

Cessão de servidor público: uma análise com enfoque nas decisões proferidas pelo TCEMG e pelo TJMG

Caroline Lima Paz

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Pós-graduada no Curso de Especialização em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Analista de Controle Externo do TCEMG.

Cláudia de Carvalho Picinin

Bacharela em Direito pela PUC Minas. Especialista em Direito Público pela PUC Minas. Especialista em Direito Social pelo Centro Universitário Newton Paiva. Mestre em Direito de Comércio Internacional (International Commercial Law) pela Northumbria University. Analista de Controle Externo do TCEMG.

Resumo: Este estudo tem o propósito de examinar a cessão de servidor público, contemplando as suas características gerais e as decisões proferidas pelo TCEMG e pelo TJMG. As decisões selecionadas para compor este estudo abordam aspectos genéricos da cessão, de modo que as teses delas extraídas são de aplicação comum a todos os entes da Federação e auxiliam os gestores públicos a utilizar o instituto de forma adequada, resguardando a validade do ato administrativo praticado. Conclui-se, neste estudo, que, a despeito de constituir importante mecanismo de cooperação entre os entes federados, com a finalidade de conferir maior eficiência à prestação do serviço público, a cessão deve ser utilizada em hipóteses especiais e obedecer a uma série de requisitos; caso contrário, pode resultar na violação de princípios constitucionais, em especial o da moralidade, o da impessoalidade e o do concurso público.

Palavras-chave: Cessão. Cooperação. Eficiência na prestação do serviço público. Obediência aos princípios constitucionais.

1 INTRODUÇÃO

De forma geral, a cessão é a modalidade de afastamento temporário de servidor público, titular de cargo efetivo ou emprego público, que lhe possibilita exercer atividades em outro órgão ou entidade, da mesma esfera de governo ou de esfera distinta, para ocupar cargo em comissão, função de confiança ou ainda para atender às situações estabelecidas em lei, com o propósito de cooperação entre as Administrações. Nesse sentido, destacamos que tal cooperação será materializada mediante a celebração de convênio ou de outro instrumento congênere.

Antes de adentrarmos nas características do instituto e, objetivando situar o leitor, esclarecemos que, no decorrer deste estudo, utilizaremos os termos “cedente” e “cessionário”, para indicar, no primeiro caso, o órgão ou entidade de origem e de lotação do servidor cedido e, no segundo caso, o órgão ou a entidade onde o servidor cedido irá exercer as suas atividades e o qual, em última análise, será o beneficiário da prestação dos serviços.

A cessão constitui ato discricionário do cedente e do cessionário, podendo o primeiro se recusar a ceder o seu servidor, baseado em juízo de conveniência ou oportunidade. Sobre o poder discricionário, leciona Carvalho Filho (2010, p. 54):

[...] é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre as várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade.

Reforçando as considerações retrotranscritas, salientamos que a cessão de servidor público deve estar amparada no interesse das administrações envolvidas, visando atender a uma finalidade pública.

A cessão, regra geral¹, não depende da anuência do servidor, já que a Administração Pública possui a prerrogativa de movimentar seus servidores, *ex officio*, em prol do interesse público e da necessidade do serviço, desde que ela obedeça aos parâmetros estabelecidos em lei e aos princípios norteadores da atividade administrativa. Sobre a matéria, ensina Meirelles (2006, p. 424):

O servidor poderá adquirir direito à permanência no serviço público, mas não adquirirá nunca direito ao exercício da mesma função, no mesmo lugar e nas mesmas condições, salvo os vitalícios, que constituem uma exceção à regra estatutária. O poder de organizar e reorganizar os serviços públicos, de lotar e relotar servidores, de criar e extinguir cargos, é indisponível da Administração, por inerente à soberania interna do próprio Estado.

Assim como a Administração Pública possui a prerrogativa de ceder, *ex officio*, os seus servidores, ela também possui a prerrogativa de revogar a cessão a qualquer momento, não havendo que se falar em direito subjetivo do servidor cedido de permanência no órgão ou entidade cessionária.

É importante frisar que a cessão de servidor não se confunde com requisição de servidor, já que, no primeiro caso, o afastamento do servidor depende da autorização (consentimento) do órgão ou entidade cedente, enquanto, no segundo caso (requisição), por ser ato compulsório, o afastamento do servidor independe, a rigor, de tal autorização, somente sendo possível nas hipóteses previstas em lei. A forma mais comum de requisição de servidor público é a que ocorre no âmbito da Justiça Eleitoral, com base na Lei Federal n. 4.737/1965 (institui o Código Eleitoral) e na Lei Federal n. 6.999/1982.

Em relação ao ônus da remuneração do servidor cedido, leciona Oliveira (2005, p. 109):

A maioria dos estatutos de servidores prevê que a cessão de seus servidores se dará com a transferência do ônus decorrente de sua remuneração e encargos ao cessionário. Mas não é incomum que se depreenda com situação diversa.

Geralmente, quando existe um interesse direto do cedente na efetivação da cessão, este mantém a responsabilidade pelo pagamento do vencimento do servidor, bem como dos encargos sociais.

Quando, todavia, o interesse é predominantemente do cessionário, e isso ocorre quando este irá beneficiar-se com a transferência de conhecimento por parte do servidor, a cessão é feita mediante o comprometimento do cessionário de assumir as despesas com a remuneração e encargos sociais do servidor empregado.

¹ Em situações específicas, previstas em lei, a cessão poderá estar condicionada à anuência do servidor. A título exemplificativo, o § 13 do art. 14 da Constituição do Estado de Minas Gerais dispõe que a cessão, onerosa ou gratuita, de pessoal efetivo ou estável para entidade que não compõe a Administração Pública indireta ficará condicionada à anuência do servidor.

Nesses termos, a cessão de servidor poderá ser efetivada:

- a) com ônus para o cedente, ou seja, o servidor permanece percebendo seus vencimentos pelo órgão ou entidade de origem;
- b) com ônus para o cessionário, vale dizer, a obrigação do pagamento da remuneração ao servidor, bem como do recolhimento do percentual determinado por lei para a previdência e dos demais encargos, passa a ser do órgão ou entidade cessionária;
- c) com ônus para o cessionário, mediante reembolso, importando dizer que o servidor permanece na folha de pagamento do cedente, e o cessionário faz o reembolso mensal da remuneração percebida pelo servidor bem como dos respectivos encargos.

Acrescentamos que, se o servidor cedido receber do cessionário parcelas remuneratórias que não compõem a remuneração do cargo efetivo do qual é titular no órgão ou entidade cedente, tais parcelas, após o encerramento da cessão, não serão incorporadas à sua remuneração, nem aos seus proventos de aposentadoria. Nesse contexto, não há que se falar em violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, uma vez que a cessão possui caráter temporário e precário, não alterando a situação jurídica do servidor em relação ao seu vínculo com o órgão ou entidade cedente².

Ademais, entendemos que não seria razoável permitir a cessão de um servidor antes que esse tenha cumprido seu estágio probatório. Na presente hipótese, se fosse admitida a cessão, ocorreria a redução do quadro de pessoal do órgão ou entidade cedente, em razão de afastamento de servidor que, em momento posterior, quando do seu regresso, poderia se mostrar inapto para o desempenho das atribuições do cargo efetivo do qual é titular. Nesse contexto, caso o órgão ou entidade insista em ceder o servidor que não é estável, posição da qual discordamos, seria necessário suspender o período de estágio probatório, visto que não é possível o cedente realizar a avaliação de desempenho do servidor cedido.

Expostas as considerações iniciais acerca da cessão de servidor público, analisaremos algumas decisões proferidas pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG) e pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), com o propósito de extrair orientações sobre a aplicação do instituto.

2 ANÁLISE DAS DECISÕES DO TCEMG

2.1 Requisitos formais para a realização da cessão de servidor público

Analisando as decisões do TCEMG sobre a cessão de servidor público, observamos que essa, para ser regular, encontra-se submetida a requisitos formais, a saber: previsão em lei; formalização em convênio ou

² As parcelas remuneratórias pagas ao servidor cedido pelo cessionário que não compõem a remuneração do cargo efetivo poderão ser incorporadas aos proventos de aposentadoria, quando houver a possibilidade de o servidor cedido optar por contribuir de forma facultativa com o regime próprio de previdência social (RPPS) do órgão ou entidade cedente, na forma prevista em lei. Sobre a matéria, transcrevemos o art. 29, *caput*, e o art. 34, *caput*, da Orientação Normativa do Ministério da Previdência Social (MPS) e da Secretaria de Políticas de Previdência Social (SPS) n. 02/2009:

“Art. 29. A lei do ente federativo definirá as parcelas da remuneração que comporão a base de cálculo da contribuição, podendo prever que a inclusão das parcelas pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança, de cargo em comissão, ou de outras parcelas temporárias de remuneração, será feita mediante opção expressa do servidor, inclusive quando pagas por ente cessionário.

Art. 34. Não incidirão contribuições para o RPPS do ente de origem, para o RPPS do ente cessionário ou de exercício do mandato, nem para o RGPS, sobre as parcelas remuneratórias não componentes da remuneração do cargo efetivo, pagas pelo ente cessionário ou de exercício do mandato, ao servidor cedido ou licenciado para exercício de mandato eletivo em outro ente federativo exceto na hipótese em que houver a opção pela contribuição facultativa ao RPPS do ente de origem, na forma prevista em sua legislação, conforme *caput* do art. 29.”

Obs: a Orientação Normativa MPS/SPS n. 02/2009 aplica-se aos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos titulares de cargos efetivos, magistrados, ministros, conselheiros dos tribunais de contas e membros do Ministério Público, de quaisquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as autarquias e fundações.

instrumento congênere; fixação de prazo determinado para a permanência do servidor cedido no órgão ou entidade cessionária; cumprimento de finalidade específica e autorização da autoridade máxima do órgão ou entidade cedente.

Seguem expostas as decisões do TCEMG sobre a matéria.

O TCEMG, no Processo n. 651.379³, reconheceu como irregular a cessão de servidor público realizada sem previsão em lei e, em face dessa irregularidade, aplicou multa contra prefeito municipal. Seguem transcritos excertos da decisão.

Ementa: Processo Administrativo — Prefeitura Municipal — Inspeção — Denúncia — Atos de admissão e movimentação de pessoal — Constatação de que alguns fatos denunciados são improcedentes — Remanescência de fatos configuradores de irregularidades no sistema de controle interno da gestão de pessoal e no convênio firmado com a Associação Hospitalar de Jeceaba para cessão de servidor — Aplicação de multas ao responsável — Notificação à atual Administração para regularizar as falhas apresentadas.

ACÓRDÃO

[...] ACORDAM os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara do Tribunal de Contas, [...], em julgar irregulares os fatos apontados nos itens 1 e 2 da fundamentação da proposta de voto, imputando ao Prefeito Municipal de Jeceaba à época, Sr. [...], com fundamento no art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/08, multa no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais), sendo: [...] b) R\$1.000,00 (mil reais) pelas irregularidades no convênio celebrado com a Associação Hospitalar de Jeceaba, relativa à cessão de servidora à entidade, com ônus para a Prefeitura, sem previsão em lei (item 2); em determinar que a atual administração municipal de Jeceaba seja oficiada para tomar as providências necessárias à regularização das falhas consignadas, a fim de coibir a perpetuação dos ilícitos apontados.

No Processo n. 674.528⁴, o TCEMG, ao analisar uma série de apontamentos suscitados em virtude de inspeção *in loco* realizada em prefeitura municipal, reconheceu como irregular ato de prefeito municipal que cedera servidores da respectiva prefeitura a outros órgãos públicos, sob o fundamento de que não ocorrera a formalização do ato de cessão⁵, de que não fora fixado prazo determinado para a cessão e de que o município não possuía lei específica sobre a matéria. Em relação a essa última irregularidade, o TCEMG considerou que ocorrera descumprimento da legislação municipal — a qual, ao autorizar a cessão de servidor público, previa que a matéria seria disciplinada em lei específica — e, em decorrência dessa situação, aplicou multa ao prefeito municipal. Para efeito de elucidação, seguem transcritos excertos do voto do relator.

VOTO pela irregularidade da cessão de 13 (treze) servidores, nominados a fls. 176, que, à época da inspeção, se encontravam à disposição de outros órgãos, com inexistência de ato devidamente formalizado, fundamento legal autorizativo e prazo respectivo. Tais atos contrariam entendimento firmado por esta Corte de Contas, em consulta, no sentido de que é possível a cessão facultativa de servidor, em caráter de colaboração, por prazo determinado, a fim de atender ao interesse público, conforme juízo de oportunidade e conveniência e sempre nos termos de lei autorizativa.

Embora o Estatuto dos Servidores de Viçosa — Lei Municipal n. 810/91, art. 88, estabeleça que *o servidor poderá ser cedido para ter exercício em órgão ou entidade dos Poderes da União*

³ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. Processo n. 651.379 (processo administrativo). Relator: cons. substituto Hamilton Coelho. Sessão de 26 de fev. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Pleno. Processo n. 436.363 (pedido de reconsideração). Relator: cons. Maurício Aleixo. Sessão de 6 de ago. 1997.

⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. Processo n. 674.528 (atos de admissão e movimentação de pessoal). Relator: cons. Sebastião Helvecio. Sessão de 17 de nov. 2011.

⁵ *Apud* Oliveira (2005, p. 114), a forma do ato de cessão “pode ser a de um decreto ou de uma portaria, isto dependendo de quem é a autoridade com poder para a prática do ato, se Chefe de Poder — decreto; se Secretário ou Ministro — portaria”.

e dos Estados, na forma da lei, não se comprovou nos autos a existência de lei específica que regulamentasse a matéria no âmbito do Município.

Posto isso, **deverá o atual gestor, se ainda for o caso, adotar as providências necessárias à regularização da situação desses servidores**, como também ser alertado no sentido de que os atos de cessão ocorram, apenas, nas hipóteses estabelecidas em lei municipal, nos prazos e condições específicos, devendo os atos respectivos ser devidamente formalizados.

[...]

Aplico ao Sr. [...], gestor responsável à época, pela inobservância da legislação local, multa no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais), a teor do disposto no art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/08 (Lei Orgânica TCEMG). (grifos no original)

O TCEMG, no Processo n. 808.448⁶, ao analisar edital de concurso público realizado por prefeitura municipal, verificou a existência de irregularidades que, a princípio, poderiam comprometer a legalidade do concurso e, por esse motivo, determinou a sua suspensão, com fundamento no inciso III do art. 96 da Lei Complementar Estadual n. 102/2008 (Lei Orgânica do TCEMG). Nesse contexto, o TCEMG apurou, entre outras irregularidades, que, a despeito de o edital prever a possibilidade de os servidores aprovados no concurso exercerem suas atividades nas dependências de entidades de natureza privada com as quais o município celebrasse convênio de cessão de pessoal, o prefeito municipal não demonstrou que o município possuía lei autorizativa da situação narrada. Desse modo, o TCEMG exigiu que o prefeito encaminhasse a referida lei, para analisar a legalidade da previsão no edital. Seguem transcritos excertos do voto do relator.

O item III, fls. 3, dispõe no subitem 2 que 'os candidatos aprovados e empossados exercerão as atividades atribuídas ao cargo em todo o território do Município, zona urbana ou rural, ou nas dependências de Órgãos e /ou Entidades de natureza pública ou **privada** (gn) as quais o Município de José Raydan mantenha convênio para a cessão de pessoal'.

As leis municipais que regulam as relações entre os servidores e o Poder Executivo Municipal estão relacionadas no preâmbulo do Edital [...]. Observa-se que não foi relacionada a lei que permite a cessão de servidores municipais mediante convênio a entidades de direito privado, o que seria imprescindível, uma vez que o subitem 2 do item III acena com tal possibilidade.

Nesse sentido, o Órgão Ministerial, fls. 124 e 125, destaca o entendimento do Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1143/2003, no qual o Ministro Relator manifestou que 'a cessão de servidores públicos a entidades privadas vinculadas a entes estatais, deve, necessariamente, estar amparada em legislação específica. É exigência do princípio da legalidade, insculpido no caput do artigo 37 da Constituição Federal, entendimento com o qual coaduno, razão pela qual se faz necessário o envio da lei que regulamenta a matéria, a fim de possibilitar a análise da legalidade do dispositivo editalício.

Na Consulta n. 443.514⁷, o TCEMG posicionou-se no sentido de que as cessões dependem de prévia disposição em lei, embora estejam inseridas no âmbito de autonomia do ente federado. Além disso, o TCEMG deliberou que as cessões devem ser destinadas a uma finalidade específica, autorizadas pela autoridade máxima do órgão ou entidade cedente e formalizadas por convênio. Por fim, o TCEMG deliberou que, em razão do interesse público e do princípio da moralidade, o prazo de vigência das cessões há que ser previamente fixado, já que o servidor cedido é titular de cargo integrante do quadro permanente, cujas atribuições são essenciais para o funcionamento do órgão ou entidade cedente. Seguem transcritos excertos

⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Primeira Câmara. Processo n. 808.448 (edital de concurso público). Relator: cons. em exercício Gilberto Diniz. Sessão de 15 de dez. 2009.

⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Consulta n. 443.514. Relator: cons. Eduardo Carone Costa. Sessão de 14 de mar. 2001. Ver também as consultas seguintes:

_____. Pleno. Consulta n. 445.769. Relator: cons. José Ferraz. Sessão de 22 de set. 1999.

_____. Pleno. Consulta n. 657.439. Relator: cons. Simão Pedro Toledo. Sessão de 19 de jun. 2002.

do voto do relator.

[...] mister se faz esclarecer que as cessões decorrem de autorização legal, para um fim determinado e por prazo certo.

É da tradição do nosso Direito que o ato administrativo deve alicerçar-se em ato legislativo formal e material, e basta recordar o que dispõe o art. 72 da Lei 869/52, *verbis*:

‘Art. 72 — Nenhum funcionário poderá ter exercício em serviço ou repartição diferente daquele em que estiver lotado, salvo os casos previstos neste Estatuto ou prévia autorização do Governador do Estado.

Parágrafo único — Nesta última hipótese, o afastamento do funcionário só será permitido para fim determinado e por prazo certo.’

Ora, se dentro da própria organização, no caso, o Estado de Minas Gerais, não se pode alterar a lotação do cargo para outra repartição, salvo nos casos previstos no próprio Estatuto ou mediante prévia autorização do Governador do Estado, é evidente que somente através do Chefe do Poder a que estiver subordinado poderá ser cedido servidor para prestar serviço a outra pessoa de direito público interno.

Entendo, ainda, que se o cargo integra o Quadro Permanente é porque enfeixa certas e precisas atribuições das quais não pode prescindir a entidade ou Poder, daí porque, em respeito ao interesse público e mesmo ao princípio da moralidade, não ser aceitável que a disposição seja feita sem prazo definido (o parágrafo único do Estatuto Estadual, Lei 859/52, desde aquele recuado ano, o de 1952, já se ajustava a tal entendimento).

Entendo que a matéria se insere no âmbito da autonomia municipal, mas sua operacionalidade pelo gestor pressupõe a indispensável previsão legal.

Os convênios de cooperação entre entidades públicas, mesmo na área de pessoal, podem e devem ser celebrados, desde que se harmonizem com as disposições legais, notadamente aquelas do *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

2.2 Ônus da remuneração do servidor cedido

O TCEMG, na Consulta n. 697.322⁸, deliberou que o ônus da cessão, como regra geral, deve ser conferido ao órgão ou entidade cessionária e que somente por autorização em lei e mediante justificativa, o ônus da cessão pode ser assumido pelo órgão ou entidade cedente. Além disso, o TCEMG entendeu que o servidor cedido não pode perceber remuneração de forma simultânea do cedente e do cessionário, sob pena de ofensa aos incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição da República, os quais vedam a acumulação remunerada de cargos, empregos ou funções públicos. Seguem transcritos excertos do voto do relator.

No mérito, saliento que, salvo disposição em contrário, a cessão de servidor efetivo para outra entidade política, inclusive para o exercício de cargo em comissão, acarreta ônus da remuneração para o órgão cessionário, ou seja, o que recebe por adjunção o funcionário.

Por outro lado, mediante lei autorizativa e justificadamente, poderá o cedente autorizar a colocação de servidor seu à disposição de outra Administração Pública (Federal, Estadual, Distrital ou Municipal), para o exercício de cargo em comissão, sem ônus para o cessionário.

[...]

[...] o afastamento do servidor para trabalhar em outra entidade pública deverá, em face da inteligência dos incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição da República, que veda a acumulação remunerada de cargos e empregos públicos, ser com ônus para o cessionário ou cedente, nunca para os dois simultaneamente, ainda que sob a forma de complemento.

⁸ MINAS GERAIS, Tribunal de Contas. Pleno. Consulta n. 697.322. Relator: cons. Moura e Castro. Sessão de 14 de dez. 2005.

Não concordamos com a decisão proferida pelo TCEMG na Consulta n. 697.322, no tocante à impossibilidade de o servidor cedido receber remuneração de forma simultânea do cedente e do cessionário. Entendemos que tal situação pode ser concretizada em casos específicos sem implicar ofensa aos incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição da República. Mencionamos, a título exemplificativo, o servidor que, ao ser cedido, assumiu a titularidade de função de confiança no órgão ou entidade cessionária. Nesse caso, desde que haja previsão em lei e acordo entre o cedente e o cessionário no termo de convênio ou instrumento congênere, entendemos que o servidor cedido poderá receber do cedente a remuneração do seu cargo efetivo e do cessionário a parcela remuneratória correspondente à função de confiança.

2.3 A cessão de servidor público e o princípio constitucional do concurso público

Na Consulta n. 770.344⁹, o TCEMG abordou vários aspectos da cessão, reiterando, quanto aos requisitos de ordem formal, os entendimentos expostos no item 2.1 do presente estudo. Um aspecto inovador trazido na referida consulta foi o de que a cessão não pode implicar burla ao princípio constitucional do concurso público. Nesse sentido, o TCEMG defendeu que o servidor cedido não pode compor o quadro de servidores efetivos do órgão ou entidade cessionária, devendo ocupar cargo em comissão durante o período de cessão. Seguem transcritos excertos do voto do relator.

Em recorrentes consultas realizadas a esta Corte de Contas pacificou-se o entendimento no sentido de ser possível a cessão facultativa, ou seja, **a título de colaboração**, de servidores ocupantes do quadro permanente entre entidades ou órgãos da Administração, a ser formalizada, em regra, mediante convênio que preveja o ônus correspondente, amparada em lei permissiva [...].

[...]

Importa observar que o instituto da cessão de servidor público, em caráter de colaboração, não pode conduzir burla ao requisito constitucional de aprovação prévia em concurso público, já que a realização do certame como condição de acesso aos postos estatais tem por objetivo a concretização do princípio da isonomia, bem como a consagração do princípio democrático, uma vez que a todos é assegurado o direito a ocupá-los.

Ora, se a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público, para fazer parte do Quadro de Servidores **Efetivos** de outro órgão ou entidade é imprescindível a aprovação em novo concurso público, realizado com regras próprias e atinentes ao novo cargo que irá ocupar.

[...]

[...] é importante sublinhar que as despesas atinentes à remuneração do servidor cedido prescindem de previsão legal. Para tanto, além da lei autorizativa e do ato administrativo que formalize a cessão, **é indispensável, ainda, que o servidor em questão venha a ocupar, no órgão cessionário, um cargo em comissão, criado por lei, destinado a atribuições de direção, chefia ou assessoramento**, tal como determina a redação conferida pela Emenda à Constituição nº 19/98 ao inciso V do art. 37 da Constituição da República. (grifos no original)

Não estamos acordes com a deliberação de que o servidor cedido deve obrigatoriamente ocupar cargo em comissão no órgão ou entidade cessionária. Entendemos que, mediante previsão em lei e acordo no termo de convênio ou instrumento congênere, os servidores podem ser cedidos sem ocupar cargo em comissão ou função de confiança no órgão ou entidade cessionária, mantendo apenas a titularidade do cargo efetivo pertencente ao quadro permanente do cedente. No presente caso, não há que se falar em burla ao princípio constitucional do concurso público, na medida em que o servidor cedido permanece vinculado ao quadro funcional do cedente, cabendo lembrar que a sua cessão deve ser por **prazo determinado** e estar vinculada

⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Pleno. Consulta n. 770.344. Relator: cons. Antônio Carlos Andrada. Sessão de 27 de maio 2009.

a uma **finalidade específica**, além de ser ato **precário** (pode ser revogado a qualquer momento). Por fim, destacamos que, objetivando evitar o desvio de função, é necessário que haja correlação entre as atividades desenvolvidas pelo servidor no cedente e as que serão por ele desenvolvidas no cessionário.

2.4 Ausência de prejuízo ao funcionamento do órgão ou entidade cedente como requisito de realização da cessão

A Primeira Câmara do TCEMG, no Processo n. 770.279¹⁰, Sessão de 21/05/2013, ao analisar procedimento seletivo simplificado realizado por prefeitura municipal para a contratação temporária de agentes públicos, deliberou, com fundamento no inciso V do art. 26 do Regimento Interno do TCEMG (Resolução n. 12/2008), pelo encaminhamento do processo ao Tribunal Pleno, a fim de que esse analisasse, em caráter incidental, a constitucionalidade de dispositivos da lei do município que disciplina a contratação temporária de pessoal. Nesse contexto, dentre os dispositivos cuja constitucionalidade foi submetida à apreciação do Tribunal Pleno, destacamos os que preveem que a contratação temporária de pessoal será destinada a **suprir a falta de servidores afastados do exercício de seus cargos, em razão de cessão a outro órgão ou entidade ou destinada a atender os convênios de cessão de pessoal celebrados com órgãos ou entidades públicos ou assistenciais**.

Dando continuidade às considerações sobre o Processo n. 770.279, informamos que, na Sessão de 07/08/2013, o Tribunal Pleno reconheceu a inconstitucionalidade dos dispositivos retromencionados, sob o argumento de que o afastamento de servidor, em razão de cessão, constitui situação previsível na administração pública, não se adequando, portanto, à ideia de excepcional interesse público, apta a ensejar a contratação temporária, e sob o argumento de que, quando o servidor é indispensável para o bom andamento do serviço público no município, não se justifica a sua cessão, ainda mais se for necessário convocar, a título precário, outra pessoa para exercer a sua função. Seguem transcritos excertos do voto do relator.

[...] as contratações temporárias realizadas no Município de Ponte Nova fundamentaram-se em sua maioria na Lei Municipal n. 3.020/2006 [...].

Essa lei apresenta o vício de inconstitucionalidade, conforme demonstrarei, fazendo-se necessária a sua apreciação por este Colegiado, haja vista a possibilidade jurídica de controle de constitucionalidade por esta Corte de Contas.

Ao ler o art. 2º da referida lei, que elenca as situações de excepcional interesse público (fls. 76), verifiquei em alguns incisos que as hipóteses descritas não traduzem a excepcionalidade de contratação exigida no inciso IX do art. 37 da CR/1988.

Vejamos:

[...]

‘VIII — contratação de pessoal para suprir falta de servidores efetivos, estáveis ou estabilizados, afastados de seus cargos por estarem exercendo cargo em comissão ou cedidos a outro órgão ou entidade pública, na forma da legislação vigente;’

Os afastamentos descritos [...] podem ser cobertos pelos demais servidores efetivos, não havendo motivo para contratação em função disso, razão pela qual não vislumbro excepcional interesse público.

A regra para admissão no serviço público é o concurso público. A contratação temporária é uma exceção que não pode ser admitida em faltas definitivas ou situações rotineiras e previsíveis na Administração como expôs o Ministério Público.

E ainda, a 2ª parte do inciso IX:

¹⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Primeira Câmara. Processo n. 770.279 (representação). Relator: cons. Wanderley Ávila. Sessão de 21 de maio 2013.

'IX — contratação de servidores para atendimento de programas especiais, mantidos pelo município, e convênios com órgãos ou entidades, públicos e/ou assistenciais, que prevejam cessão de pessoal;'

A parte final do inciso carece de interesse público excepcional, conforme bem apontou o douto *Parquet*. Se o servidor é indispensável ao bom andamento do serviço público, sua cessão não se justifica, principalmente, se for preciso recrutar outra pessoa a título precário, para exercer a função.

Diante da leitura dos incisos mencionados, percebemos que a Lei Municipal n. 3.020/2006 não tem amparo constitucional. As hipóteses nela previstas não se revestem do caráter da excepcionalidade exigido pelo art. 37, inciso IX da CR/1988. (grifos no original)

Na Consulta n. 862.117¹¹, o TCEMG posicionou-se de forma contrária à cessão de servidor público, tendo em vista que esse era o único a exercer as atribuições de contador na câmara municipal e que seria necessário designar outro agente público para exercer aquelas atribuições. Na presente hipótese, o TCEMG defendeu que, a despeito de a cessão ser ato discricionário, ela encontra limitações no princípio da razoabilidade, além de ter como escopo o interesse público, não podendo resultar em prejuízo ao andamento das atividades do órgão ou entidade cedente. Seguem transcritos excertos do voto do relator.

[...] a discricionariedade do ato de cessão do servidor público está adstrita a um resultado de interesse público e à qualidade do que é razoável, garantindo-se, assim, a legitimidade da ação administrativa.

Ora, o fato de a Administração ceder o único servidor que exerça determinada função em seus quadros, além de não ser razoável, não coaduna com a consecução de um resultado de interesse público, uma vez que o referido servidor é essencial para o regular funcionamento do órgão/entidade.

Dessa forma, levando em consideração que o ato de cessão de determinado servidor deve ser analisado à luz da conveniência e oportunidade da Administração e sendo evidente a inconveniência da cessão na hipótese abstrata ora analisada, seu indeferimento é medida que se impõe.

2.5 Impossibilidade de cessão de servidor titular de cargo em comissão

Na Consulta n. 443.034¹², o TCEMG posicionou-se de forma contrária à cessão de servidor titular de cargo em comissão. No presente caso, o TCEMG, partindo do pressuposto de que a nomeação do cargo em comissão caracteriza-se pela relação de confiança entre o servidor nomeado e a autoridade que o nomeou, entendeu que a cessão não se compatibiliza com a natureza daquele cargo, na medida em que o servidor cedido fica subordinado a outra autoridade, o que desconstitui a relação de confiança. Além disso, o TCEMG considerou que o cargo em comissão, por ser de livre nomeação e exoneração, possui uma transitoriedade incompatível com o ato de cessão, o qual possui como requisito a fixação de um prazo determinado dentro do qual o servidor fica à disposição do cessionário. Seguem transcritos excertos do voto do relator.

[...] dentro dessa linha de raciocínio, que tem o interesse público como pedra angular, não vejo conteúdo moral na admissão de servidor para ocupar cargo demissível "ad nutum" na estrutura organizacional de um Município, para, ou com o propósito, só e só, de colocá-lo à disposição de outro Município ou até mesmo de um dos Poderes do Estado.

¹¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Pleno. Consulta n. 862.117. Relator: cons. Cláudio Terrão. Sessão de 7 de dez. 2011. *DOC*, 15 fev. 2012, p. 19-20.

O fato de a cessão não poder resultar em prejuízo ao andamento dos serviços executados pelo servidor cedido foi também abordado em:

_____. Consulta n. 247.012-8 (novo n. 28.440). Relator: cons. Luiz Baccarini. Sessão de 27 de mar. 1996.

¹² _____. Pleno. Consulta n. 443.034. Relator: cons. Simão Pedro. Sessão de 6 de ago. 1997. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 24, n. 3, p. 101, jul./set. 1997. Obs: o voto do relator seguiu na integralidade o parecer do cons. Eduardo Carone Costa, emitido na época em que era titular do cargo de auditor do Tribunal de Contas.

Se o cargo é de recrutamento amplo, portanto demissível *ad nutum*, é porque tem por suporte fático a estrita relação de confiança entre a autoridade que tem competência para recrutar o auxiliar e o escolhido.

Ora, promover tal recrutamento e ato contínuo transferir o servidor para a supervisão de outro Gestor, quando nada, é um paradoxo, pois a relação de confiança que justificou o provimento estaria desfigurada com a cessão.

Na verdade, não encontro supedâneo para tal cessão de servidor, mesmo porque não se poderia, até mesmo, fixar-se prazo para a disposição, pois se não há efetividade e muito menos estabilidade, a demissibilidade não poderia ficar limitada pelo prazo que todo ato de disposição deve conter.

Na mesma linha da deliberação exposta, o TCEMG, na Consulta n. 862.304¹³, defendeu a impossibilidade de cessão de servidor titular de cargo em comissão, seja o de recrutamento amplo (pode ser ocupado por cidadãos com ou sem a titularidade de cargo efetivo), seja o de recrutamento restrito (somente pode ser ocupado por cidadãos com a titularidade de cargo efetivo). Na presente consulta, o TCEMG ponderou que, na hipótese de o cargo em comissão ser ocupado por servidor efetivo, a Administração Pública pode cedê-lo, desde que o exonere do cargo em comissão. Já na hipótese de o cargo em comissão ser ocupado por cidadão sem a titularidade de cargo efetivo, o TCEMG ponderou que a cessão não se mostra possível, por violar os princípios da moralidade, da razoabilidade e da finalidade. Seguem transcritos excertos do voto do relator.

Reconhece o nosso ordenamento jurídico duas espécies de cargos em comissão: um, [...], de recrutamento amplo, que poderá ser provido por cidadãos não investidos em cargos efetivos, e outro, de recrutamento restrito, provido por servidores efetivos.

A cessão de pessoal ocupante de cargo em comissão, seja ele de recrutamento amplo ou de recrutamento restrito, revela-se, à luz dos princípios gerais da Administração Pública, hoje expressamente previstos no art. 37, *caput*, da Constituição da República, atentatória a todos aqueles princípios, porquanto é desarrazoado prover-se um cargo diretivo, de assessoramento ou de chefia, e, após, deslocar o servidor ali investido de forma distinta para o exercício de funções diferenciadas e de responsabilidade destacada, para prestar serviços a outro órgão ou entidade públicos.

[...] devo obter temperar, que no tocante a servidor ocupante de cargo em comissão de recrutamento restrito, caso a Administração precise emprestar a força de trabalho desse servidor a outro órgão ou entidade, em nome do interesse público e da cooperação, mediante cessão, poderá fazê-lo, desde que – preenchidos os requisitos lançados na parte inicial desse parecer (interesse público, norma legal) – exonere o servidor efetivo do cargo em comissão no qual estava investido, sob pena de violação aos princípios constitucionais encartados no citado art. 37.

Nesta toada, e, destacando, neste ponto, o cerne da consulta, quanto à cessão de servidor ocupante de cargo de recrutamento amplo, não sendo ele oriundo de cargos efetivos, a cessão, nessas condições, constitui clara afronta aos princípios constitucionais da moralidade, razoabilidade e finalidade [...].

2.6 Recolhimento das contribuições previdenciárias no período de cessão

O TCEMG, no Recurso Administrativo n. 708.737¹⁴, apreciou pedido, formulado por ex-servidor do seu quadro funcional, consistente na devolução dos valores recolhidos ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) do Estado de Minas Gerais durante o período em que ficara cedido, sem ônus para o TCEMG, à entidade da União.

¹³ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Pleno. Consulta n. 862.304. Relator: cons. Wanderley Ávila. Sessão de 25 de abr. 2012. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 83, n. 2, p. 128, abr./jun. 2012.

¹⁴ _____. Tribunal de Contas. Pleno. Processo n. 708.737 (recurso administrativo). Relator: cons. Wanderley Ávila. Sessão de 3 de out. 2007.

O TCEMG julgou improcedente o pedido constante do recurso administrativo mencionado, sob o fundamento de que o recorrente, durante o período da cessão, manteve o seu vínculo com o RPPS do Estado de Minas Gerais. Acrescentamos que a deliberação do TCEMG se baseou no art. 1º-A da Lei Federal n. 9.717/1998¹⁵, o qual dispõe de forma expressa que o

servidor público titular de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...] filiado ao regime próprio de previdência social, quando cedido ao órgão ou entidade de outro ente da federação, com ou sem ônus para o cessionário, permanecerá vinculado ao regime de origem.

Seguem transcritos excertos do voto do relator.

Argumenta o recorrente que durante o período de sua cessão à Universidade Federal de Minas Gerais não recebeu remuneração do Tribunal de Contas e por isso, inexistiria o fato gerador da obrigação do recolhimento da contribuição previdenciária.

Esta questão foi enfrentada no Pedido de Reconsideração, Processo DA/156/05/, às fls. 28/36, apenso, em Parecer da Assessoria Jurídica PA/AJ/PRES/02/06, da lavra do Dr. Plínio Salgado.

Recorda o Dr. Plínio Salgado que, na forma da Constituição da República compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre previdência social (art. 24, inc. XII), limitando-se a competência da União a estabelecer normas gerais, ao passo que é da alçada dos outros entes a edição de regras suplementares (art. cit. §§ 1º e 2º).

Com base na matriz constitucional a Lei 9717, de 27/11/1998, estabelece no art. 1º A, aditado pela Medida Provisória nº 2.187-13/2001, de 24/08/2001:

[...]

Assim, de caráter obrigatório, essa regra geral para as unidades federativas indicadas, o Estado a reproduziu, a par de suplementá-la, no art. 47 da LC 64/2002, que instituiu o regime próprio da previdência social de seus servidores.

[...]

Ademais, o ex-servidor jamais negou sua vinculação ao sistema e, uma vez vinculado, responde pelas obrigações.

Na Consulta n. 755.504¹⁶, o TCEMG manifestou-se de forma favorável sobre a possibilidade de o servidor cedido continuar a receber a sua remuneração do órgão ou entidade cedente mediante reembolso dos valores despendidos pelo cessionário. No presente caso, o TCEMG recomendou que o cedente, ao registrar as despesas correspondentes à remuneração do servidor cedido e ao reembolso realizado pelo cessionário, observasse os procedimentos contábeis previstos em manual da Secretaria do Tesouro Nacional. Acrescentamos que o TCEMG, com base em orientação normativa do Ministério da Previdência Social e da Secretaria de Políticas de Previdência Social, asseverou que, na hipótese de cessão com ônus para o cessionário, cabe a este efetuar o recolhimento das contribuições previdenciárias — tanto da cota devida pelo cedente, quanto da cota devida pelo servidor cedido — à unidade gestora do regime de previdência social do cedente. Por fim, o TCEMG asseverou que se o cessionário não cumprir com aquela obrigação, caberá ao cedente providenciar o recolhimento das contribuições, buscando do primeiro o ressarcimento dos valores despendidos. Seguem transcritos excertos do voto do relator.

[...] resta consignar os procedimentos de ordem contábil que deverão ser observados pelo órgão cedente para fins de registro das despesas decorrentes do pagamento da remuneração de seu servidor e do reembolso efetivado pelo cessionário.

¹⁵ A Lei Federal n. 9.717/1998 “dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências”. O art. 1º-A foi inserido na Lei Federal n. 9.717/1998 pela Medida Provisória n. 2.187-13/2001.

¹⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Pleno. Consulta n. 755.504. Relator: cons. substituto Gilberto Diniz. Sessão de 10 de set. 2008.

Em razão da necessidade de harmonizar os procedimentos de execução orçamentária, financeira e contábil, nos três níveis de governo, de modo a garantir a evidenciação dos seus efeitos no processo de consolidação das contas públicas, a Secretaria do Tesouro Nacional, órgão central de contabilidade da União nos termos do Decreto Federal nº 3.589/00¹⁷, por determinação contida no § 2º do art. 50 da Lei Complementar 101/00, expede atos normativos voltados à uniformização de procedimentos técnicos utilizados no curso da execução orçamentária.

Pela adoção de métodos comuns entre os entes federados, pretende-se evitar a utilização de parâmetros diferentes para eventos de mesma natureza, e ainda, o registro em duplicidade de receitas e despesas decorrentes de operações realizadas entre duas ou mais esferas de governo.

De acordo com as orientações contidas no Manual de Despesa Nacional, aplicável à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, disponível [...] no site da referida Secretaria, [...], e que será editado por via de Portaria Conjunta para registrar os eventos decorrentes da realização de despesa com pessoal cedido com ônus, quando o servidor pertencer à outra esfera de governo, deverão ser adotados os seguintes procedimentos¹⁸:

[...]

Por remate, é indispensável consignar que, a teor do disposto no *caput* do art. 27 da Orientação Normativa nº 1, editada em 23/01/07, pelo Ministério da Previdência Social, por via da Secretaria de Políticas de Previdência Social, e publicada em 25/01/07 no Diário Oficial da União¹⁹, o desconto da contribuição devida pelo servidor cedido e a contribuição devida pelo ente de origem são de responsabilidade da entidade cessionária, cabendo a esta última efetuar o repasse daquelas contribuições à unidade gestora do Regime Próprio de Previdência Social do ente federativo cedente. E, mais, na hipótese de o cessionário não efetuar o repasse das contribuições àquela unidade no prazo legal, cabe ao cedente efetuar-lo, buscando o reembolso dos valores perante o cessionário.

3 ANÁLISE DAS DECISÕES DO TJMG

Analisando as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) sobre a cessão, verificamos a existência de jurisprudência extensa, com assuntos de variadas naturezas, muitas vezes afetos a leis específicas do Estado de Minas Gerais e dos municípios que o compõem. Nesse contexto, esclarecemos que buscamos concentrar neste estudo decisões que abordam aspectos mais genéricos do instituto, de aplicação comum a todos os entes da Federação.

3.1 Necessidade de a cessão estar autorizada em lei

O TJMG, na Apelação Cível n. 1.0525.05.071888-7/001²⁰, não reconheceu a validade de convênio de cessão, sob o argumento de que o estatuto dos servidores públicos do órgão cedente é omissivo quanto à possibilidade de realização de cessão. No presente caso, o TJMG baseou a sua decisão em parecer exarado, em processo de consulta, pelo TCEMG. Segue transcrita a ementa do julgado.

EMENTA: ADMINISTRATIVO — PRINCÍPIO DA LEGALIDADE — CESSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO A OUTRA PESSOA DE DIREITO PÚBLICO INTERNO

¹⁷ O Decreto Federal n. 3.589/2000 foi revogado pelo Decreto Federal n. 6.976/2009; todavia, foi mantida, neste último diploma normativo, a previsão de que a Secretaria do Tesouro Nacional constitui órgão central de contabilidade da União.

¹⁸ Hoje, o *Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público* (MCASP) da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) se encontra na 5ª edição, aprovada pela Portaria n. 437/2012 da STN e pela Portaria Conjunta n. 02/2012 da STN e da Secretaria de Orçamento Federal.

¹⁹ A Orientação Normativa n. 01/2007 foi revogada pela Orientação Normativa do Ministério da Previdência Social e da Secretaria de Políticas de Previdência Social n. 02/2009; todavia, foram mantidas, nesta última orientação, as mesmas disposições, contidas na primeira, sobre o dever de o órgão ou entidade cessionário efetuar o recolhimento das contribuições previdenciárias, quando assumir o ônus da cessão.

²⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0525.05.071888-7/001. Relatora: des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Julgado em 10 abr. 2012. *DJe*, 11 maio 2012.

— POSSIBILIDADE, DESDE QUE PREVISTA NA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL — PRECEDENTE DO TCMG — AUSÊNCIA NA LEI MUNICIPAL — IMPOSSIBILIDADE — [...] — É perfeitamente possível a cessão de servidor municipal ao Poder Judiciário, inclusive por meio de convênio, desde que mediante previsão na legislação municipal. Ausente previsão legal, fere-se o Princípio da Legalidade, sendo inválida a cessão [...].

3.2 A cessão de servidor público e o princípio constitucional do concurso público

O TJMG, no Mandado de Segurança n. 1.0000.09.502146-5/000²¹, reconheceu o direito líquido e certo do impetrante de ser nomeado para cargo ao qual concorreu em concurso público, sob o fundamento de que tinha sido aprovado dentro do número de vagas disponibilizadas no edital e de que a Administração Pública demonstrara a necessidade do preenchimento daquelas vagas, visto que, durante o prazo de validade do concurso público, possuía servidores cedidos de outro órgão público, para suprirem a deficiência do serviço. Seguem transcritos excertos da decisão.

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO — CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS DISPOSTAS NO EDITAL — EXISTÊNCIA DE INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO — NOMEAÇÃO — DIREITO SUBJETIVO. Segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame não tem mera expectativa de direito, mas verdadeiro direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi classificado. E tal direito ainda mais se evidencia quando demonstrada a existência de vagas e o interesse da administração em provê-las, o que resta caracterizado com a cessão de servidores municipais para suprir a deficiência da Unidade SRF Regional Montes Claros.

[Excertos do voto do Relator]

[...] há nos autos elementos de provas preconstituídas consubstanciadas em certidões e declarações que comprovam a cessão de 16 (dezesesseis) Servidores Municipais às Unidades da SRF/Montes Claros (fls. 115/121 e 129/130), evidenciando a existência de vagas e o interesse público em supri-las na região 06, para a qual está aprovada a Impetrante.

Assim, existindo vagas indevidamente ocupadas em número suficiente para a nomeação tanto da Impetrante quando dos quatro candidatos que estão à sua frente na ordem classificatória, evidente o direito líquido e certo à nomeação pretendida, desde que demonstrado a existência de vagas e o interesse da administração em supri-las.

3.3 A prática de ato de improbidade administrativa na cessão

O TJMG, na Apelação Cível n. 1.0023.09.011742-7/001²², reconheceu a ocorrência de ato de improbidade administrativa cometido por servidores cedidos e por ordenador de despesas do órgão cessionário e determinou a restituição de valores ao erário municipal. No caso em questão, constou, na publicação oficial do ato de cessão, que essa se daria com ônus para o órgão cedente; entretanto, os servidores cedidos tinham recebido tanto a remuneração do cargo efetivo do qual eram titulares no órgão cedente, como a remuneração do cargo em comissão para o qual foram nomeados no órgão cessionário. Seguem transcritos excertos da ementa da decisão.

²¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Corte Superior. Mandado de Segurança n. 1.0000.09.502146-5/000. Relator: des. Geraldo Augusto. Julgado em 14 jul. 2010. *DJe*, 13 ago. 2010. No mesmo sentido, encontram-se: _____. Sexta Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 1.0024.09.654283-2/001. Relator: Maurício Barros, relator do acórdão: des. Antônio Sérulo. Julgado em 17 ago. 2010. *DJe*, 24 set. 2010; _____. Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 1.0024.10.244705-9/001. Relator: Almeida Melo. Julgado em 12 maio 2011. *DJe*, 16 maio 2011. _____. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 1.0024.10.244706-7/001. Relator: des. Peixoto Henriques. Julgado em 10 de maio 2011. *DJe*, 20 maio 2011.

²² _____. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0023.09.011742-7/001. Relator: des. Versiani Penna. Julgado em 21 mar. 2013. *DJe*, 26 mar. 2013.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — [...] — AÇÃO DE RESSARCIMENTO — ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA — CUMULAÇÃO DE VENCIMENTOS DE CARGO PÚBLICO COM SUBSÍDIOS DE SECRETÁRIO MUNICIPAL — IMPOSSIBILIDADE — SERVIDOR CEDIDO COM ÔNUS PARA O ÓRGÃO DE ORIGEM — ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E EFETIVO DANO AO ERÁRIO — COMPROVAÇÃO — RESTITUIÇÃO DEVIDA — APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NO ART. 12 DA LEI 8.429/92 — SENTENÇA MANTIDA.

[...]

— A configuração das hipóteses de improbidade administrativa previstas nos artigos 9º e 10 da Lei 8.429/1992 demandam a prova do enriquecimento ilícito, bem como da efetiva lesão ao erário decorrente de qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa.

— Constitui ato de improbidade administrativa a cumulação de remunerações advindas de cargo efetivo e de cargo comissionado (Secretário Municipal), tendo em vista que o servidor fora cedido pelo Estado de Minas Gerais ao Município de Alvinópolis, com ônus para o órgão de origem, nos termos do convênio n. 478/07 e da publicação no órgão oficial.

— O favorecimento de servidores e a incorporação indevida de verbas públicas nos respectivos patrimônios encerram enriquecimento ilícito e efetivo dano ao erário e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa.

[...]

— Sentença mantida.

O TJMG, na Apelação Cível n. 1.0080.06.005278-6/001²³, reconheceu a ocorrência de ato de improbidade administrativa cometido por servidor cedido e por responsável pelo órgão cessionário, no caso, presidente de câmara municipal, sob o fundamento de que a cessão não tinha sido realizada para atender ao interesse público, mas, sim, a interesses particulares do servidor cedido. No presente julgado, o TJMG verificou que o servidor cedido não prestou serviços para o órgão cessionário; ao contrário, utilizou o período da sua jornada de trabalho para realizar campanha eleitoral, tendo sido, inclusive, eleito para o cargo de vereador da câmara municipal para a qual tinha sido cedido. Seguem transcritos excertos da decisão.

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA — IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA — LESÃO AO ERÁRIO E OFENSA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADOS [...]. Restando demonstrado nos autos que a cessão de servidor a outro órgão público causou lesão ao erário por não ter em sua finalidade o interesse público, aliada à ofensa ao princípio da moralidade pública, deve o servidor público ficar sujeito às sanções tipificadas nos arts. 9º, XI e 10, XII, da Lei de Improbidade Administrativa. Nas peculiaridades do caso concreto, revela-se adequada a condenação imposta aos réus pelo juízo de origem quando se constata possuir caráter inibitório de futuras práticas lesivas ao erário público e ao princípio da moralidade administrativa. [...].

[Excertos do voto do relator do acórdão]

Da análise minuciosa dos autos, observo que o objeto da lide a ser solucionado pela Instância Revisora consiste em averiguar se o ato administrativo de cessão de servidora da Secretaria Estadual de Saúde para a Câmara Municipal de Bom Sucesso, possui finalidade a bem do serviço público ou praticado em prol de interesses particulares, em verdadeiro desvio de finalidade.

[...]

Da análise do conjunto probatório carreado para os autos, observo que a cessão de servidora da Administração Estadual à Câmara Municipal de Bom Sucesso teve como intuito primordial

²³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0080.06.005278-6/001. Relator: des. Ernane Fidélis; relator do acórdão: des. Edilson Fernandes. Julgado em 26 de fev. 2008. *DJe*, 1º abr. 2008.

de servir a ela (primeira ré) como forma de tempo disponível para fazer campanha eleitoral propriamente dita, atendendo, assim, interesses particulares dela e do segundo réu, do que prestar serviço de interesse da coletividade.

[...]

Forçoso concluir que no presente caso houve prática de ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito, decorrente de vantagem patrimonial indevida (art. 9º, XI) e, por consequência, lesão ao erário (art. 10, XII), condições mais que suficientes a ensejar a condenação dos recorrentes nas sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/92.

3.4 A precariedade do ato de cessão

O TJMG, no Mandado de Segurança n. 1.0000.12.081486-8/000²⁴, indeferiu pedido de permanência de servidor cedido no órgão cessionário, sob o fundamento de que a cessão, por dizer respeito à organização do serviço, é ato discricionário, submetido ao juízo de conveniência ou oportunidade do órgão cedente, e de que o indeferimento da prorrogação da cessão por parte do órgão cedente se baseou no interesse público. Acrescentamos que o TJMG considerou que o fato de a cessão ser ato discricionário não impede o Poder Judiciário de analisar se o ato observou, entre outros, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nem de analisar se o ato guarda consonância com os motivos de fato e de direito que ensejaram a sua prática. Seguem transcritos excertos da decisão.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. [...]. SERVIDOR PÚBLICO. CESSÃO. ATO DISCRICIONÁRIO. SEGURANÇA DENEGADA. [...]. III — A cessão temporária de servidor público, por ser ato discricionário, sujeita-se ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração, e, via de consequência, encontra-se infenso ao crivo do Poder Judiciário. IV — Ausente demonstração de violação de direito líquido e certo, a hipótese é de denegação da segurança.

[Excertos do voto do relator]

Sabe-se que, ao Poder Judiciário, é vedado o exame da conveniência e oportunidade do ato administrativo, cabendo-lhe aferir o aspecto da legalidade [...].

No entanto, insta ressaltar, hodiernamente, tem-se reconhecido a possibilidade do controle pelo Poder Judiciário dos motivos determinantes do ato [...].

Com efeito, apresenta-se possível o exame judicial dos atos discricionários à luz dos princípios da finalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, não ficando circunscrito ao exame de legalidade.

[...]

No caso em tela, o impetrante sustenta a ilegalidade do ato que determinou a prorrogação de sua cessão ao TRT-3ª Região apenas até 01/07/2012, pleiteando seja determinada sua permanência no referido órgão até 31/12/2012.

A cessão de servidor público, por dizer respeito à organização do serviço, é ato discricionário, em que o administrador dispõe de certa margem de liberdade, outorgada pela lei, para avaliar a conveniência e oportunidade na realização do ato administrativo.

Nesse contexto, é de se convir, tal matéria submete-se ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração, estando, portanto, infensa ao crivo do Judiciário [...].

²⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Corte Superior. Mandado de Segurança n. 1.0000.12.081486-8/000. Relator: des. Bitencourt Marcondes. Julgado em 3 de abr. 2013. Publicado em 26 abr. 2013. No mesmo sentido, encontram-se: _____, Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0009.05.003214-4/001. Relator: des. Alvim Soares. Julgado em 13 de dez. 2005. Publicado em 17 de jan. 2006; _____, Quarta Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0024.06.930568-8/002. Relator: des. Audebert Delage. Julgado em 24 de set. 2009. Publicado em 29 set. 2009; _____, Quinta Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0024.10.116919-1/002. Relator: des. Fernando Caldeira Brant. Julgado em 20 de jun. 2013. Publicado em 28 jun. 2013.

[...]

Diante disso, mister concluir pela inexistência do direito líquido e certo invocado pelo impetrante, pois a Administração, no uso de sua competência discricionária, entendeu ser conveniente a prorrogação de sua disponibilidade junto ao TRT apenas até julho de 2012.

No entanto, cumpre ressaltar que o ato administrativo, ainda que discricionário, deve guardar consonância com os motivos de fato e de direito que ensejaram sua prática, quer dizer, a situação fática que autoriza a realização do ato deve corresponder, necessariamente, à sua previsão legal, sob pena de nulidade, por desvio de finalidade.

Nesses casos, isto é, quando o administrador se utiliza de seu poder discricionário para violar a finalidade da norma, está-se diante de ilegalidade, o que autoriza a interferência do Judiciário para tutelar direitos eventualmente lesados com a prática do ato viciado.

Entretanto, no caso em tela, não há qualquer indício de que o ato administrativo foi praticado com abuso de poder, desvio de finalidade, ou, ainda, de forma atentatória aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ao contrário, o ofício encaminhado pela Secretaria de Estado da Educação ao TRT-3ª Região (fls. 22), demonstra que o indeferimento da prorrogação nos moldes pleiteados pelo impetrante se deu por razões de interesse público, isto é, necessidade de recomposição do quadro de servidores para atender à demanda do serviço.

Contrariamente à decisão proferida no Mandado de Segurança n. 1.0000.12.081486-8/000, o TJMG, no Agravo de Instrumento n. 1.0000.11.041034-7/001²⁵, deferiu, por maioria, liminar pleiteada em mandado de segurança e autorizou a permanência de servidor cedido no órgão cessionário, a despeito de o órgão cedente não ter concordado com a prorrogação da cessão. No caso em análise, o TJMG fundamentou a sua decisão no art. 226 da Constituição da República (prevê que a família, como base da sociedade, possui especial proteção do Estado) e na aplicação, por analogia, do art. 36, parágrafo único, III, *a*, da Lei Federal n. 8.112/1990 (prevê a remoção, a pedido, de servidor público federal, para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração). Segue transcrito excerto da ementa da decisão.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA — SERVIDORA ESTADUAL CEDIDA À ABIN — RENOVAÇÃO DA CESSÃO REQUERIDA PELA ABIN — INTERESSE DA SERVIDORA — ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE/SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL TRANSFERIDO PARA O DISTRITO FEDERAL PARA TRATAMENTO DE SAÚDE — LIMINAR DEFERIDA — APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, III DA LEI 8.112/1990. PROTEÇÃO DA FAMÍLIA — ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Defere-se liminar, em mandado de segurança, para prorrogar a cessão da impetrante, servidora pública estadual (escrivã da Polícia Civil) à ABIN, já que essa agência o requereu e há interesse da servidora, para acompanhar o marido, também servidor (Policia Federal), transferido para Brasília por motivos de saúde [...].

Quanto à decisão do TJMG proferida no Agravo de Instrumento n. 1.0000.11.041034-7/001, entendemos que o voto do relator, Edivaldo George dos Santos, embora não tenha sido vencedor, analisou a matéria de forma mais adequada, deixando de acolher, em liminar, o pedido do servidor cedido para permanência no órgão cessionário. Seguem transcritos excertos do voto do relator.

[...] cada ente que compõe a Federação deverá organizar o serviço público da melhor forma que atenda ao interesse público.

A Administração Pública pode movimentar seus servidores, *ex officio*, para atender ao interesse público, desde que respeitados os parâmetros impostos pela lei, bem como os princípios norteadores da atividade administrativa.

²⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis. Agravo de Instrumento n. 1.0000.11.041034-7/001. Relator: des. Edivaldo George dos Santos; relator do acórdão: des. Edilson Fernandes. Julgado em 18 de jan. 2012. Publicado em 1º de fev. 2012.

A cessão é ato discricionário e, em sede de cognição sumária, entendi que os motivos expostos no ato que indeferiu a prorrogação da cessão da servidora, são razoáveis.

Já no Agravo de Instrumento n. 1.0024.12.335322-9/001²⁶, o TJMG adotou entendimento, ao qual nos filiamos, de que o art. 226 da Constituição da República não afasta a precariedade do ato de cessão, nem cria para o servidor cedido o direito subjetivo de permanência no órgão cessionário. Além disso, o TJMG argumentou que não cabe a aplicação, por analogia, do art. 36, parágrafo único, III, *a*, da Lei Federal n. 8.112/1990 aos servidores do Estado de Minas Gerais. Segue transcrita a ementa da decisão.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL — AGRAVO DE INSTRUMENTO — AÇÃO ORDINÁRIA — LOTAÇÃO EM COMARCA — CESSÃO PROVISÓRIA — DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO — PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES — INOCORRÊNCIA — MANUTENÇÃO DO 'DECISUM'.

1. Ausente a plausibilidade das alegações iniciais não há falar em deferimento da liminar pleiteada nos autos de ação ordinária, com fundamento em pretensão de direito subjetivo à lotação de servidor no serviço público estadual.

2. A despeito do direito constitucional à família, não se extrai do art. 226 da Constituição da República um direito público subjetivo do servidor de ser lotado no serviço público em virtude da lotação de seu cônjuge, sem que sejam levados em conta os critérios de oportunidade e conveniência da Administração Pública estadual.

3.5 A necessidade de se motivar o ato de cessão

O TJMG, no Reexame Necessário n. 1.0155.05.007775-1/002²⁷, determinou o retorno de servidor ao órgão cedente, sob o fundamento de que a sua cessão foi ilegal, por ausência de motivação. No presente caso, o TJMG, embora tenha reconhecido que a cessão é ato discricionário, defendeu a necessidade de motivá-la, para evitar a prática de atos arbitrários, contrários ao interesse público. Seguem transcritos excertos da decisão.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA — SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL — CESSÃO PARA EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES PERANTE ENTE ESTATAL — ATO ADMINISTRATIVO DESTITUÍDO DE MOTIVAÇÃO — ILEGALIDADE. Desde que o ato administrativo do qual decorreu o remanejamento do servidor municipal, por cessão ao Estado, foi desmotivado e antecedeu ao convênio celebrado, tem-se por evidenciada ilegalidade passível de ser afastada através do mandado de segurança.

[Excertos do voto do Relator]

De plano, de ser anotado que o ato de remanejamento de servidor público junto à administração Municipal e para exercer função idêntica ao do cargo para o qual foi concursado, é discricionário estando sujeito, portanto, aos aspectos de conveniência e da oportunidade.

²⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 1.0024.12.335322-9/001. Relator: des. Edgard Penna Amorim. Julgado em 20 de jun. 2013. Publicado em 5 jul. 2013. No mesmo sentido, encontra-se: _____. Sexta Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 1.0480.13.008046-2/001. Relator: des. Barros Levenhagen. Julgado em 22 de ago. 2013. Publicado em 27 ago. 2013.

²⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Reexame Necessário n. 1.0155.05.007775-1/002. Relator: des. Geraldo Augusto. Julgado em 4 de jul. 2006. Publicado em 21 jul. 2006. No mesmo sentido, encontram-se: _____. Sexta Câmara Cível. Reexame Necessário n. 1.0151.03.007474-5/001. Relator: des. Ernane Fidélis. Julgado em 25 de abr. 2006. Publicado em 2 jun. 2006; _____. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0216.04.026030-1/001. Relator: des. Edgard Penna Amorim. Julgado em 29 de maio de 2006. Publicado em 15 set. 2006; _____. Quarta Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0702.10.041702-2/001. Relator: des. Almeida Melo. Julgado em 24 de mar. 2011. Publicado em 28 mar. 2011; _____. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0344.09.054152-7/001. Relator: des. Armando Freire. Julgado em 11 de jun. 2013. Publicado em 20 jun. 2013; _____. Segunda Câmara Cível. Reexame Necessário n. 1.0112.05.051385-5/001. Relator: des. Francisco Figueiredo. Julgado em 30 de maio 2006. Publicado em 23 jun. 2006.

Diante de tal constatação, em princípio e em tese, não caberia ao Judiciário examinar esses critérios de conveniência e oportunidade (mérito do ato) que levaram a administração ao remanejamento noticiado, pena de imiscuir-se em seara imprópria.

Contudo, na hipótese, trata-se de designação de servidor, sem qualquer motivação, para prestar seus serviços para outro ente Estatal, em lotação distinta da que foi aprovado em concurso público, o que, realmente evidencia ilegalidade passível de ser afastada via do mandado de segurança.

[...]

Com efeito, a falta de qualquer motivação é a marca indelével do arbítrio, tornando ilegal o ato administrativo, mormente quando se trata de ato que, de alguma forma, afeta a direitos/interesses individuais, como na espécie.

O TJMG, na Apelação Cível n. 1.0024.06.216211-0/002²⁸, embora tenha afirmado que a cessão se caracteriza pela precariedade e que não depende de motivação para ser revogada, entendeu, com base na teoria dos motivos determinantes²⁹, que o administrador público, ao motivar a sua realização numa determinada situação fática, a saber, preservação da integridade física do servidor cedido, somente poderia revogá-la se comprovasse que a integridade física daquele servidor não se encontrava mais em risco. Destacamos que, a despeito de o TJMG ter considerado inválida a revogação da cessão, não acolheu o pedido do servidor cedido de permanecer em definitivo no órgão cessionário, com fundamento, entre outros, no fato de a cessão ser ato discricionário da Administração Pública, não cabendo, nesse aspecto, a intervenção do Poder Judiciário. Seguem transcritos excertos da decisão.

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO — CESSÃO TEMPORÁRIA — MOTIVO RELEVANTE — REVOGAÇÃO POR CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO — IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE DEFERIMENTO DA CESSÃO DEFINITIVA — IMPROCEDÊNCIA. — A cessão temporária de servidor, por ser revestida de precariedade, pode ser revogada a qualquer momento, independentemente de motivação; contudo, uma vez que a ação administrativa teve por justificativa um motivo fático relevante, a este ela se vincula, de tal forma que a validade do ato subsequente, de revogação da cessão, passa a depender do desaparecimento das causas que ensejaram aquele ato, sob pena de nulidade. — Contudo, muito embora o reconhecimento de invalidade do ato de revogação da servidora, não é possível acolher-se sua pretensão de remoção definitiva [...], havendo, pois, impedimentos legais e regulamentares ao deferimento do pedido de remoção definitiva, além do que tal ato é da administração, que o Poder Judiciário não pode substituir.

[Excertos do voto do Relator do acórdão]

[...] observa-se que a questão aqui posta em julgamento é de fato *sui generis*, posto que se tem de um lado um ato administrativo de cessão temporária de servidor, a princípio, discricionário e revogável e, de outro, um motivo ligado ao exercício da função do cargo de assistente social que teria ocasionado a referida cessão, qual seja, a ameaça à integridade física da servidora.

[...]

Na hipótese, se o ato administrativo que permitiu que a servidora fosse cedida à Comarca de Belo Horizonte teve por motivação o risco à incolumidade física da servidora, enquanto no exercício de suas funções e por decorrência dela, deve haver uma relação de congruência quanto ao ato que revoga esta mesma cessão temporária, ou seja, para que se evidencie a possibilidade de revogação, os motivos que o ensejaram não poderão mais existir e, ao que

²⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0024.06.216211-0/002. Relator: des. Geraldo Augusto. Julgado em 12 de ago. 2008. Publicado em 29 ago. 2008.

²⁹ Nas lições de Di Pietro (2013, p. 219), segundo a teoria dos motivos determinantes, “a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade”. Acrescenta ainda a autora “quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros”.

se tem nos autos, estes não ocorreram, nem a administração cuidou de averiguar a situação anômala.

Entende-se, pois, que para a validade do ato de revogação da cessão temporária em questão, a decisão deve estar precedida dos motivos ou melhor ainda, do desaparecimento dos fatos que ensejaram e justificaram o ato anterior, sem o que, inválido referido ato de revogação da cessão, posto que tanto o motivo legal quanto o motivo fático integram a validade do ato e podem sofrer controle pelo judiciário.

Sobre esse tópico em específico, esclarecemos que, a despeito da divergência aqui exposta, a maioria das decisões do TJMG exigem a motivação do ato de cessão, posição com a qual concordamos. Nesse sentido, entendemos que a discricionariedade da cessão não dispensa o cedente nem o cessionário de demonstrarem que a sua realização encontra-se atrelada ao interesse público, o que possibilita o controle da legalidade dos motivos que ensejaram a prática do ato³⁰. Acrescentamos que a Constituição do Estado de Minas Gerais, no § 2º do art. 13, prevê que “o agente público motivará o ato administrativo que praticar, explicitando-lhe o fundamento legal, o fático e a finalidade”.

3.6 O desvio de função na cessão

O TJMG, na Apelação Cível n. 1.0024.08.170568-3/001³¹, analisou pedido formulado por servidor municipal, em face do Estado de Minas Gerais, de pagamento de diferenças remuneratórias, em razão de ter exercido, durante o período em que ficou cedido para o Estado de Minas Gerais, atribuições típicas do cargo de escrivão da Polícia Civil, o qual possui remuneração superior ao cargo efetivo de que é titular no município. No presente caso, o TJMG, sob o argumento de que não havia sido comprovada a formalização do convênio de cessão, extinguiu o processo sem julgamento de mérito e declarou a ilegitimidade passiva do Estado de Minas Gerais para figurar na ação. Entendeu ainda o TJMG que seria de responsabilidade do município assumir todos os encargos da cessão, incluindo as diferenças remuneratórias decorrentes do desvio de função. Segue transcrita a ementa da decisão.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL — DIREITO ADMINISTRATIVO — SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL — CESSÃO — DESVIO DE FUNÇÃO — ESCRIVÃO DE POLÍCIA CIVIL — DIREITO À PERCEPÇÃO DE DIFERENÇAS SALARIAIS — IMPOSSIBILIDADE — ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS — PROVA DE AUSÊNCIA DE VÍNCULO ENTRE O SERVIDOR E O ENTE ESTATAL.

O servidor público que exerce função alheia àquelas inerentes ao cargo que ocupa tem direito às diferenças salariais referentes ao cargo paradigma, enquanto continue exercendo seu trabalho em desvio de função. Contudo, inexistindo prova de vínculo funcional entre o servidor da Administração Municipal e o Estado de Minas Gerais, ou de convênio firmado entre os entes, inexistente ilegitimidade passiva do ente estatal.

³⁰ Segundo Di Pietro (2013, p. 218), “a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia da legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública”. Complementou dizendo que “a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais poderes do Estado”.

³¹ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0024.08.170568-3/001. Relatora: des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Julgado em 7 de ago. 2012. Publicado em 16 ago. 2012. No mesmo sentido, encontram-se: _____. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0024.08.171636-7/001. Relator: des. Kildare Carvalho. Julgado em 1º de jul. 2010. Publicado em 21 jul. 2010; _____. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0024.10.034449-8/001. Relator: des. Eduardo Andrade. Julgado em 22 de jan. 2013. Publicado em 31 jan. 2013; _____. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0024.10.040396-3/001. Relator: des. Albergaria Costa. Julgado em 31 de jan. 2013. Publicado em 8 fev. 2013; _____. Quinta Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0194.10.008906-0/001. Relatora: des. Áurea Brasil. Julgado em 8 de set. 2011. Publicado em 29 set. 2011; _____. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0194.10.009832-7/001. Relator: des. Alberto Vilas Boas. Julgado em 26 de mar. 2013. Publicado em 5 abr. 2013; _____. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0194.10.011271-4/001. Relator: des. Eduardo Andrade. Julgado em 17 de abr. 2012. Publicado em 11 maio 2012; _____. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0194.11.008945-6/001. Relator: des. Dídimo Inocêncio de Paula. Julgado em 9 fev. 2012. Publicado em 17 fev. 2012.

Discordamos da decisão retroexposta, uma vez que a ausência de formalização do convênio de cessão não se pode sobrepor à situação fática comprovada nos autos do processo. Nesse contexto, defendemos que, uma vez demonstrado que o servidor municipal prestou serviços para o Estado de Minas Gerais, cabe a este, destacamos, beneficiário dos serviços, pagar as diferenças remuneratórias ao servidor. Nessa linha, encontra-se o voto do desembargador Alberto Vilas Boas, cuja tese, no nosso entender, deveria ter prevalecido no julgamento. Seguem transcritos excertos desse voto.

Por certo, é incontroverso que, mesmo sem a existência de convênio formal entre o Município de Açucena e a Polícia Civil de Minas Gerais, esse último tem se valido da força de trabalho do autor para que fossem prestados os serviços inerentes à polícia judiciária.

[...]

Dessa forma, se a remuneração do autor é paga mensalmente pelo Município de Açucena, mas o serviço é prestado em favor do Estado de Minas Gerais em função diversa da originariamente exercida, considero que, em tese, as diferenças de remuneração devem ser pagas pelo Estado de Minas Gerais.

É que a Municipalidade cumpriu sua parte no acordo e pagou ao autor os vencimentos inerentes ao cargo que originariamente ocupava, e, então, não seria possível coagi-la judicialmente a arcar com as diferenças salariais se a mão de obra estava colocada à disposição do Estado de Minas Gerais.

Assim, é possível compreender que é o Estado de Minas Gerais quem, na realidade, beneficiou-se do desvio de função que propiciou designar o autor para exercer função típica de Oficial de Justiça durante o período destacado na inicial.

[...]

Por conseguinte, se no âmbito de uma cessão de servidor há de existir algum equilíbrio entre as partes, reputo cabível que, se o Município arcou com o pagamento dos vencimentos e das contribuições previdenciárias, a diferença que exista entre o cargo público municipal e aquele desempenhado no âmbito estadual deve ser satisfeito pelo Estado de Minas Gerais, sob pena de enriquecimento sem causa.

O TJMG, na Apelação Cível n. 1.0024.11.044328-0/001³², entendeu que não cabia ao ente cessionário pagar ao servidor cedido que se encontrava em desvio de função as diferenças remuneratórias existentes entre o cargo do qual é titular na entidade cedente e o cargo cujas atribuições foram de fato exercidas. No presente caso, o TJMG considerou que, durante a cessão, o vínculo entre o servidor cedido e a entidade cedente havia sido mantido e que a entidade cedente havia assumido o ônus da remuneração do servidor cedido. Seguem transcritos excertos da decisão.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL — SERVIDOR PÚBLICO — CESSÃO — AUTARQUIA ESTADUAL — PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA — ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS — MANUTENÇÃO DO VÍNCULO COM DER/MG — VERBAS REMUNERATÓRIAS — RESPONSABILIDADE DA ENTIDADE CEDENTE — DESVIO DE FUNÇÃO — PRELIMINAR ACOLHIDA — EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO — RECURSO NÃO PROVIDO.

1- O Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais é o legitimado a figurar no pólo passivo da lide, porque é a autarquia estadual — dotada de personalidade jurídica própria — responsável pelo pagamento das verbas remuneratórias dos servidores integrantes do seu Quadro de Pessoal.

2- Ainda que o servidor do DER/MG tenha sido cedido para desempenhar atribuições junto à Polícia Civil do Estado, compete à autarquia efetuar o pagamento de eventuais diferenças salariais devidas, notadamente porque expressamente consignada a obrigação no ato de cessão.

³² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0024.11.044328-0/001. Relator: des. Corrêa Junior. Julgado em 25 de jun. 2013. Publicado em 5 jul. 2013.

3- Recurso não provido.

[Excertos do voto do Relator]

Consoante se infere dos autos, sendo o autor servidor do DER-MG - Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais, autarquia estadual responsável pelo pagamento de sua remuneração e dotada de personalidade jurídica própria e distinta do ente público ao qual se encontra cedido, descabe ao Estado de Minas Gerais responder pelo pedido formulado.

[...]

Ademais, emerge dos autos, em reforço à conclusão acima, que o autor encontra-se à disposição da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, desde janeiro de 2005, com ônus para o órgão de origem — DER-MG, f.137.

Assim sendo, resta inconteste ser a autarquia a responsável pelo pagamento da remuneração do autor, ainda que cedido a outro órgão.

Desse modo, o DER-MG é realmente o legitimado a figurar no pólo passivo da demanda, porque é a autarquia estadual responsável pelas verbas remuneratórias auferidas pela parte autora, que continua a pertencer ao seu Quadro de Pessoal.

Também não concordamos com o conteúdo dessa decisão. Entendemos que o fato de o servidor cedido permanecer vinculado à entidade cedente no período de cessão e o fato de a cessão ter ocorrido com ônus para aquela entidade não justificam que ela responda pelo desvio de função. No caso, a responsabilidade deveria recair sobre o ente cessionário, já que, além de ter permitido que o servidor permanecesse em desvio de função, foi o beneficiário dos serviços por ele prestados. Dentro dessa linha, a qual, s.m.j., entendemos como a mais adequada, localizamos a decisão proferida pelo TJMG na Apelação Cível n. 1.0699.02.017552-6/001³³. Seguem transcritos excertos da referida decisão.

EMENTA: Ação de cobrança. Cessão de servidor. Ônus para o cedente. Alegação de exercício em cargo em confiança junto a outro órgão. Pretensão à diferença de verbas salariais. Observância das normas pactuadas. Recurso desprovido.

[Excerto do voto do Relator]

[...] ao servidor é devido o valor relativo ao cargo exercido, se desvio de função houve ou até mesmo exercício de cargo diverso daquele ocupado pelo servidor, deve o recorrente requerer do ente para o qual prestou o serviço e não da Municipalidade que, em momento algum, infringiu o pactuado.

3.7 Irregularidade na cessão e pagamento da remuneração ao servidor cedido

O TJMG, na Apelação Cível n. 1.0024.08.172638-2/001³⁴, no nosso entendimento, de forma correta, decidiu que o ente cessionário deveria reembolsar a entidade cedente das despesas com a remuneração do servidor cedido, mesmo o prazo do convênio já tendo expirado. No presente caso, o TJMG considerou a situação fática, isto é, que o serviço continuou a ser prestado ao ente cessionário após o término do prazo do convênio, cabendo a ele, portanto, cumprir a sua parte no acordado para a cessão do servidor, sob pena de enriquecimento ilícito e de ofensa, entre outros, ao princípio da honestidade. Segue transcrita a ementa da decisão.

³³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0699.02.017552-6/001. Relator: Maciel Pereira. Julgado em 12 de maio 2005. Publicado em 1º jun. 2005. No mesmo sentido, encontra-se: _____. Quarta Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0024.08.172638-2/001. Relator: des. Dárcio Lopardi Mendes. Julgado em 30 de jun. 2011. Publicado em 8 ago. 2011.

³⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0024.08.172638-2/001. Relator: Eduardo Andrade. Julgado em 5 de jul. 2011. Publicado em 22 jul. 2011.

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA — RESSARCIMENTO — CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO — CESSÃO DE FUNCIONÁRIO E, EM CONTRAPARTIDA, REEMBOLSO DE VALOR EQUIVALENTE AO SALÁRIO DESTA — RESCISÃO DO ACORDO, SEM DEVOLUÇÃO DO SERVIDOR À CEDENTE — PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ATESTADA — ENRIQUECIMENTO ILÍCITO POR PARTE DO MUNICÍPIO — PEDIDO JULGADO PROCEDENTE — RECURSO DESPROVIDO. — Pelo exame dos autos, se, mesmo após o término de convênio firmado entre as partes, o funcionário cedido pela autora permaneceu prestando seus serviços à municipalidade, deve esta reembolsá-la, sob pena de enriquecimento sem causa e afronta aos princípios da honestidade, legalidade e moralidade. — Recurso desprovido.

4 CONCLUSÃO

A harmonia e a cooperação entre os entes federados são características inerentes a um modelo de Estado republicano e federativo como o brasileiro. Na realidade, elas constituem meios para que os preceitos estabelecidos na Constituição da República sejam alcançados, contemplando a realização de esforços mútuos, voltados para a execução de serviços públicos ou de determinada atividade administrativa.

Conforme se extrai do *caput* do art. 37 da Constituição da República, com a alteração trazida pela Emenda Constitucional n. 19/1998, a eficiência constitui um dos princípios da administração pública, exigindo do Estado a adoção de instrumentos de gestão dinâmicos, com vistas à obtenção dos melhores resultados no exercício de suas competências constitucionais e na prestação de serviços públicos. Sobre o princípio da eficiência, ensina Di Pietro (2013, p. 84):

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (grifos no original)

A própria Constituição da República estimula a colaboração entre os entes federados, buscando o melhor aproveitamento de recursos financeiros, técnicos e humanos. A título exemplificativo, os incisos VI e VII do art. 30 dispõem que os municípios, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, manterão programas de educação infantil e de ensino fundamental, bem como prestarão serviços de atendimento à saúde da população, respectivamente.

Acrescentamos, por oportuno, que a Constituição do Estado de Minas Gerais, no parágrafo único do art. 197, ao dispor sobre a descentralização do ensino, por cooperação, previu a cessão de pessoal do magistério do Estado para os municípios. Já o inciso V do art. 198 daquele mesmo diploma disciplina que o Poder Público garantirá o direito à educação por meio da “cessão de servidores especializados para atendimento às fundações públicas e entidades filantrópicas, confessionais e comunitárias sem fins lucrativos, de assistência ao menor e ao excepcional”. Destacamos, por fim, que o inciso II do art. 166 também da Constituição do Estado de Minas Gerais prevê como um dos objetivos prioritários dos municípios “cooperar com a União e o Estado e associar-se a outros Municípios, na realização de interesses comuns”.

Nesse contexto, o convênio de cessão de pessoal — por meio do qual o cedente disponibiliza ao cessionário servidor habilitado para a execução de atividades específicas, de interesse comum — constitui importante instrumento para atingir a eficiência na administração pública, na medida em que poderá contribuir para elevar ou manter o padrão de qualidade dos serviços prestados pelo cessionário, atendendo às necessidades da coletividade.

No entanto, a despeito da importância da cessão para a concretização do princípio constitucional da eficiência, o instituto, conforme se depreende dos julgados do TCEMG e do TJMG, deve ser utilizado em hipóteses especiais, sempre com base no interesse público, e obedecer a uma série de requisitos, caso contrário, poderá resultar na violação de princípios constitucionais, com destaque para a moralidade, a impessoalidade e a exigência de aprovação em concurso público. A propósito, seguem os ensinamentos de Oliveira (2005, p. 35):

Acontece que o recomendado pelo próprio art. 37, da CF, é que os cargos públicos sejam providos mediante a realização de concurso público, em que possam ser escolhidos os mais qualificados para o desempenho da atribuição pertinente ao cargo público. Sendo assim, o uso desenfreado da cessão apresenta-se como grave ameaça à eficiência no serviço público e como transgressão ao princípio da moralidade e, ainda, comumente, também ao princípio da impessoalidade, posto que objetiva, muitas vezes, o atendimento de interesse pessoal.

Desse modo, a partir da análise das decisões do TCEMG e do TJMG, buscamos sintetizar algumas orientações sobre a cessão de servidores públicos, as quais, uma vez cumpridas, resguardarão a validade do ato administrativo praticado.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. rev. ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1.369 p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 938 p.
- OLIVEIRA, Antônio Flávio de. *Servidor público: remoção, cessão, enquadramento e redistribuição*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 333 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. atual. até a EC 51, de 14/02/2006 por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. 826 p.

Abstract: This study aims to examine the assignment of civil servant, contemplating their general characteristics and decisions handed down by the Court of the State of Minas Gerais and the Court of Justice of the State of Minas Gerais. The decisions selected for this study address generic aspects of the assignment, so that the arguments drawn from them are of common application to all members of the Federation and help public managers to use the institute with appropriate manners, protecting the validity of the administrative act performed. We conclude in this study that, in spite of constituting an important mechanism for cooperation among federal entities, in order to increase the efficiency of public service delivery, the assignment must be used in special cases and obey a series of requirements, if otherwise, it may result in the violation of constitutional principles, especially of morality, and the impersonality of the public service.

Keywords: Assignment. Cooperation. Efficiency in public service delivery. Obedience to constitutional principles.