



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 05094/12

Origem: Fundação Estadual de Desenvolvimento da Criança e do Adolescente “Alice De Almeida” - FUNDAC

Natureza: Inspeção Especial – Gestão de pessoal

Responsável: Cassandra Eliane Figueiredo Dias

Relator: Conselheiro André Carlo Torres Pontes

INSPEÇÃO ESPECIAL. Governo do Estado. Administração indireta. Fundação Estadual de Desenvolvimento da Criança e do Adolescente “Alice De Almeida” - FUNDAC. Gestão de pessoal. Terceirização ilícita de serviços inerentes à administração pública. Descaracterização da excepcionalidade. Irregularidade da contratação. Aplicação de multa Assinação de prazo para restabelecimento da legalidade. Envio do presente decisão para instrução do Processo TC 02535/12.

ACÓRDÃO AC2 – TC 02196/12

RELATÓRIO

Tratam, os presentes autos, do exame da legalidade da gestão de pessoal da Fundação Estadual de Desenvolvimento da Criança e do Adolescente “Alice de Almeida” - FUNDAC, especificamente no que concerne à terceirização de serviços, sob a responsabilidade da Senhora CASSANDRA ELIANE FIGUEIREDO DIAS.

A Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região enviou comunicações acerca de decisões proferidas pelo Juízo da 2ª Vara do Trabalho da 13ª Região, em ações propostas contra a FUNDAC, nas quais se entendeu pela **prática de terceirização ilícita** (fls. 04/32).

A Auditoria, em relatório de fls. 57/59, concluiu nos seguintes termos:

Ante o exposto neste relatório, esta Auditoria conclui pela necessidade de citação da gestora Cassandra Eliane Figueiredo Dias e concessão de prazo adequado para envio a esta Corte de Contas de relação única (sem divisão por locações) em que constem: nomes de todos os empregados terceirizados; empresa contratada; função e atribuições para as quais foi contratado o empregado e, se for o caso, quais são exercidos efetivamente; data em que se deu o início da prestação de serviços (data da assinatura do contrato de prestação de serviços, no que concerne



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 05094/12

ao contrato firmado entre o prestador de serviços e a empresa terceirizada pelo Poder Público); cópias dos contratos de serviços firmados entre a empresa contratada e a FUNDAC.

Citada para apresentação dos documentos reclamados pela d. Auditoria, a gestora interessada apresentou esclarecimentos e documentos de fls. 65/127, tendo o Órgão de Instrução, após análise, concluído pela ilegalidade da terceirização sob análise.

Instado a se pronunciar, o Ministério Público de Contas em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral Marcílio Toscano Franca Filho, pugnou pela ilegalidade do contrato de terceirização, com aplicação de multa, fixação de prazo para adoção de medidas necessárias ao restabelecimento da legalidade, com a realização de concurso público para provimento dos cargos de segurança (ou agente social), sob pena de multa, e recomendação à Fundação de Desenvolvimento da Criança e do Adolescente, no sentido de evitar a terceirização de serviços atinentes à atividade-fim da organização.

VOTO DO RELATOR

Na Constituição Federal encontra-se a moldura jurídica básica do controle da gestão pública brasileira. Merece destaque desde já o fato de que a destinação de todos os dinheiros do erário, por essa qualidade e origem, exige providências que assegurem da melhor forma possível o seu bom emprego, evitando quaisquer desvios de finalidade. A Constituição é lei fundamental, encimando e orientando todo o ordenamento jurídico do Estado. A sua força normativa é tamanha que União, Estados, Municípios e Distrito Federal hão de exercer as suas respectivas atribuições nos precisos termos nela estabelecidos, sob pena de ter por viciadas e nulas as suas condutas. Nesse diapasão, o augusto Supremo Tribunal Federal, em decisão digna de nota, assim já se manifestou:

“Todos os atos estatais que repugnem à constituição expõem-se à censura jurídica - dos Tribunais especialmente - porque são írritos, nulos, desvestidos de qualquer validade. A constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste - enquanto for respeitada - constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e liberdades não serão jamais ofendidos.” (RT 700:221, 1994. ADIn 293-7/600, Rel. Min. Celso Mello).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 05094/12

E dentre os princípios que regem a atividade administrativa estatal ancora-se o do controle, cuja finalidade atrela-se à própria natureza do Estado, que lhe limita a atividade e busca conformar necessariamente o desenvolvimento de suas ações à ordem jurídica. Destarte, objetiva o controle, para a defesa da própria administração e dos direitos dos administrados, bem como para assegurar a cada ente da federação o pleno exercício da sua missão constitucionalmente outorgada, uma atuação da Administração Pública sintonizada com os princípios constitucionais que a norteiam, a saber: da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência. É finalidade, pois, do controle avaliar a aplicação de recursos públicos sob os focos da legalidade (regularidade formal) e da conquista de bons resultados (aplicação com eficiência, eficácia e efetividade - legitimidade).

No caso dos autos, cabe citar parecer emitido pelo representante do Ministério Público, Subprocurador-Geral Marcílio Toscano Franca Filho textualmente:

“É cediço que o serviço público é sempre incumbido ao Estado. É este que, por meio de lei, escolhe as atividades que são essenciais à coletividade, não sendo prudente depender da iniciativa privada para consecução daquelas. Dessa forma, insta delinear o conceito de serviço público proferido pelo doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello:

*“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios do sistema normativa”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 1996).*

Tendo em vista a busca constante de uma maior eficiência na prestação dos serviços pela Administração Pública, surge a figura da terceirização daqueles não essenciais ou acessórios, como um mecanismo de especialização e melhor gestão das atividades da organização.

Assim, o Órgão Público é direcionado para a execução da atividade-fim, repassando a terceiros estranhos aos quadros da Administração, por meio de um contrato administrativo precedido, como regra, de licitação (art. 37, XXI da Constituição da República), a realização de atividades instrumentais/atividade-meio.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 05094/12

Ciro Pereira da Silva (1997, apud RAMOS, 2001, p.50) traz uma definição que reflete a terceirização em seus termos ideais. Assim, terceirização seria:

“A transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, **liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e ganhando competitividade.**”

*Observa-se que, se bem planejada e executada, a terceirização pode gerar muitos ganhos para as organizações. No âmbito da Administração Pública, essa contratação obedece aos princípios e regras do direito administrativo, mas muitas vezes os gestores utilizam dessa tática como forma de **burla ao instituto do concurso público** que rege a admissão de pessoal na Administração. Assim aduz a Constituição Federal:*

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

*Trata-se de fraude à legislação trabalhista, por ser uma forma ilícita de contratação – que traz consequências danosas ao interesse público – por parte dos administradores públicos, com o intuito de se exonerarem de arcar com os direitos sociais dos trabalhadores, tendo em vista que, além de ser uma forma de escape à realização de concurso público, também **não há pessoalidade no vínculo do trabalhador com a Administração**, burlando as normas constitucionais e legais sobre servidores públicos. No entanto, há responsabilidade subsidiária entre o tomador e prestador de serviço no tocante aos contratos de trabalho, conforme súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho:*

“IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 05094/12

do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.”

Do exposto, observa-se que a terceirização da atividade-fim é incompatível com a Administração Pública, devendo as atribuições finalísticas, necessariamente, ficar a cargo do pessoal próprio da entidade. O Tribunal de Contas da União assim entende:

“a terceirização é legítima desde que não implique a execução de atividades inerentes aos quadros próprios dessas entidades” [1465-40/02-P e 1471-40/02- P].

A essência do caso em epígrafe está, justamente, em aferir-se se o objeto do contrato de terceirização de serviço especializado em segurança/vigilância armada/desarmada, monitoramento, acompanhamento e assessoramento de adolescentes e jovens adequou-se aos princípios e regras regedores da Administração Pública para sua realização.

Conforme bem apresentou a Douta Auditoria, às fls. 140, “A Fundação de Desenvolvimento da Criança e do Adolescente – FUNDAC é responsável pela execução das medidas sócioeducativa de internação e semiliberdade. Somos incumbidos pelo desenvolvimento de ações, projetos e programas de inserção à família, à comunidade e à sociedade de forma geral dos adolescentes e jovens em cometimento do ato infracional”.

Sendo assim, conclui-se que o cerne da existência/objeto social da FUNDAC também está na vigilância/segurança dos menores, sendo tais cargos – objeto do contrato de terceirização – de natureza permanente das suas atividades-fins, não restando margem à terceirização.

Nesse diapasão, aduz-se que o objeto real do contrato não foi à prestação de serviço, mas, sim, a contratação de mão-de-obra, o que torna ilícito o contrato em questão, devendo haver a declaração de sua nulidade, bem como a prestação de tal serviço por parte da Fundação, através de quadro próprio de pessoal obtido com a realização de concurso público.

Mister se faz o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a seguir:

“A questão que suscita maior polêmica é a da contratação de mão-de-obra por meio de firmas prestadoras de serviço, para o desempenho de atividades que, embora a denominação seja outra, as tarefas executadas (exceto serventes e lavadores de carros) são típicas dos cargos



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 05094/12

previstos no Plano de Cargos da unidade, caracterizando contratação indireta de pessoal e, portanto, infringindo o inciso II do art. 37 da Constituição.” (proc. 013.721/1999-2, acórdão 551.2002, Segun-da Câmara, TRF/5ª Região)

Frisa-se com mais um exemplo:

“Denúncia. Possíveis irregularidades praticadas pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI. Utilização de mão de obra indireta na execução de atividades inerentes às categorias funcionais do plano de cargos e salários. Razões de justificativa insatisfatórias. Conhecimento. Procedência. **Suspensão da utilização da mão de obra terceirizada.** Determinação. Juntada às contas anuais. - Contratação indireta de mão-de-obra. Terceirização. Voto do Ministro Relator: (...) Trata-se, nesses casos, de **falsa terceirização, de possibilidade de contratação de pessoal pelo poder público sem obediência às normas constitucionais e legais existentes, mascarando uma relação de emprego**, permitindo distorções tais como a prorrogação de contratos temporários acima de prazos legais, ou a utilização de mão-de-obra para realização de tarefas estranhas às suas atribuições, relacionadas, fundamentalmente, à atividade-fim de órgãos públicos, onde não haveria limites à quantidade ou à remuneração do pessoal contratualmente arrematado.(...)” (TCU - proc. 044.799/1998-4, acórdão 564/2003)

Esta Egrégia Corte de Contas também já expôs decisão nesse sentido:

“A 2ª CÂMARA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA, por unanimidade, decidiu: I - JULGAR IRREGULAR a dispensa de licitação e os contratos, em virtude da constatação de diversas inconsistências, a saber: (A) terceirização da atividade fim, constituindo burla ao concurso público - art. 37, da CF; (B) falta de caracterização de situação emergencial - art. 24, IV, da Lei nº 8666/93; (C) ausência de justificativa de preços - art.26, parágrafo único, III, da Lei nº 8666/93); e (D) valor excessivo do contrato em relação ao preço praticado por plano privado e não cumprimento da tabela do SUS;” (PROCESSO TC Nº01220/04 - Acórdão AC2 TC 217/2006, publicado no DOE em 29/03/06).

Por fim, no dia 25 de agosto de 2010, o Tribunal de Contas da União (TCU) publicou, baseado nas orientações da súmula 331 do TST (via resolução n.º 23/93), o Acórdão nº 2132/2010, recomendando o fim dos contratos de mão de obra terceirizada nas empresas estatais ligadas ao governo federal. O TCU sugeriu um prazo de cinco anos para que as empresas



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 05094/12

substituam os servidores terceirizados em atividades fim por profissionais contratados por meio de concurso público.”

Assim não há como se aceitar a contratação nos moldes realizada em detrimento à contratação de servidores através de concurso público.

Como bem discorreu a d. Auditoria, a FUNDAC denomina os empregados terceirizados como *Seguranças*, na folha de pagamentos; como *Agentes Sociais*, nos documentos enviados juntamente com a defesa, e o contrato, em sua cláusula quarta, fl. 135, trata do objeto contratado como sendo a *prestação de serviço especializado em segurança/vigilância armada/desarmada, monitoramento, acompanhamento e assessoramento de adolescentes e jovens nas unidades de execução de medidas socioeducativas*.

Considerando tais informações, bem como a missão da FUNDAC, descrita pela própria gestora na defesa de fls. 130/132, referente ao Processo TC 01216/04, inserta aos presentes autos, a Fundação Desenvolvimento da Criança e do Adolescente - FUNDAC é responsável pela execução das medidas sócioeducativa de internação e semiliberdade. Ainda, conforme aquele documento, a Fundação é incumbida do desenvolvimento das ações, projetos e programas de inserção à família, à comunidade e à sociedade de forma geral, dos adolescentes e jovens em cometimento de ato infracional.

Assim, como concluiu a Auditoria, a atividade objeto da contratação faz parte da atividade fim da entidade, constituindo-se, portanto, em terceirização ilegal, sendo hipótese de atuação do controle externo rumo à concretude da legalidade e legitimidade da ação pública.

É que, dentre os princípios que norteiam a administração pública ancora-se o do controle, cuja finalidade atrela-se à própria natureza do Estado, que lhe limita a atividade e busca conformar necessariamente o desenvolvimento de suas ações à ordem jurídica. Destarte, objetiva o controle, para a defesa da própria administração e dos direitos dos administrados, bem como para assegurar a cada ente da federação o pleno exercício da sua missão constitucionalmente outorgada, uma atuação da administração pública sintonizada com os princípios constitucionais que a norteiam, a saber: da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência. É finalidade, pois, do controle, avaliar a aplicação de recursos públicos sob os focos da legalidade (regularidade formal) e da conquista de bons resultados (aplicação com eficiência, eficácia e efetividade).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 05094/12

Sobre eficiência, legalidade e busca de bons resultados na ação da administração pública, discorre o eminente Professor Airton Rocha da Nóbrega¹, da Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas. *In verbis*:

“Necessário, principalmente, que se reavaliem os infundáveis procedimentos administrativos, as normas sobre normas e que se minimize o hábito do processo como instrumento de demonstração da regularidade dos atos da administração. Regulares deverão ser tidos os atos que, dentro do contexto da legalidade, tenham sido praticados de modo eficaz e econômico para a Administração, proporcionando, de modo oportuno, sempre bons resultados para a sociedade”.

Assim, o foco do controle deverá estar no resultado auferido e nos meios empregados, jamais isoladamente, num ou noutro. O foco tão somente no último pode levar o controle a se conformar com a adequação dos procedimentos e o insucesso dos resultados alcançados, o que o colocaria na contramão da finalidade da atividade financeira do estado, qual seja **a satisfação das necessidades coletivas**. Sobre o tema, acentua, com singular propriedade, o Auditor de Contas Públicas Carlos Vale, desta Corte de Contas:

*“A atuação eficiente da auditoria pública, tanto no âmbito da regularidade dos atos e fatos administrativos, quanto, e **principalmente**, no aspecto da operacionalidade, permite à sociedade obter do poder público melhores níveis de educação, saúde, segurança, serviços urbanos, etc., o que, sem dúvida, proporciona melhor qualidade de vida para a comunidade como um todo”.*²

No contexto da legalidade e da eficiência emerge a figura do concurso público, como meio de admissão de pessoal de natureza democrática, porquanto oportuniza a qualquer do povo, detentor dos requisitos legais para o exercício do cargo, participar do certame, bem como concretiza o princípio da moralidade, uma vez proporcionar o ingresso de pessoal no serviço público apenas pelo critério de mérito, nos moldes da lei.

Daí a Constituição Federal sublinhar, em dispositivo sob o manto da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência, que os requisitos de preenchimento

¹ NÓBREGA, Airton Rocha da. (Advogado e Professor da Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas). *O Princípio Constitucional de Eficiência*. In <http://www.geocities.com>.

² VALE, Carlos. *Auditoria Pública – um enfoque conceitual*. João Pessoa: Universitária, 2000, p. 59.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 05094/12

obrigatório pelos eventuais candidatos são aqueles estabelecidos em LEI e a forma de realização do concurso público também deve seguir a LEI – e não outro ato normativo ou administrativo qualquer sem qualquer respaldo legal:

CF/88. 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:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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

Envidado o concurso, de acordo com os critérios legalmente definidos, os candidatos aprovados fazem jus a compor a respectiva relação classificatória à luz do mérito alcançado (classificação por ordem decrescente de pontos), ficando no aguardo de uma futura nomeação enquanto o certame vigorar. Eis a dicção constitucional:

CF/88. Art. 37. (...)

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

Não é sem razão o conjunto de garantias constitucionais na direção da concretude desse instituto. Fazer um concurso público, notoriamente, não é fácil. Exigem-se conhecimentos variados dos candidatos. A dedicação, a abstinência, a renúncia a outras atividades profissionais e sociais, inclusive familiar, é traço marcante de quem se propõe a tal desiderato com seriedade e denodo. Num universo de candidatos concorrentes a vagas, aquele aprovado a espera de uma futura convocação, durante o prazo mínimo de dois anos de validade do certame, ver sua pretensão



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 05094/12

sucumbir, diante de falhas até então alheias a sua vontade, é no mínimo um retrocesso no regime democrático de acesso aos cargos públicos e um atentado à dignidade da pessoa.

Modernamente, a jurisprudência vem evoluindo para sedimentar o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado e classificado dentro da quantidade de vagas oferecida no respectivo edital. Cite-se:

“O candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação para o cargo que concorreu. Precedentes do STJ” (STJ. Quinta Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. RMS 27.508 – DF. Julgado: 16/04/2009).

“O princípio da moralidade impõe obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório pelo Poder Público, de sorte que a oferta de vagas vincula a Administração pela expectativa surgida entre os candidatos. ... Tem-se por ilegal o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital, por se tratar de ato vinculado” (STJ. Quinta Turma. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. RMS 26.507 – RJ. DJe: 10/10/2008).

“Em conformidade com a jurisprudência que vem se firmando na 3ª Seção do STJ, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação, e, não mera expectativa de direito” (STJ. Sexta Turma. Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG. RMS 22.597 – MG. DJe: 25/08/2008).

Também evoluiu a jurisprudência dos Tribunais superiores para reconhecer o direito à nomeação de candidatos preteridos na ordem de classificação, que não se dá apenas em alterar a sequência de convocação dos candidatos aprovados no certame, mas também em casos, por exemplo, de admissão de pessoal de forma irregular, precária ou temporária, conforme comprovado nos relatórios da d. Auditoria.

Nessa esteira, e bem antes de finda a vigência do concurso de 2008 da FUNDAC, o Superior Tribunal de Justiça, assim já decidira:

“Nasce o direito à nomeação, se dentro do prazo de validade do concurso para provimento dos cargos ocorre contratação precária, até mesmo dos próprios aprovados no certame, com manifesto desprezo ao resultado do concurso” (STJ. 5ª Turma. RMS 9745/MG. Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO. DJ: 26/10/1998).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 05094/12

Por sua vez, a inércia da administração, ao permitir, de forma intencional ou não, o fim do prazo de vigência do certame para alegar fato impeditivo à nomeação de candidatos aprovados e classificados em concurso público vem sendo alvo de rechaço também pelas Cortes judiciais. Em caso remoto e emblemático, envolvendo candidatos aprovados em concurso público realizado pelo Tribunal de Justiça do Piauí, o Supremo Tribunal Federal, nos idos de 1996, já decidiu, observando situações de ruptura dos princípios constitucionais, pelo direito subjetivo à nomeação. Vejamos:

“Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na sequência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias” (Celso Antônio Bandeira de Mello, “Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta”, página 56). (STF. Segunda Turma. RE 192568-0/PI. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. DJ: 13/09/1996).

Em seu voto condutor do aresto, pontificou o ilustre Ministro relator, ao identificar procedimentos Administrativos contrários a princípios constitucionais:

*“Todos nós sabemos as dificuldades enfrentadas quando da feitura de qualquer concurso, a exacerbarem-se quanto maior for a escolaridade exigida. ... O artigo 37 da Carta de 1988 é categórico ao revelar que a administração pública observará os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. No caso dos autos, o da **legalidade** foi menosprezado, já que olvidados os parâmetros do edital de concurso e o resultado deste último; o da **impessoalidade**, no que, conhecidos os aprovados e classificados para as vagas, resolveu-se partir para a nomeação parcial, colocando-se em plano secundário, até mesmo as necessidades existentes; ... **A persistir o quadro até aqui delineado, ter-se-á verdadeiro incentivo ao arbítrio, procedendo a administração pública de maneira condenável e com isto perdendo o respeito dos cidadãos. ... Para tanto, bastará que deixe escoar o prazo estabelecido no edital do concurso, desconhecendo não só a existência de vagas, mas também de classificação, para, a seguir, realizar novo concurso. ...é de concluir-se que a inércia, intencional, ou não, da administração pública, deixando de preencher cargos existentes, leva à convicção sobre a titularidade do direito subjetivo de ser nomeado. ... A hipótese vertente não pode ficar na vala comum da***



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 05094/12

jurisprudência engessada na máxima de que os concursados têm simples expectativa e não direito à nomeação.”

Na mesma esteira, o Superior Tribunal de Justiça já havia se manifestado pelo direito subjetivo à nomeação acaso identificada qualquer fraude na sequência de convocação dos candidatos classificados, conforme recurso em mandado de segurança nº 1.301-0/SP, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, com aresto veiculado no Diário da Justiça de 22 de março de 1993:

“ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – DIREITO À NOMEAÇÃO – FRAUDE AO DIREITO DE PRIORIDADE – RE. É defeso ao Estado retardar a nomeação de aprovados em concurso público com o propósito de, ultrapassando o prazo de eficácia do certame, fraudar o direito de preferência assegurado pelo art. 37, IV, da Constituição Federal....”.

Nessa linha evolutiva, rumo à concretude do princípio do concurso público, o Superior Tribunal de Justiça vem consolidando a jurisprudência no sentido de que a omissão do gestor em convocar os candidatos aprovados, se valendo de contratações irregulares de servidores, para em seguida alegar fim da vigência do certame como fator impeditivo do preenchimento das vagas, não mais prospera em definitivo, por motivo de atentar contra os princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, os quais cumpre ao Poder Público observar. Vejamos a ementa do aresto:

“A manutenção da postura de deixar transcorrer o prazo sem proceder ao provimento dos cargos efetivos existentes por aqueles legalmente habilitados em concurso público importaria em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, os quais cumpre ao Poder Público observar. ... Afasta-se a alegada conveniência da Administração como fator limitador da nomeação dos candidatos aprovados, tendo em vista a exigência constitucional de previsão orçamentária antes da divulgação do edital (art. 169, § 1º, I e II, CF) ...” (STJ. Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. RMS nº 27.311 – AM. DJe: 08/09/2009).

Assim, por vários ângulos, é de se reconhecer a ilegalidade do contrato de terceirização firmado entre FUNDAC e a G.A.D.I Empresa de Vigilância Ltda.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 05094/12

No mais, a FUNDAC realizou concurso pautado em edital datado de 2007 e realizado em 2008. Consta nos autos do Processo TC 02535/12, que trata de denúncia feita pela Sra. ANA CRISTINA VIEIRA CORREIA MARTINS, aprovada em concurso público promovido pela FUNDAC para preenchimento de vagas, Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre a FUNDAC e o Ministério Público do Trabalho, através do qual a Fundação se compromete a abster-se de contratar ou manter empregados/servidores sem prévia aprovação em regular concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão.

Também fazem parte daquele Processo, requerimentos administrativos formulados pela denunciante à FUNDAC; diários oficiais do Estado da Paraíba, nos quais há publicações referentes às aposentadorias de *Assistentes Sociais*; portaria de prorrogação do certame público; Edital de Abertura de Inscrições para o certame denunciado; Edital em que consta o resultado final do certame; diário oficial em que foi publicada a Lei n.º 8.322/2007 (PCCR da FUNDAC).

Diante do exposto, considerando a contratação de empresa para realizar serviços terceirizados, inerentes às atividades fins da FUNDAC, VOTO no sentido de que a 2ª Câmara decida: **I) JULGAR IRREGULAR** à contratação de pessoal através da Empresa G.A.D.I Empresa de Vigilância Ltda, efetuada pela FUNDAC e formalizada através do contrato 031/12, por representar terceirização ilícita de atividade-fim da entidade; **II) APLICAR** multa de R\$3.000,00 (três mil reais) à Senhora CASSANDRA ELIANE FIGUEIREDO DIAS, nos termos do inciso II do art. 56 da Lei Complementar Estadual 18/93, **assinando-lhe o prazo de 60 (sessenta) dias** para recolhimento voluntário da multa ao Tesouro do Estado, à conta do Fundo de Fiscalização Orçamentária e Financeira Municipal, cabendo ação a ser impetrada pela Procuradoria Geral do Estado (PGE), em caso do não recolhimento voluntário, e a intervenção do Ministério Público Estadual, na hipótese de omissão da PGE, nos termos do § 4º do art. 71 da Constituição Estadual; **III) FIXAR** o prazo de **90 (noventa) dias** à atual administração da FUNDAC para adoção de medidas necessárias ao restabelecimento da legalidade, tendo por base a realização de concurso público para provimento dos cargos de segurança (ou agente social), de tudo fazendo prova a este Tribunal; **IV) RECOMENDAR** à FUNDAC evitar a terceirização de serviços atinentes à atividade-fim da organização; e **V) DETERMINAR** a juntada da presente decisão aos autos do Processo TC 02535/12 para subsidiar a análise do mesmo.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
2ª CÂMARA

PROCESSO TC 05094/12

DECISÃO DA 2ª CÂMARA DO TCE/PB

Vistos, relatados e discutidos os autos do **Processo TC 05094/12**, referentes à contratação de empresa para realizar serviços terceirizados, inerentes às atividades fins da Fundação Estadual de Desenvolvimento da Criança e do Adolescente “Alice de Almeida” – FUNDAC, sob a responsabilidade da Senhora CASSANDRA ELIANE FIGUEIREDO DIAS, **ACORDAM** os membros da 2ª CÂMARA do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (2ªCAM/TCE-PB), à unanimidade, nesta data, conforme voto do Relator, em: **I) JULGAR IRREGULAR** à contratação de pessoal através da Empresa G.A.D.I Empresa de Vigilância Ltda, efetuada pela FUNDAC e formalizada através do contrato 031/12, por representar terceirização ilícita de atividade-fim da entidade; **II) APLICAR** multa de **R\$3.000,00** (três mil reais) à Senhora CASSANDRA ELIANE FIGUEIREDO DIAS, nos termos do inciso II do art. 56 da Lei Complementar Estadual 18/93, **assinando-lhe o prazo de 60 (sessenta) dias** para recolhimento voluntário da multa ao Tesouro do Estado, à conta do Fundo de Fiscalização Orçamentária e Financeira Municipal, cabendo ação a ser impetrada pela Procuradoria Geral do Estado (PGE), em caso do não recolhimento voluntário, e a intervenção do Ministério Público Estadual, na hipótese de omissão da PGE, nos termos do § 4º do art. 71 da Constituição Estadual; **III) FIXAR** o prazo de **90 (noventa) dias** à atual administração da FUNDAC para adoção de medidas necessárias ao restabelecimento da legalidade, tendo por base a realização de concurso público para provimento dos cargos de segurança (ou agente social), de tudo fazendo prova a este Tribunal; **IV) RECOMENDAR** à FUNDAC evitar a terceirização de serviços atinentes à atividade-fim da organização; e **V) DETERMINAR** a juntada da presente decisão aos autos do Processo TC 02535/12 para subsidiar a análise do mesmo.

Registre-se, publique-se e cumpra-se.

TCE – Sala das Sessões da 2ª Câmara.

Mini-Plenário Conselheiro Adailton Coelho Costa.

João Pessoa, 18 de dezembro de 2012.

Conselheiro Arnóbio Alves Viana
Presidente

Conselheiro André Carlo Torres Pontes
Relator

Subprocuradora-Geral Elvira Samara Pereira de Oliveira
Representante do Ministério Público junto ao TCE/PB