição da República.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 299.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 300.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 300.

Considerando por fim a necessidade de efetiva adequação do ente público aos postulados constitucionais, são, neste ato, fixados com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais os seguintes deveres e obrigações, direcionados ao Município de Betim:

I - O Município de Betim compromete-se a realizar a admissão de servidores públicos mediante prévia aprovação em concurso público, em estrita obediência ao comando do artigo 37, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil, ressalvadas, exclusivamente, as nomeações para cargos declarados em lei de livre nomeação e exoneração e as hipóteses excepcionais de contratação temporária.

II - A aprovação, em concurso público, de número inferior de candidatos ao previsto no edital do certame, ou ao exigido pelas necessidades públicas, e as supervenientes contratações temporárias de servidores, sem a realização de um novo concurso público, no prazo de 12 (doze) meses, implicarão ilegalidade administrativa e desrespeito ao presente ajuste de condutas, para cada servidor investido sem concurso público.

III - As necessidades públicas mencionadas na cláusula anterior serão aferidas, positivamente, pela existência de contratações sem concurso público ou, ainda, pelas terceirizações de mão-de-obra e, negativamente, pela eventual descontinuidade do serviço público ofertado.

IV - A contratação temporária, destinada a suprir excepcional interesse público previsto no artigo 37, inciso IX, da Lei Maior, é instrumento que deve atender a três requisitos para sua lícita utilização: a) determinabilidade temporal, b) temporariedade e c) excepcionalidade.

V - Com a determinabilidade temporal ¹¹ das contratações temporárias, o Município de Betim obriga-se a conferir, sempre, prazo certo e determinado para a vigência desses vínculos contratuais.

VI - Com a temporariedade ¹² das contratações temporárias,

¹¹ “Contratos temporários devem ter sempre prazo determinado”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 497.

¹² A temporariedade da função contratada, por sua vez, indica que “a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indistigável simulação, e a admissão será inteiramente inválida. Lamentavelmente, algumas Administrações, insensíveis (para dizer o mínimo) ao citado pressuposto, tentam fazer contratações temporárias para funções permanentes, em flagrante tentativa de fraudar a regra constitucional. Tal conduta, além de dissimular a ilegalidade do objetivo, não pode ter outro elemento mobilizador senão o de favorecer a alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade”. CARVALHO FILHO, José dos Santos.

tem-se que o Município de Betim está obrigado a respeitar os prazos de duração dos vínculos contratuais, no limite máximo de 1 (uma) prorrogação, devidamente motivada, para expurgar qualquer descaracterização da necessidade episódica das contratações.

VII - Com a excepcionalidade¹³ das contratações temporárias, impõe-se ao Município de Betim a abstenção do trato vulgar desse instituto, não lançando mão da contratação temporária em hipóteses previsíveis e triviais que ocorram no cotidiano da Administração Pública.

VIII - O Município de Betim, através respectivos Secretários Municipais, atento ao que dispõe o artigo 13, §2º, da Constituição do Estado de Minas Gerais¹⁴ e para viabilizar a detecção do requisito insculpido na cláusula anterior, obriga-se a motivar administrativamente todas as contratações temporárias, de forma individualizada.

IX - A contratação temporária, em acatamento ao princípio constitucional da impessoalidade administrativa, dar-se-á através de processo seletivo simplificado, sujeito à divulgação no Diário Oficial do Município de Betim e em pelo menos um jornal de grande circulação, ressalvada a obrigatoriedade do processo seletivo nas hipóteses de contratação de pessoal destinadas a atender as necessidades decorrentes de calamidade pública, caso fortuito ou força maior, sempre motivadas administrativamente.

X - Os candidatos aprovados no processo seletivo simplificado e não convocados, integrarão o quadro reserva do Município que será utilizado para futuras e excepcionais contratações temporárias.

XI - Todas as contratações temporárias vigentes na Administração Direta de Betim, a partir da assinatura do presente ajustamento de conduta serão comunicadas semestralmente ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais, junto à Promotoria de Defesa do Patrimônio Público, com o encaminhamento de cópias do processo seletivo simplificado, do contrato temporário celebrado e da respectiva

Manual de Direito Administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 497.

¹³ “O último pressuposto é a excepcionalidade do interesse público que obriga ao recrutamento. Empregando o termo excepcional para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores. Portanto, pode dizer-se que a excepcionalidade do interesse público corresponde à excepcionalidade do próprio regime especial [...]”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 497.

¹⁴ Art. 13, §2º. O agente público motivará o ato administrativo que praticar, explicitando-lhe o fundamento legal, o fático e a finalidade.

motivação do ato administrativo relativo à necessidade de formação do liame excepcional.

XII - Obriga-se o Município de Betim a não fazer quaisquer vinculações ou contratações de pessoal à margem das hipóteses gerais de concurso público ou da via excepcional da contratação temporária.

XIII - Obriga-se o Município de Betim a não fazer qualquer espécie de contratação de pessoal, para o exercício de funções, empregos ou cargos, através de contratos individuais de prestação de serviços autônomos firmados com pessoas físicas (sejam alcunhados esses vínculos de “RPA” ou de qualquer outro nome), nos termos da Lei Federal nº 8.666/93.

XIV - Obriga-se o Município de Betim a não transferir sua atividade-fim a quaisquer pessoas jurídicas ou ONG’s, com o único objetivo de substituir mão-de-obra, não impedindo, entretanto, a realização de convênios, Termos de Parceria ou de Gestão, quando concorrerem para o interesse comum da municipalidade, podendo até mesmo suceder a contratação de pessoal por conta da entidade, mediante processo seletivo, nos termos aqui previstos, vinculados à execução de projetos específicos e com prazo certo.

XV - O Município de Betim obriga-se a realizar censo verificatório da estrutura do quadro de pessoal da Administração Municipal, condicionando-se a vigência das cláusulas reestruturantes ao prazo de 12 (doze) meses a contar da data de sua assinatura.

XVI - Excetuando-se o conteúdo da cláusula XV, o presente ajustamento de conduta tem eficácia plena a partir da data de sua assinatura, sendo o único documento válido existente entre Ministério Público e Município de Betim, que fixa deveres e obrigações acerca da matéria.

XVII - É facultada ao Ministério Público e ao Município de Betim, mediante prévio acerto de vontades, a complementação de cláusulas eventualmente faltantes ou a inserção de novos regramentos referentes a quaisquer fatos supervenientes verificados, através de ajustamentos suplementares.

XVIII - O Município de Betim apresentará ao Ministério Público, quando solicitado, a qualquer tempo, relatório e documentos demonstrando o cumprimento das obrigações assumidas neste instrumento, bem como, as publicações no Diário Oficial.

XIX - A verificação do cumprimento do presente acordo será feita pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, de ofício ou mediante representação de qualquer cidadão.

XX - Ocorrendo o descumprimento de quaisquer cláusulas previstas no ajustamento de conduta, responderá o Município de Betim pelo pagamento de multas diárias equivalentes a R\$ 1.000,00 (mil reais), corrigidas monetariamente desde a data do presente ajuste, para cada descumprimento, individualmente verificado; persistindo a incidência da multa até a data da extirpação, paralisação ou correção da conduta ilícita.

XXI - A multa incidirá com a total ou parcial inadimplência de quaisquer cláusulas fixadas, independentemente de interpeção judicial ou extrajudicial, estando o Município de Betim constituído em mora com o simples vencimento dos prazos fixados ou a partir da data da contratação viciada ou do estabelecimento da relação jurídica proibida.

XXII - O valor da multa será revertido para o Fundo Estadual - FUNEMP, destinado ao aperfeiçoamento e reaparelhamento institucional para o combate ao crime organizado e à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, regido pelas Leis Complementares Estaduais nº 67/2003 e 80/2004: Banco do Brasil S/A - nº 001, Agência nº 1615-2, Conta corrente nº 6167-0.

XXIII - A multa ora pactuada não é substitutiva das obrigações fixadas, que remanescem à aplicação da mesma, independentemente das sanções penais ou de improbidade administrativa decorrentes.

Nada mais havendo, foi lavrado o presente termo, que lido e achado conforme, foi por todos assinado.

Betim, 14 de abril de 2009.

MARIA DO CARMO LARA PERPÉTUO
Prefeita Municipal de Betim

ELIANA IRENE DE JESUS MATOS
Procuradora-Geral do Município de Betim

MARCOS PEREIRA ANJO COUTINHO
Promotor de Justiça