

Procuradoria
Geral do
Estado



ESTADO DE GOIÁS

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

GABINETE

PROCESSO: 201900010048537

INTERESSADO: HOSPITAL DE DOENCAS TROPICAIS

ASSUNTO: CONSULTA

DESPACHO Nº 408/2020 - GAB

Ementa: consulta. Secretaria de estado da saúde. Contratação de servidor cedido por interposta pessoa jurídica. Vedação quando destinada exclusivamente ao pagamento do adicional de que trata o art. 14-b, § 3º, da lei estadual n. 15.503/2005. Aperfeiçoamento da orientação veiculada no despacho n. 1933/2019 gab. Transgressão disciplinar. Art. 303, vi e vii, da lei estadual n. 10.460/88. Elementos dos tipos. Iminente vigência da lei estadual n. 20.756/2020. Inovações na configuração disciplinar. Princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Aplicação no direito disciplinar. *Vacatio legis* não impeditiva da retroação da *lex mitior*. Necessidade de observância da lei estadual n. 18.846/2015 (conflito de interesses) e do art. 4º, parágrafo único, da lei estadual n. 15.503/2005.

1. Versam os autos sobre consulta formulada pela **Diretoria Geral do Hospital Estadual de Doenças Tropicais Dr. Anuar Auad - HDT**, acerca da possibilidade legal de servidores estatutários celebrarem

novo vínculo de contratação, mediante pessoa jurídica, para a prestação de serviços a serem executados naquela Unidade (000010641285).

2. O questionamento foi enfrentado pela Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Saúde, através do **Parecer PROCSET n. 16/2020** (000010966887), que tratou, em síntese, de dois pontos.

2.1. Em primeiro lugar, assentou que *"não se mostra factível a contratação do servidor cedido, por interposta pessoa jurídica, tendo por objeto unicamente o pagamento pelo exercício de função temporária de direção, chefia ou assessoramento ou associada ao desempenho de produtividade"*.

2.2. Em segundo lugar, sustentou a superação do entendimento veiculado no **Despacho n. 1933/2019 GAB** (000010604522, processo n. 201900010038784), a fim de que venha a ser admitida a contratação pelas Organizações Sociais de pessoa jurídica, da qual o servidor público seja sócio, para prestação de serviços diretamente relacionados à execução do Contrato de Gestão. É o relatório.

3. **Adoto e aprovo** a peça opinativa no que diz respeito a assertiva de que é inadmissível a contratação de servidor cedido, por interposta pessoa jurídica, apenas e tão somente para viabilizar o pagamento de exercício de função temporária de direção, chefia ou assessoramento ou associada ao desempenho de produtividade. Tal conclusão segue a lógica anteriormente firmada no **Despacho n. 478/2018 SEI GAB** (3415804, processo n. 201700010004468) de que *"a cessão disposta no art. 14-B e §§ da Lei nº 15.503/2005 não desnatura o vínculo estatutário dos servidores públicos firmados com a Administração Pública"*.

4. No mais, tem-se que o presente feito consiste, essencialmente e em síntese, em pedido de reconsideração quanto ao teor do **Despacho n. 1933/2019 GAB**, o que torna pertinente a vinculação desde feito ao processo n. 201900010038784, a qual resta desde já determinada.

5. Em suma, o **Despacho n. 1933/2019 GAB** posicionou-se contrariamente à contratação de servidores públicos por pessoas jurídicas, invocando como razões a tanto a vedação quanto à prática deliberada da *pejotização* (na acepção pejorativa do termo), além de possível configuração de transgressões funcionais disciplinares (art. 303, VI e VII, da Lei Estadual n. 10.460/88^[1]).

6. Em contraponto, a peça opinativa invocou a interpretação da Controladoria-Geral da União materializada no Enunciado n. 09/2015 - e considerandos que motivaram esse ato -, segundo a qual *"para restar configurada a infração disciplinar capitulada no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112/90 (o qual proíbe o servidor público de "participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário), é preciso que o servidor, necessariamente, tenha atuado de fato e de forma reiterada como gerente ou administrador de sociedade privada"*.

7. Defendeu, ademais, que "*o entendimento registrado no Despacho GAB 1933/2019 (000010604522 - autos nº. 201900010038784), especialmente no que diz respeito à proibição genérica de que o servidor estatutário cedido execute serviços através de pessoa jurídica da qual seja sócio ou administrador, carece de complementação e, eventualmente, de retificação/superação, uma vez que não é vedada toda e qualquer participação societária, assim como não parece razoável que toda e qualquer pessoa jurídica, ainda quando destituída de qualquer caráter comercial, uma vez administrada ou integrada por servidor público, seja alvo do alegado impedimento*".

8. Reavaliando a questão e sopesando as razões apresentadas na peça opinativa, justificável é o aperfeiçoamento de parte da conclusão esposada no recente **Despacho n. 1933/2019 GAB** (000010604522, processo n. 201900010038784).

9. Esta Procuradoria-Geral, como bem registrou a Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Saúde, já se posicionou pela viabilidade de servidor público cedido a Organização Social (OS) vir a também celebrar com esta contrato de trabalho, desde que atendidas determinadas condições, como compatibilidade de horários e o servidor não laborar em regime de dedicação exclusiva no outro liame funcional. O segundo vínculo celetista pode, inclusive, se dar por intermédio de pessoa jurídica contratada pela OS, como exposto nos itens 5.5.3, 5.5.5 e 5.5.6 do **Parecer PROCSET nº 16/2020**, com conteúdo acertado, e que **adoto**.

10. No entanto, e tal qual esclarecido no item 5.5.7 da peça opinativa, em nenhuma hipótese a pessoa jurídica deve ser utilizada para mascarar relação de emprego (*pejotização*, na acepção negativa do termo).

11. Excluída a situação acima - a de camuflagem de relação empregatícia (art. 9º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho) -, afluem as proibições constantes dos incisos VI e VII do art. 303 da Lei Estadual n. 10.460/88, vedações estas que representam o ponto nodal deste assessoramento jurídico, conforme provocação da Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Saúde.

12. Sobre o aludido tópico disciplinar, as considerações da Procuradoria Setorial residem nos elementos dos tipos infracionais correspondentes. Assim, discorreu sobre o alcance da participação societária pelo servidor público, as espécies de pessoas jurídicas que levam à configuração das infrações disciplinares, os atos privados do servidor que determinam a censura pelo regime estatutário e as condições probatórias dos tipos.

13. Muitos dos temas assinalados no item anterior foram apreciados pela Procuradoria Administrativa, através do **Parecer PA nº 1674/2019** (000010304194, processo n. 201900003009230), em orientação bastante rica e esclarecedora acerca da transgressão do art. 303, VII, da Lei Estadual nº 10.460/88. Pela clareza e proficiência da argumentação explicitada em tal precedente, transcrevo-a, abaixo, quase na íntegra, dada a relevância e utilidade ao deslinde desses autos. Seguem os trechos:

"1. Trata-se de consulta formulada pela Gerência de Gestão Institucional da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás acerca do alcance da infração funcional prevista no art. 303, inciso VII, da Lei estadual nº 10.460/88, que impõe a pena de suspensão de até 90 (noventa) dias ao servidor público estadual, que exerça atividade de comércio ou que participe de sociedade comercial, exceto como acionista, cotista ou comanditário

2. A dúvida advém da situação específica da servidora Sra. Denise Tamaê Borges Sato, ocupante de cargo efetivo de Gestor Público, que, em caráter preventivo, questiona a conformidade legal entre o regime estatutário e o exercício de atividade privada, mediante constituição de pessoa jurídica, para atendimento neuropsicopedagógico.

É o breve relato. Segue o parecer.

3. A Constituição Federal, assim dispõe acerca da cumulação do exercício em cargo público:

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

(...)

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

4. A partir de interpretação *contrario sensu*, vislumbra-se que não há vedação constitucional para que o servidor público, além do cargo público, também exerça atividade privada. Contudo, **o princípio da livre iniciativa será mitigado vis-à-vis a observância dos princípios que regem a Administração Pública, especialmente, os princípios da eficiência e da moralidade.**

5. Nesta linha, a vedação inserida no art. 303, inciso VII, da Lei estadual nº 10.460/88, deve ser interpretada à luz da tensão estabelecida entre as normas constitucionais referidas, de forma que a vedação funcional não obste totalmente o exercício da livre iniciativa, bem como atenda ao seu sentido teleológico, em garantir que as atividades privadas do servidor não afetem o bom desempenho da função pública, além de evitar que se aufera eventual privilégio do exercício do múnus público em benefício individual do negócio empresarial.

6. A vedação ao exercício de atividade empresarial pelo servidor público estadual é disciplinada pela Lei estadual nº 10.460/88, nos seguintes termos:

Art. 303 - Constitui transgressão disciplinar e ao funcionário é proibido:

(...)

VII - exercer comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como acionista,

cotista ou comanditário;

7. Verifica-se, pois, a previsão de dois núcleos do tipo disciplinar, a saber (i) o exercício de comércio e (ii) a participação de sociedade comercial, sendo que, neste último caso, será excepcionado na hipótese em que o servidor figure o papel de acionista, cotista ou comanditário da sociedade. **Portanto, a partir de interpretação *contrario sensu*, é correto afirmar que é permitido o exercício de atividades não comerciais, sendo permitida a situação em sociedades empresárias nas situações enumeradas na lei.**

8. Contudo, o alcance atual do dispositivo demanda uma interpretação histórico-evolutiva do conceito de comércio que melhor atenda à unicidade e à sistematização do ordenamento jurídico¹, tendo em vista que o direito brasileiro não mais contempla a Teoria dos atos do comércio. Esta teoria francesa era adotada pelo Código Comercial Brasileiro², de modo que a lei prestabelecia a qualificação “*comercial*” de um determinado ato jurídico, ou seja, a verificação do exercício de comércio dependeria de mera subsunção da atividade exercida com os atos de comércio enumerados em lei.

9. Com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002 (Lei 10.406/2002, art. 966)³, consolidou-se a substituição da Teoria dos atos do comércio pela Teoria da empresa, sendo que, a partir da adoção desta teoria italiana⁴, a qualificação “*empresarial*” de determinado ato jurídico passou a depender da verificação fática do exercício de atividade econômica de maneira profissionalizada e organizada⁵, ou seja, a mera execução de determinada atividade não é apta, por si só, a configurar empresa. Para tanto, depender-se-á de valoração funcional, ou seja, modo pelo qual esta atividade é exercida.

10. O conceito mais abrangente de empresário e/ou empresa é excepcionado pela própria letra da lei para os profissionais liberais que exercem atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, cuja essência da atividade acarreta na presunção de que sua prestação ocorre de maneira pessoal (e não organizada), mesmo que haja o auxílio de colaboradores (art. 966, parágrafo único, CC). Entretanto, constituirá empresa o exercício de atividade intelectual que venha a reboque de outro atividade ou serviço que tenha elemento de empresa, ou seja, o trabalho intelectual poderá configurar empresa “*quando representasse um mero componente, às vezes até o mais importante, do produto ou serviço fornecido pela empresa, mas não esse produto ou serviço em si mesmo*” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 18). Para melhor compreensão trago a colação situação concreta exemplificativa da hipótese ⁶, entendimento doutrinário também acolhido pela jurisprudência⁷:

A casa de saúde ou o hospital seriam uma sociedade empresária porque, não obstante o labor científico dos médicos seja extremamente relevante, é esse labor apenas um componente do objeto social, tanto que um hospital compreende hotelaria, farmácia, equipamentos de alta tecnologia, além de salas de cirurgia dotadas de todo um aparato de meios materiais.

Uma clínica médica, composta por vários profissionais sócios e contratados, ainda que dotada de uma estrutura organizacional, mas cujo produto fosse o próprio serviço médico, que se exerceria por meio de consultas, diagnósticos e exames, e que, portanto, teria no exercício de profissão de natureza intelectual a base de sua atividade, seria evidentemente uma sociedade simples.

No primeiro caso (o hospital), o trabalho intelectual é um elemento de empresa (um componente); no segundo caso (a clínica médica), o trabalho intelectual é o próprio serviço oferecido pela sociedade.

11. Outro exemplo bastante comum seria a situação de veterinários que ofereçam os serviços de medicina veterinária (atividade intelectual e científica) mas que também vendam medicamentos e /ou outros produtos e serviços diversos voltados para a clientela atendida, como hospedagem de cães, banho e tosa, etc. Nesta linha, cabe observar que a atividade de neuropsicopedagogo é atividade intelectual de natureza científica, tendo em vista a exigência de curso de especialização lato sensu, bem como a própria natureza das atividades desempenhadas, o que se extrai dos seguintes dispositivos do Código de Ética da Neuropsicopedagogia (Res. SBNPp N° 03/2014):

(...)

12. Dessa forma, constata-se que, em princípio, **a atuação profissional da interessada como neuropsicopedagoga não importa transgressão disciplinar prevista no art. 303, VII, da Lei estadual nº 10.460/88, qual seja, o exercício de comércio/atividade empresarial, tendo em vista tratar-se de atividade intelectual de natureza científica (art. 966, parágrafo único do Código Civil) e nesta toada eventual sociedade constituída seria simples (não comercial)**⁸. Entretanto, ressalta-se que haveria incidência da norma estatutária, caso esta atividade caracterize elemento de empresa, ou seja, desenvolva-se a par de outras atividades empresariais típicas, nos termos já alinhavados. Vejam que a servidora informa que prestará/presta os serviços como pessoa jurídica (sem no entanto especificar por meio de qual modalidade.

13. Ante ao exposto, concluo que (a): *a*) o exercício da atividade profissional de neuropsicopedagogia pela servidora não importará na transgressão disciplinar prevista no art. 303, VII, da Lei estadual nº 10.460/88, tendo em vista que, **tratando-se de atividade intelectual de natureza científica, não configurar-se-ia exercício de “atividade comercial/empresarial”, de modo que eventual sociedade constituída seria simples (não comercial); b) só incidirá a infração do art. 303, VII, da Lei estadual nº 10.460/88, caso o exercício da atividade se dê como “elemento de empresa”, situação que impõe a obrigatoriedade da inscrição do empresário individual ou sociedade empresária no Registro Público de Empresas Mercantis. Neste caso, a servidora não poderá figurar como empresária individual e só poderá participar de sociedade empresarial na figura de acionista, cotista ou comanditária, conforme o segundo núcleo do tipo disciplinar previsto no art. 303, inciso VII da Lei nº 10.460/88; c) por último, necessário advertir que a atuação profissional fora da Administração pública deverá ser compatível com a jornada semanal e diária exigida pelo cargo público ocupado.** (g. n.)

14. A orientação acima reproduzida, **acolhida** pela Chefia da Procuradoria Administrativa, através do **Despacho nº 1584/2019 PA** (000010502084), torna inteligível que: *i*) a atuação privada de servidor público, em paralelo ao seu desempenho na relação pública da qual titular, tem respaldo na legislação administrativa disciplinar quando não se tratar de atividade com caráter comercial; *ii*) se presente a feição comercial/empresarial na atuação, a participação do servidor só é admitida pela Lei estatutária como acionista, cotista ou comanditário (sem possibilidade de exercício da atividade-fim); *iii*) atividades meramente intelectuais, representadas pelo domínio científico, não têm, em regra, cunho comercial/empresarial (são, então, sociedades simples) e escapam do conceito da infração disciplinar; *iv*) nessa última condição, a legislação estatutária não impede que o servidor constitua sociedade e figure como o sócio principal, e seja atuante na atividade-fim; e, *v*) a certeza anterior é infirmada se a atividade científica constituir-se como componente de empresa.

15. As considerações da Procuradoria Setorial da Secretaria da Saúde harmonizam-se com as diretrizes acima sintetizadas, as quais devem servir como complemento àquelas.

16. Devo, ainda, integrar a orientação com mais algumas informações jurídicas e, com isso, também traçar um resumo do tema relativo às infrações funcionais. **Uma**, as vedações disciplinares não alcançam associação, fundação, organizações religiosas, partidos políticos, mas apenas as pessoas jurídicas sob a forma de sociedade (salvo a simples) e a atuação empresária (seja como empresário individual, seja como empresa individual de responsabilidade limitada). **Duas**, a proibição à participação do servidor em empresa ou sociedade empresária ocorre quando na condição de gerente ou de administrador, mas não como mero acionista, cotista ou comanditário, circunstâncias em que não há atuação na atividade mercantil. **Três**, em hipótese de sociedade em conta de participação, o servidor só pode ser o sócio participante, e não o ostensivo. **Quatro**, no que se refere à comprovação dos tipos disciplinares, os fatos, como mencionado pela Procuradoria Setorial, é que devem ser determinantes para o enquadramento disciplinar e fundamentar condenação correspondente; mas é o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) o instrumento a tanto e, antes de sua instauração e desenvolvimento, serão os elementos materiais de direito que se presumem, e os quais devem guiar o agir da Administração Pública; somo, portanto, essas razões às dos itens 5.6.3, 5.6.5 e 6 do **Parecer PROCSET nº 16/2020**.

17. Mas é importante consignar a iminente vigência da Lei Estadual nº 20.756/2020, tão logo expirado o seu período de *vacatio legis*. Esse novo diploma implicará significativas alterações no *Estatuto dos Servidores Civis do Estado de Goiás* relativas ao regime disciplinar. Quanto à prática empresarial, o art. 202, XXXI e XXXII, da Lei Estadual nº 20.756/2020[2] tipifica as infrações relacionadas, inovando especificamente quanto à atuação empresária, que, doravante, passa a ser condenável somente quando ocorrer “*durante a jornada de trabalho*”. Esse novo desenho claramente amplia as hipóteses, extraídas da Lei Estadual nº 10.460/88, de admissibilidade de exercício empresarial por servidor público. E com tal alteração, parte da inteligência desta orientação deixa de prevalecer. Desse modo, alguns comportamentos sugestivos de atuação empresarial por servidor público poderão se valer do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, consoante art. 5º, XL, da Constituição Federal e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, com axiomática aplicação subsidiária ao direito punitivo administrativo-disciplinar[3]. Realço, como já elucidado pela doutrina, que “*a lei em período de vacatio não deixa de ser lei posterior, devendo ser aplicada desde logo, se for mais favorável ao réu*”[4].

18. Mas ainda há outros ângulos jurídicos a serem ponderados.

19. Como judiciosamente apontado no **Despacho nº 1584/2019 PA**, da Chefia da Procuradoria Administrativa, na única razão adicional ao **Parecer PA nº 1674/2019**, fundamental é, mesmo nas comentadas circunstâncias de permissibilidade, pela Lei estatutária, de desempenho privado pelo servidor, manter-se observância às determinações da Lei Estadual nº 18.846/2015, de maneira a afastar qualquer *conflito de interesses*.

20. Também destaco o art. 4º, parágrafo único[5], da Lei Estadual nº 15.503/2005, na redação dada pela Lei Estadual nº 20.487/2019, que demonstra impedimento ao servidor, cujas funções públicas envolvam poder decisório, de entabular com Organizações Sociais relação comercial, ou até profissional, mediante pessoa jurídica de que o agente público seja dirigente, diretor, sócio, gerente ou assemelhado.

21. Com os **acréscimos** expostos, **aprovo o Parecer PROCSET n. 16/2020** (000010966887), da Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Saúde, e reviso o **Despacho nº 1933/2019 GAB**, para que as diretrizes ali expostas complementem-se com as desta orientação.

22. Orientada a matéria, devolvam-se os autos à **Secretaria de Estado da Saúde, via Procuradoria Setorial**, para os devidos fins. Antes, porém, dê-se ciência do teor desta orientação (instruída com cópia do **Parecer PROCSET n. 16/2020** e do presente Despacho) à **Controladoria-Geral do Estado**, aos Procuradores do Estado lotados nas **Procuradorias Administrativa e Trabalhista**, nas **Procuradorias Setoriais da administração direta e indireta** e no **CEJUR**, este último para o fim declinado no art. 6º, § 2º, da Portaria n. 127/2018 GAB, bem como ao **DDL/PGE**, para que anote junto ao **Despacho n. 1933/2019 GAB** que tal orientação se fez complementar pelo presente Despacho.

Juliana Pereira Diniz Prudente

Procuradora-Geral do Estado

[1] *“Art. 303 - Constitui transgressão disciplinar e ao funcionário é proibido:*

(...)

VI - participar da gerência ou da administração de empresa industrial ou comercial, exceto as de caráter cultural ou educacional;

VII - exercer comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como acionista, cotista ou comanditário;”

[2] *“Art. 202. Constitui transgressão disciplinar e ao servidor é proibido:*

(...)

XXXI - participar, de fato ou de direito, de gerência ou administração de sociedade empresária ou empresa individual de responsabilidade limitada, personificada ou não:

penalidade: suspensão de 31 (trinta e um) a 60 (sessenta) dias;

XXXII - atuar como empresário durante a jornada de trabalho, mediante o exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, na caracterização determinada na legislação civil, e observadas as exceções ali postas:

penalidade: suspensão de 31 (trinta e um) a 60 (sessenta) dias.”

[3] “Art. 227. Aplicam-se ao processo administrativo disciplinar os princípios gerais de direito e, subsidiária e supletivamente, as normas de direito penal, direito processual penal e direito processual civil.” (Lei Estadual nº 20.756/2020)

[4] DOTTI, Rene Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 3. Ed. São Paulo: RT, 2010. p. 344/345.

[5] “Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

(...)

Parágrafo único. O regulamento próprio de que trata o inciso VIII deste artigo deverá, ainda, vedar a organização social de manter relacionamento comercial ou profissional com entidades privadas cujos dirigentes, diretores, sócios, gerentes colaboradores e/ou equivalentes sejam agentes públicos de poder, órgão ou entidade da administração pública estadual, bem assim com cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo, adotivo ou afim, em linha reta ou colateral, até o 3º grau, de dirigentes e/ou equivalentes da organização social os quais detenham poder decisório.

- Acrescido pela Lei nº 20.487, de 31-05-2019.”

GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO



Documento assinado eletronicamente por **JULIANA PEREIRA DINIZ PRUDENTE**, **Procurador (a) Geral do Estado**, em 18/05/2020, às 14:00, conforme art. 2º, § 2º, III, "b", da Lei 17.039/2010 e art. 3ºB, I, do Decreto nº 8.808/2016.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.go.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=1 informando o código verificador **000012240126** e o código CRC **5800B485**.

NÚCLEO DE NEGÓCIOS PÚBLICOS
RUA 2 293 Qd.D-02 Lt.20 - Bairro SETOR OESTE - CEP 74110-130 - GOIANIA - GO - ESQ.
COM A AVENIDA REPÚBLICA DO LÍBANO, ED. REPUBLICA TOWER



Referência:
Processo nº 201900010048537

SEI 000012240126