



Pelotas, 28 de novembro de 2013.

ASSESSORIA TÉCNICA 06.2013 – AUDITORIA INTERNA

Assunto: Terceirização Ilícita

Relatório

Primeiramente, cabe salientar que foram publicados o Acórdão nº 1520/2006 – Plenário/TCU; Acórdão 2.681/2011 – Plenário/TCU e Acórdão 3.463/2012 – Plenário/TCU, com o compromisso firmado entre o Tribunal de Contas da União e o Ministério do Planejamento de substituição gradual de terceirizados irregulares por servidores efetivos.

Assim, trata-se o presente caso da análise da continuidade do contrato de trabalho dos trabalhadores terceirizados contratados pela FAU (Fundação de Apoio Universitário), de acordo com os posicionamentos da Controladoria Geral da União (CGU), do Tribunal de Contas da União (TCU), **da Advocacia Geral da União (AGU)** além das demais leis vigentes.

Segue a análise.

Fundamento

Após a Constituição Federal de 1988, é requisito essencial para a investidura em cargo ou emprego público a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Desse modo, sob pena de ofensa ao dispositivo 37, inciso II e §2º da Constituição Federal Brasileira, o qual dispõe a aprovação em concurso público como regra para se estabelecer uma relação jurídica entre o indivíduo e a Administração Pública, a terceirização regular alcança somente serviços e não mão de obra.

Nesse sentido cabe citar o voto proferido pelo emérito Ministro Marcos Vilaça no Acórdão 2.085/2005 – Plenário sobre a terceirização:

“A terceirização de serviços na Administração Pública vem merecendo a atenção desta Corte de Contas já há algum tempo. **A preocupação maior é a possibilidade de violação à exigência constitucional de concurso público para a contratação de servidores.** Assim é que o Decreto nº 2.271/97, aplicável à administração direta, autárquica e fundacional, vedava a execução indireta das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, ressalvada expressa disposição legal em contrário (art. 1º, § 2º). Com relação às empresas estatais e sociedades de economia mista, tem prevalecido nesta Corte entendimento coincidente com o expresso naquele Decreto, no sentido de que a **terceirização é legítima, desde que não implique a execução de atividades inerentes aos quadros próprios dessas entidades**”.

Ademais, salienta-se que a terceirização ilícita no caso da Administração Pública acontece quando esta terceiriza a sua atividade fim descumprindo a lei e, assim, não sendo possível o reconhecimento do vínculo com a Administração por causa da regra constitucional do concurso público (art. 37, II, § 2º, da Constituição Federal) já mencionada.

Nesse contexto merece destaque à Orientação jurisprudencial 383:

“OJ 383: Terceirização. A contratação irregular do trabalhador mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador de serviços, desde que presente a igualdade de funções”.

Cabe ainda ressaltar que o Decreto nº 2.271/97 o qual dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional impede, em regra, a execução indireta das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade.

Para melhor entendimento da questão, convém transcrever o art. 1º do Decreto 2.271/1997, a saber:

“Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.”

Com efeito, verifica-se que há exceções ao caso apresentado no qual se enquadra o caso dos terceirizados irregulares da FAU do Hospital Escola, uma vez que é trabalho essencial e contínuo precisando de trabalhadores, sem os quais o hospital não funciona.

Conforme determina o art. 18 da LRF, em sendo comprovada a substituição de servidores por terceirizados, o *quantum* despendido com a contratação será inserido nos limites de despesa com pessoal:

“Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.

§ 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.”

Na mesma toada se transcreve trechos da Lei de Diretrizes Orçamentárias da União, Lei nº 12.017, de 12 de agosto de 2009:

“Art. 76. Para fins de apuração da despesa com pessoal, prevista no art. 18 da Lei Complementar no 101, de 2000, deverão ser incluídas as despesas relativas à contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da Lei no 8.745, de 1993, bem como as despesas com serviços de terceiros quando caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos, observado o disposto no parágrafo único do art. 87 desta Lei.”

A terceirização vinha sendo utilizada como forma de burlar duas normas da Constituição Federal: uma, a referente à exigência de concurso público para investidura de todas as categorias de servidores, já que se começou a utilizar a terceirização como forma de contratar pessoal sem submetê-los a concurso público; outra que impõe limites à despesa com pessoal, já que, com a Emenda Constitucional nº 19, foram previstas sanções para o descumprimento desse limite.

Assim, no que toca ao limite de despesa com pessoal, o legislador pretendeu, ao editar o art. 18 da Lei Complementar nº 101/2000, coibir a terceirização ilícita, isto é, aquela realizada para burlar a regra de concurso público e para evitar os limites constitucionais e infraconstitucionais de gastos com pessoal. Desse modo, caso a Administração venha a consumar a contratação, a dívida gerada a partir daí será contabilizada como “Outras Despesas de Pessoal”.

O Acórdão nº 1520/2006 – Plenário/TCU dispõe respeito da decisão do prazo final para a substituição de terceirizados irregulares:

“Destarte, a unidade técnica consolidou a proposta abaixo transcrita, que, tendo sido, preliminarmente, levada ao conhecimento do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, contou com seu assentimento:

- a) considerar parcialmente cumprido o cronograma de substituição de postos de trabalho irregularmente terceirizados na Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional consignado no Acórdão TCU 1520/2006 - Plenário;
- b) prorrogar até 31/12/2012 o prazo para que órgãos e entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional apresentem ao Tribunal o resultado final do processo de substituição de terceirizados irregulares, alertando-os que o cumprimento da obrigação objeto do Acórdão 1520/2006 - Plenário será acompanhado pelo Tribunal mediante a realização de fiscalizações periódicas, podendo resultar, inclusive, em responsabilização do agente público quando caracterizada omissão ou conduta a ele imputável”.

Segundo se depreende do acórdão descrito acima os contratos dos terceirizados irregulares devem ser extintos o mais rápido possível, tendo em vista que o prazo para cumprirem a determinação terminou em 31/12/2012 perfazendo quase um ano de descumprimento da decisão.

Tendo em vista a irregularidade apontada no acórdão em relação aos contratos com os trabalhadores terceirizados da FAU passa-se aos posicionamentos dos órgãos federais a seguir.

Nesse sentido, importante citar os esclarecimentos contidos no site do Tribunal de Contas da União (TCU) (http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/duvidas_frequentes) com relação as consequências advindas do descumprimento da decisão e suas penalidades:

Quais as consequências pelo descumprimento de decisão do TCU?

Quando há descumprimento de decisão ou de diligência sem causa justificada, o TCU pode aplicar multa aos responsáveis. (Art.268, RI)

Quais são as penalidades que o TCU pode aplicar?

Além da multa, o TCU pode decretar, no curso de qualquer apuração de irregularidade, a indisponibilidade dos bens do responsável por prazo não superior a um ano. Se considerar a infração grave, o TCU pode inabilitar o responsável para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública federal por um período que variará de cinco a oito anos e, em caso de fraude, pode declarar a inidoneidade de responsável para participar de licitação.

O Tribunal pode determinar à Advocacia-Geral da União (AGU), ou ao dirigente de entidade jurisdicionada, a adoção de providências para arresto dos bens de responsáveis julgados em débito.

Cabe destacar que as penalidades aplicadas pelo TCU não excluem a aplicação de sanções penais e de sanções administrativas pelas autoridades competentes. A legislação eleitoral, por exemplo, prevê a inelegibilidade, por um período de oito anos, dos responsáveis por contas irregulares. (Art.266 a 272, RI)

Qual o valor da multa que o TCU aplica?

A multa pode ser aplicada de forma proporcional, a partir de um valor total possível. Em 2012, esse valor é de até R\$ 41.528,52. A atualização é feita periodicamente, mediante portaria da presidência do Tribunal, com base na variação acumulada no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União.

Quando o responsável for julgado em débito, o Tribunal poderá ainda aplicar multa de até 100% do valor atualizado do dano causado aos cofres públicos. (Art.267, 268 e 269, RI)

Nesse contexto, também merece destaque as seguintes recomendações da Controladoria Geral da União (CGU) sobre terceirização ilícita e convênios com Fundação de Apoio Universitário:

Inexistência de regulamentação quanto à participação de servidores em atividades esporádicas em projetos com fundações de apoio. OS: 224848 – Nº Constatação: 022

Impropriedades em processo de prestação de contas de convênio firmado com a Fundação Simon Bolívar. OS: 243926 – N º Constatação: 019

Inexistência de regulamentação quanto à participação de servidores em atividades esporádicas em projetos com fundações de apoio. OS: 243926 – Nº Constatação: 026

Impropriedades na formalização de convênios com Fundação de Apoio. OS: 201108954 – Nº Constatação: 028

Morosidade na apreciação das prestações de contas de convênios firmados com fundação de apoio. OS: 243926 – Nº Constatação: 017

Manutenção de contratação indevida de Fundação de Apoio para a realização de objeto de caráter genérico, continuado e permanente. OS: 243926 – Nº Constatação: 023.

Repasso de recursos para Fundação de Apoio Universitário (FAU) para a prestação de serviços contínuos com vistas ao atendimento de necessidades permanentes da Instituição. OS: 243926 – Nº Constatação: 027

Manutenção de contratação indevida de Fundação de Apoio para a realização de objeto de caráter genérico, continuado e permanente. OS: 224848 – N º Constatação: 035

Contratação indireta de pessoal, por intermédio de Fundação de Apoio, para a realização de atividades de manutenção da Universidade. OS: 224848 – Nº Constatação: 036

Pendências de apresentação de Processos de Prestação de contas por parte de Fundações de Apoio à UFPel. OS: 243926 – Nº Constatação: 015

Apropriação indevida de receita de convênios executados pela Fundação de Apoio Simon Bolivar. OS: 201200813 – Nº Constatação: 004

Tendo em vista que há regras e exceções no Decreto nº 2.271/97 com relação à terceirização na Administração Pública Federal passa-se a expor algumas soluções viáveis com relação ao caso dos contratados pela FAU.

Outrossim, os trabalhadores terceirizados da FAU que trabalham no Hospital Escola deveriam migrar para a EBSERH (Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares). O EBSERH integra um conjunto de medidas adotadas pelo Governo Federal a fim de viabilizar a reestruturação dos hospitais universitários federais. O Decreto 7.082/2010 instituiu o Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (Rehuf) sendo empreendidas ações no sentido de garantir a reestruturação física e tecnológica e de solucionar a necessidade de recomposição do quadro de profissionais dos hospitais.

Destarte, tendo em vista que o serviço realizado nos hospitais é considerado essencial, a solução mais sensata não seria a extinção de seus contratos de trabalho, mas seria que os terceirizados que trabalham no Hospital Escola migrassem para o EBSERH, o qual contrata pela forma da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) e paga de acordo com a hora trabalhada.

No caso, a continuidade do serviço público não tem caráter absoluto, mas constitui regra geral, assim como o Princípio do Concurso Público que possui dignidade constitucional, ambos devendo ser respeitados. O conflito entre os Princípios do Concurso Público e da Continuidade do Serviço Público foi objeto do Acórdão TCU Plenário nº 1520/2006, processo nº 020.784/2005-7.

Por outro lado, os trabalhadores terceirizados que trabalham na Administração devem ter seus contratos extintos gradualmente conforme o número de concursados (auxiliares administrativos e técnicos administrativos) nomeados que vierem a assumir os cargos. Além do mais, os cargos ocupados pelos trabalhadores terceirizados que forem vagando deverão ficar vagos até que um servidor concursado assuma a vaga, ou seja, na proporção de cada vaga advinda para a universidade deverá sair terceirizados irregulares.

Assim sendo, com a análise de conteúdo do conjunto de leis expostas acima se verifica que é irregular a utilização de fundações de apoio para a contratação de pessoal destinado ao desenvolvimento de atividades de caráter permanente das Universidades, bem como aquelas inerentes ao plano de cargos e salários da instituição, as quais devem ser executadas por servidores recrutados mediante concurso público.

Por fim, nota-se que os contratos com a FAU (Fundação de Apoio Universitário) são considerados irregulares e precisam ser extintos o quanto antes, tendo em vista a terceirização ilícita.

Conclusão

Dessa forma, a Auditoria Interna entende que há óbice jurídico-legal para continuar em vigência ou prorrogar os contratos dos trabalhadores terceirizados da FAU (Fundação de Apoio Universitário) entendendo que as substituições terão que ocorrer gradualmente e o mais depressa possível com relação aos indivíduos que trabalham na Administração.



Todavia, no caso de terceirizados da FAU pelo Hospital Escola a melhor solução encontrada foi migrar os terceirizados irregulares para o EBSERH. Assim, a adaptação fica a cargo da gestão administrativa.

Encaminhe-se a Assessoria Técnica nº 06.2013 – Auditoria Interna ao Magnífico Reitor da Universidade Federal de Pelotas (UFPel).

Elias Medeiros Vieira
Auditor Interno
Chefe da Unidade de Auditoria da UFPEL