



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL NA UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO
GABINETE DA PROCURADORIA FEDERAL
AV. FRANCISCO MOTA, Nº 572, BAIRRO PRESIDENTE COSTA E SILVA, MOSSORÓ/RN, CEP
59.625-900.

PARECER n. 00050/2015/GAB/PF-UFERSA/PGE/AGU

NUP: 23091.001862/2015-78

INTERESSADOS: DIVISÃO DE CONTRATOS - DICONT/PROAD/UFERSA

ASSUNTOS: CONSULTA ACERCA DA CONFIGURAÇÃO DE DESVIO DE FUNÇÃO DOS
OCUPANTES DE CARGOS DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. TRABALHO.
CONSULTA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. *TERCEIRIZADOS*.
DESVIO DE FUNÇÃO. CONFIGURAÇÃO. INEXISTÊNCIA.
PARÂMETROS LEGAIS. DEVIDAMENTE OBSERVADOS. ATUAÇÃO
ADMINISTRATIVA. REGULARIDADE.

Trata-se da abertura de processo administrativo relativo à consulta sobre a configuração de desvio de função dos ocupantes de cargos de serviços terceirizados, tudo devidamente encaminhado para apreciação desta **Procuradoria Federal na UFERSA**, em obediência ao disposto no artigo 38 da Lei nº. 8.666/93 c/c art. 10 da Lei nº. 10.480/2002^[1].

1. RELATÓRIO

1. Os autos, encaminhados a esta Procuradoria em **04/03/2015**^[2], estão instruídos com o seguinte elemento: às fls. 02/03, consta Ofício nº 46/2015 - PROAD/UFERSA, de **02 de março de 2015**, com o conteúdo da dúvida jurídica, solicitando desta procuradoria a emissão de parecer jurídico a fim de proporcionar aos fiscais de contrato maior autonomia, independência e segurança jurídica na delegação das funções aos terceirizados.

2. Assim, o processo enviado a esta Procuradoria para os fins de elaboração de parecer. É o que merece relato. Passo, pois, a fundamentar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

3. Preliminarmente, urge esclarecer que a análise da pretensão levantada não deve adentrar nos aspectos eminentemente afetos à seara administrativa^{[3]-[4]}, haja vista a falta de competência desta Procuradoria Federal para tal encargo, o que não afasta a análise das nuances fáticas ensejadoras do presente procedimento com vista ao atendimento dos fins esperados pela ordem jurídica; em termos mais claros, abstraindo-se do *mérito administrativo*, a presente análise restringe-se, unicamente, ao âmbito dos ditames legais em vigor e demais consectários fático-jurídicos ao evento apresentado. Feito este esclarecimento, passa-se ao objeto da consulta.

4. No âmbito da Administração Pública vige o princípio da indisponibilidade dos bens públicos, de maneira que, constado qualquer fato passível de causar danos ao patrimônio público material ou imaterial, o que inclui a ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa (art. 37, *caput*, da CF, art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99 e art. 11, da Lei nº 8.429/92), impõe-se a identificação dos agentes causadores do evento danoso e a aferição de sua culpabilidade, observada a prescrição ou a decadência, quando configuradas, para fins de aplicação de penalidades, bem como os responsáveis pela preservação do bem violado e/ou pela manutenção da ordem dos bens postos em custódia, uma vez que a culpa *in vigilando* também enseja a devida reprimenda legal, conforme as circunstâncias de cada caso, do servidor envolvido; já o Estado, por sua vez, responde de forma objetiva, isto é, independentemente de culpa aferível daquele (art. 37, § 6º, da CF/88). Notadamente, a situação ventilada nos autos não coteja qualquer atuação repressiva da Autarquia Educacional, apenas há pretensão de promover expedição de atos administrativos consentâneos com as normas legais cogentes, bem como observar toda a principiologia reinante no nosso ordenamento, tudo bem concertado, como quer a harmonia dos sistemas jurídicos coerentes e razoáveis.

5. A problemática apresentada poderia resumir-se à seguinte indagativa: "*Quando ficará configurado o desvio de função dos prestadores de serviços que, de forma ocasional e não habitual, executam tarefas que não as habitualmente desempenhadas pelos ocupantes do cargo?*"

6. A resposta deve ser breve, por duas razões: **(a)** não há uma discussão jurídica passível de maiores tergiversações; e **(b)** a demanda exige uma manifestação expedita da PF/UFERSA. Como não há maiores divergências acerca do tema, sem falar que não há nos autos uma situação fática, na qual exija uma análise jurídica pormenorizada. O desvio de função ocorre quando habitualmente o trabalhador exerce função diversa da qual foi contratado, sem receber a diferença salarial por tal atividade. Há dois claros requisitos: **(a) positivo** - promover atividades diversas da exigida pela contratualidade de forma habitual; **(b) negativo** - não perceber a diferença salarial decorrente da atividade novel exercida. Quanto ao alegado desvio de função, é preciso observar os parâmetros legais e o contrato administrativo, nos quais estabelecem as atividades primárias do terceirizado, tal como determina a Convenção Coletiva pertinente. Diante disso, observando a discriminação do cargo pelo qual efetivamente foi contratado, ou seja, as funções que eram possivelmente atribuídas ao trabalhador, e comparando as funções de cada cargo, será possível depreender da situação fática a

ocorrência ou não do desvio de função. Nesse ponto, é pertinente destacar o que prescreve o art. 456, § único, da CLT, nestes termos: *"A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal"*. A CLT prescreveu o óbvio justamente para evitar incompreensões, ou melhor, estultas incompatibilizações no universo das atividades do obreiro no seu emprego.

7. É certo que eventual inexistência de documento que defina o plano de cargos e salários não permite que deliberadas alterações nas funções dos terceirizados diariamente, já que isso provocaria um desequilíbrio nas atividades laborais do trabalhador. Só que, no caso da UFERSA, todos os contratos administrativos são permeados com uma clara disciplina das atividades funcionais de cada terceirizado, inclusive por salvaguardar as determinações da Convenção Coletiva pertinente e, nesse sentido, tudo se encontra tranquilamente regulamentado. Tal fato, porém, não representa uma justificável escusa de que o trabalhador não possa, eventualmente, desempenhar, de forma totalmente ocasional, tarefas que habitualmente não são executadas por ele. Na consulta formulada nos autos, a dúvida se materializa por meio de hipóteses, que na sua ocorrência, não configurariam desvio de função, a saber:

(a) o cargo de ASG pode preparar e servir cafezinho e água mineral de maneira eventual e não-habitual em reuniões, congressos e seminários? Considerando que tais eventos ocorrem sem periodicidade definida e com frequência de uma a duas vezes por semana?

(b) o cargo de ASG pode realizar a tarefa de engomar as becas e roupas talhadas das cerimônias semestrais de formatura?

(c) o cargo de ASG pode realizar o descarrego de caminhões com móveis, computadores e equipamentos laboratoriais nos *campus* da UFERSA em Angicos, Caraúbas e Pau dos Ferros ou mesmo a movimentação de bens dentro do próprio *campus*? Considerando-se que tais eventos ocorrem de maneira esporádica e eventualmente, isto é, 01 (um) vez na semana ou a cada 10 (dez) dias, ressaltando-se que o salário básico da categoria é o mesmo, de acordo com a Convenção Coletiva de Trabalho nº RN 000032/2015 registrada em 02/02/2015, para essas atividades não habituais.

(d) o cargo de pedreiro pode realizar serviços de manutenção da rede hidráulica da UFERSA nas ocorrências ocasionais não previstas de manutenção corretiva do sistema hidráulico predial? Ressaltando-se que o salário básico da categoria é o mesmo, de acordo com a Convenção Coletiva de Trabalho nº RN 000032/2015 registrada em 02/02/2015, para essas atividades não habituais.

8. Veja-se, ainda, o entendimento dos Tribunais acerca da configuração de desvio de função, nestes termos:

“ACÚMULO DE FUNÇÕES. INEXISTÊNCIA. O desempenho de atividades diversas, no contexto de um feixe que compõe a íntegra da função contratual, apesar de não expressa ou necessariamente destacado no pacto

laborativo, **não é suficiente**, de per se, para dar causa ao reconhecimento de desvio funcional, e tampouco embasa pretensões atinentes ao acúmulo de funções, se compatível, a realização de tais atividades, com o cargo ocupado pelo trabalhador. O real acúmulo de função somente se configura quando o empregado, contratado para exercer uma função específica, passa a desempenhar, concomitantemente, outras atividades afetas a cargos totalmente distintos, circunstância que não se encontra devidamente aclarada no caso destes autos." (Processo Nº RO-964-63.2011.5.03.0142 - Processo Nº RO-964/2011-142-03-00.2 - 3ª Reg. - 8ª Turma - Relator Des. Fernando Antônio Viegas Peixoto - DJ/MG 30.08.2012, pag. 149)

"ACÚMULO DE FUNÇÃO. DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL INEXISTENTE. ADICIONAL INDEVIDO. O acúmulo de função gerador de diferenças remuneratórias é aquele que provoca desequilíbrio entre os serviços exigidos do empregado e a contraprestação salarial inicialmente pactuada, levando ao enriquecimento sem causa do empregador. **Nesse passo, se os afazeres alegadamente "estranhos" à função do empregado não são capazes de proporcionar desequilíbrio quantitativo ou qualitativo em relação aos serviços originalmente prestados, é indevido o pagamento do vindicado adicional.**" (Processo Nº RO-119300-91.2009.5.03.0143 - Processo Nº RO-1193/2009-143-03-00.2 - 3ª Reg. - Turma Recursal de Juiz de Fora - Relator Des. Jose Miguel de Campos - DJ/MG 04.05.2011, pag. 163)

"ADICIONAL POR ACÚMULO DE FUNÇÃO - para o deferimento de diferenças salariais por acúmulo de função, **não basta a prova de prestação simultânea e habitual de serviços distintos, mas principalmente que se demonstre que as atividades exercidas não podem ser entendidas como compatíveis com a função para o qual o trabalhador foi contratado.** Inteligência do parágrafo único do artigo 456 da CLT." (Processo Nº RO-1062-88.2010.5.03.0140 - Processo Nº RO-1062/2010-140-03-00.0 - 3ª Reg. - 9ª Turma - Relator Juíza Convocada Ana Maria Espi Cavalcanti - DJ/MG 07.06.2011, pág. 100).

9. Em que ordem de ideias um fiscal de contrato não poderia admitir que um ASG carregasse uma cadeira, um armário ou móveis equivalentes por caracterização de desvio de função? Certamente, apenas a ignorância da técnica jurídica poderia assentar tal dislate. O que o fiscal de contrato deve observar é a *tese da predominância* combinada com a *tese da habilidade*. A primeira é decorrente da habitualidade, porquanto sem habitualidade não há como uma tarefa sobrepor-se ao rol de tarefas determinadas na contratação entre a empresa terceirizada e os seus empregados, que, por sua vez, tem por tomadora de serviços a UFERSA. A segunda, é decorrente da razão performativo-laboral,

ou seja, como admitir o cometimento de tarefas que não possam ser executadas pelo obreiro. Notadamente, se o obreiro promove atividades não habituais, certamente, é porque possui capacidade técnica para promovê-las.

10. Por fim, a questão da diferença de salário. Entende-se que a inexistência de diferença de salário, por si só, não descaracteriza a possibilidade de desvio de função. E a razão é simples: mesmo valor para atividades diversas, porém com múltiplas habilidades do obreiro. Se a atividade é habitual e diversa da contratualidade, bem como representa uma esforço hercúleo de execução por parte do obreiro, sem maior demora, **é óbvio que há desvio de função**, inclusive com clara possibilidade de dispensa sem justa causa do empregador e, com isso, os consectários legais pertinentes em sede de verbas rescisórias. A inexistência de diferença de salários só faz sentido quando o exercício da atividade diversa for plenamente compatível com as habilidades do obreiro. Não é por outro motivo que um ASG pode desempenhar, de forma ocasional, várias tarefas, meramente manuais, que se inserem no universo de atividades habituais de outras profissões e, mesmo assim, não caracterizar qualquer forma de desvio de função, porquanto, nessa hipótese, o obreiro promove atividade que não foge do universo compreensivo das suas habilidades como obreiro. Afinal, se o sujeito é **Auxiliar de Serviços Gerais**, como admitir que ele só faça *X* e não *Y*. Desse modo, a resposta à consulta é simples e direta: **Jamais**. A indagação inseriu parâmetros de exclusão que impedem qualquer possibilidade de desvio de função.

11. Ante o exposto, conclui-se^[5] que não se configura desvio de função a eventual atribuição de atividades distintas do cargo contratado, desde que, de forma não habitual e, ainda, que não haja diferença salarial entre os cargos e seja habilmente executável pelo obreiro.

12. Consoante às informações constantes dos autos, é como se opina, salvo melhor juízo. À consulente.

Mossoró, quarta-feira, 18 de março de 2015.

Márcio Ribeiro

Procurador Federal

[1] “Art. 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial”. [...]

[2] Para fins de observância ao disposto no art. 42, *caput*, da Lei nº 9.784/99, cujo teor é o seguinte:

“Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo”. [...]

Urge mencionar que o prazo foi extrapolado, e muito, em função de excesso de trabalho da PF/UFERSA; logo há necessidade de priorizar os processos relacionados às demandas que exijam prazos concretos; quer dizer, àqueles que permeiam à regularidade da execução orçamentária ou àqueles que vislumbram possíveis empecos a sua promoção; sem falar, ainda, nos processos relativos aos eventuais desvios de recursos públicos, de modo que não se pode arvorar, em qualquer hipótese, a existência de desídia na elaboração deste parecer, mas, simplesmente, o cotejamento de uma linha prioritária de atuação.

[3] Conforme a BPC nº 07: “O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade” (BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Manual de Boas Práticas Consultivas**. Brasília: CGU/AGU, 2011, p. 17).

[4] Quer dizer, não se deve adentrar no “sentido político do ato administrativo” (FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 146).

[5] “Os pareceres emitidos pelos órgãos consultivos, quanto ao conteúdo, são (i) de mérito, se lhes compete apreciar a conveniência e oportunidade da medida a ser tomada, ou (ii) de legalidade, se devem examiná-la sob o ponto de vista da conformidade ao Direito. Quanto ao grau de necessidade ou influência que a lei lhes irroga, serão (i) facultativos, quando a autoridade não é obrigada a solicitá-los, fazendo-o para melhor se ilustrar, sem que a tanto esteja obrigada; (ii) obrigatórios, quando sua ouvida é imposta como impostergável, embora não seja obrigatório seguir-lhes a orientação; e (iii) vinculantes, quando a autoridade não pode deixar de atender às conclusões neles apontadas”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 138).

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23091001862201578 e da chave de acesso 3a03d61a

Documento assinado eletronicamente por RAIMUNDO MARCIO RIBEIRO LIMA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1546730 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAIMUNDO MARCIO RIBEIRO LIMA. Data e Hora: 18-03-2015 11:20. Número de Série: 3656828471637864288. Emissor: AC CAIXA PF v2.
