**TC nº72-000.481.02-07**

**3º Julgado**

**ANÁLISE. TERMOS ADITIVOS. SVMA. Manutenção e produção de mudas em viveiros. Ausência de regularidade FGTS. Publicação extemporânea. Art. 2º, Lei 9.012/95. Art. 37, VI, Dec. Mun. 44.279/03 e Art. 29, IV, Lei 8.666/93. IRREGULARES. Votação unânime. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação por maioria.**

**TCs citados**: 72.003.189.98-33 e 72.002.725.07-55.

**2.575ª Sessão Ordinária**

**Referência Especial**: 72.002.824.02-22

**2º Julgado**

**RECURSO. VOLUNTÁRIO. SVMA. Decisão que não acolheu o Contrato. CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.**

**2.241ª Sessão Ordinária**

**1º Julgado**

**ANÁLISE. CONTRATO. SVMA. Contratação de equipes-padrão para manutenção e produção de mudas em viveiros. Dec. Fed. 2.271/97, art. 1º e 2º. NÃO ACOLHIDO. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime. NÃO APLICAÇÃO DE MULTA. Votação por maioria.**

**2.165ª Sessão Ordinária**

**3º JULGADO**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após determinação de Sua Excelência, na **2.566ª S.O.**, para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Na referida sessão, o Conselheiro ROBERTO

BRAGUIM – Relator proferiu adendo ao relatório e voto proferidos na **2.565ª S.O.**, ocasião em que votaram os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ANTONIO CARLOS CARUSO e MAURÍCIO FARIA.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto e adendo ao voto do Relator, em julgar irregulares os Termos Aditivos 005/SVMA/2003 e 28/SVMA/2003, uma vez que o ajuste matriz foi julgado irregular pelo V. Acórdão de fls. 307/308 dos autos, confirmado, em grau de recurso, pelo V. Acórdão de fl. 359, tendo esse vício contaminado os aditamentos analisados que, ademais, foram lavrados com violação ao artigo 2º da Lei Federal 9.012/1995, e inciso VI do artigo 37 do Decreto Municipal 44.279/2003, pela não comprovação da regularidade da situação da contratada junto ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

**ACORDAM**, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e EURÍPEDES SALES – Revisor, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em decorrência das irregularidades, em deixar de aceitar os efeitos patrimoniais e financeiros produzidos pelos ajustes.

Vencidos o Conselheiro MAURÍCIO FARIA que aceitou os efeitos financeiros dos termos aditivos, uma vez que foram aceitos à época do julgamento da contratação, e o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO que, com fundamento no parágrafo único do artigo 174 do Regimento Interno deste Tribunal, modificou seu posicionamento para acompanhar o voto proferido pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ANTONIO CARLOS CARUSO e MAURÍCIO FARIA.

Presente à sessão, nesta data, a Conselheira Substituta YARA NASCIMENTO TACCONI, sem direito a voto, uma vez que o mesmo foi anteriormente proferido pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, na 2.565ª S.O.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 31 de agosto de 2011.

EDSON SIMÕES - Presidente, com voto.

ROBERTO BRAGUIM – Relator.

## RELATÓRIO

Em discussão e julgamento, os Termos Aditivos nºs 005/SVMA/2003 e 28/SVMA/2003, vinculados ao Contrato nº 005/SMMA/2002, pactuado com a empresa já citada, objetivando prestação de serviços de três equipes padrão para manutenção e produção de mudas em viveiros.

O primeiro Aditamento trata da prorrogação do ajuste originário por cinco meses, sem acréscimo de valor, enquanto o segundo ainda dá prorrogação por sete meses, a contar de 14 de março de 2003, analisados, respectivamente, através dos relatórios de fls., em que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou infração ao artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95 e o artigo 37, inciso VI, do Decreto Municipal nº 44.279/03, pela falta de comprovação da regularidade ao FGTS à época da lavratura, além de atraso na publicação do resumo do Termo Aditivo nº 28/SVMA/2003.

A mesma unidade observou que o ajuste matriz foi julgado irregular pelo Venerando Acórdão de 22 de setembro de 2004, às fls. 307/308, da minha relatoria.

O Senhor Caio Boucinhas apresentou a defesa de fls., enquanto a ex-servidora Simone Cristina de Melo ofereceu a contradita de fls., ambos defendendo a lisura dos instrumentos, a necessidade de continuidade dos serviços e a vantagem da Administração em razão da manutenção dos preços originais.

Na análise dessas defesas, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle manteve suas conclusões pretéritas, sendo acompanhada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral, no parecer de fls. Ambas, no entanto, opinaram pela aceitação de seus efeitos financeiros.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, de sua vez, reportando-se ao relátorio de fls., esclareceu que não compete à instituição assumir, no caso, posicionamento pela Administração, ao passo que a Secretaria absteve-se de apontar novos elementos.

Este é o relatório.

## VOTO

Conforme já noticiado na parte relatorial, o ajuste matriz foi julgado irregular pelo Venerando Acórdão de fls. 307/308, confirmado em grau de recurso pelo Venerando Acórdão de fl. 359.

Esse vício contaminou os Aditamentos analisados, que, ademais, foram lavrados com violação ao artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95 e

inciso VI do artigo 37 do Decreto nº 44.279/03, pela não comprovação da regularidade da situação da Contratada junto ao FGTS.

Por esses fundamentos, que têm respaldo nas conclusões da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e nos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, julgo irregulares os Termos Aditivos nºs 005/SVMA/2003 e 28/SVMA/2003 e, em decorrência, nego-lhes acolhida, como também deixo, por idênticas razões, de aceitar os seus efeitos patrimoniais e financeiros.

Este é o voto. **(2.565ª S.O.)**.

**ADENDO AO VOTO** proferido pelo Conselheiro Roberto Braguim **(2.566ª S.O.)**.

Em aditamento ao meu voto, registro que deixei de aceitar os efeitos financeiros dos aditivos lavrados, em decorrência da contaminação do ajuste matriz, agregado ao fato da não comprovação da regularidade fiscal junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, violando o artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/1995[1], e artigo 37, inciso VI, do Decreto Municipal nº 44.279/2003[2].

Aliás, essa comprovação, como também a da regularidade da situação fiscal junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, é requisito para habilitação nas licitações promovidas pela Administração Pública, a teor do artigo 29, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93[3].

De outra banda, a aceitação dos efeitos financeiros do Contrato originário nº 005/SVMA/2002, lembrada pelo nobre Conselheiro Maurício Faria, não importa, necessariamente, na obrigatoriedade lógica da adoção de igual medida, mormente quando persiste a irregularidade, nos instrumentos de extensão contratual, somada a outras de natureza fiscal, como ficou demonstrado nestes autos.

No mais, ratifico meu Pronunciamento na sessão pretérita.

**VOTO DE DESEMPATE** proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões

---

[1] **Art. 2º** - As pessoas jurídicas em débito com o FGTS não poderão celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, bem como participar de concorrência pública.

[2] **Art. 37.** Nas modalidades de concorrência pública e tomada de preços, para fins de demonstração da regularidade fiscal dos licitantes, deverão ser exigidos documentos que comprovem:
**VI -** regularidade perante a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

[3] **Art. 29** - A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:
***IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.***

Cuidam os autos do TC **72.000.481.02-07** da análise dos **Termos Aditivos 5 e 28 de 2003** celebrados entre a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente – SVMA e A. Tonani Construções e Serviços Ltda., tendo por objeto a contratação de três equipes padrão para manutenção e produção de mudas em viveiros.

O Conselheiro Relator Corregedor Roberto Braguim julgou irregulares os termos aditivos, não acolhendo seus efeitos financeiros, tanto por decorrer de contrato julgado irregular, quanto pela não comprovação da regularidade fiscal junto ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, infringindo o artigo 2º da Lei Federal 9.012/95 e o artigo 37, inciso VI, do Decreto Municipal 44.279/2003, sendo acompanhado pelo Conselheiro Revisor Eurípedes Sales.

Divergiu o Conselheiro Vice-Presidente Antonio Carlos Caruso que, acolheu os efeitos financeiros dos termos aditivos, justificando que o Plenário já tinha acolhido os efeitos financeiros relativos ao contrato, no que foi acompanhado pelo Conselheiro Maurício Faria.

Com efeito, registrou-se empate quanto à aceitação dos efeitos financeiros dos Termos Aditivos 5 e 28 de 2003 e, consoante disposição legal, profiro o voto de desempate.

Corroboro do entendimento de que a aceitação dos efeitos financeiros do contrato originário não importa, necessariamente, na obrigatoriedade lógica da adoção de igual medida para os termos aditivos dele derivados.

Além disso, no caso em questão, as irregularidades que macularam os aditamentos não advieram apenas da acessoriedade, mas também, em razão da ausência de comprovação de regularidade fiscal perante o FGTS, infringindo o positivado nas Leis Federais 9.012/95 e 8.666/93 e, ainda, em decorrência da extemporaneidade da publicação no Diário Oficial, contrariando o disposto na Lei Municipal 13.278/02.

É certo que, caso o aditamento fosse considerado irregular, única e exclusivamente em virtude da acessoriedade, seria aceitável que, uma vez reconhecidos os efeitos financeiros do contrato, acolher-se-iam, também, os atinentes aos termos aditivos, por coerência. Contudo, como visto, essa não é a hipótese dos autos.

De outro lado, também, não se sustenta o argumento de necessidade de acolhimento dos efeitos patrimoniais dos termos aditivos, ante a justificativa de que, quando do julgamento do contrato, (em que foram aceitos os seus efeitos) esses termos já haviam sido lavrados.

Isso porque, seria equivalente dizer que os aditamentos teriam seus efeitos reconhecidos independentemente da gravidade da irregularidade que incidisse sobre eles.

Pelo exposto, voto, com fundamento no julgado nos TCs 3.189.98-33 e 2.725.07-55, alinhado à corrente do Conselheiro Relator Roberto Braguim e do Conselheiro Eurípedes Sales, restando, por maioria, não acolhidos os efeitos financeiros dos termos aditivos.

## 2º JULGADO

## A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro Maurício Faria.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso interposto, uma vez que preenchidas suas condições de admissibilidade.

**ACORDAM**, outrossim, à unanimidade, quanto ao mérito, em negar provimento ao apelo, mantendo-se na íntegra o V. Acórdão recorrido, no sentido de impelir a Administração Pública Municipal a adotar formalmente medidas visando disciplinar a terceirização no âmbito da Municipalidade, bem como para se abster de contratar atividades para as quais subsistam categorias funcionais constantes do plano de cargos, que não estejam formalmente extintas ou em processo de extinção.

Participaram do julgamento os Conselheiros Roberto Braguim – Revisor, Edson Simões e Eurípedes Sales.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 14 de dezembro de 2005.

Antonio Carlos Caruso – Presidente.

Maurício Faria – Relator.

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto pela Secretaria do Verde e do Meio Ambiente, objetivando a reforma do v. Acórdão proferido em 22.9.2004, que deixou de acolher o Contrato 05/2002, por entender que o mesmo caracterizou terceirização ilícita de mão-de-obra no âmbito da Administração Pública,

respeitados, todavia, os efeitos práticos e financeiros produzidos em obediência ao princípio da estabilização e consolidação das relações jurídicas consumadas.

Em apertada síntese, alega a Origem, em suas razões recursais, que o que se pretendeu com a presente contratação foram os serviços de manutenção e produção de mudas em viveiros através de equipes-padrão e não o fornecimento de mão-de-obra, ressaltando, ainda, que a carreira de 'oficial de obras de jardinagem' foi extinta pela Lei Municipal 13.652/03. Acrescenta que a atividade em questão é prestada por jardineiros, com ferramentas e veículos necessários à execução dos serviços, e que estes não podem sofrer solução de continuidade sem que ocorram prejuízos ao patrimônio vegetal e às estruturas físicas das unidades administrativas.

Destaca, ainda, o cumprimento dos requisitos do Decreto Federal 2.271/97, aplicável por analogia à espécie, considerando que o Município de São Paulo não dispõe de regulamentação própria sobre a matéria atinente à terceirização de serviços.

Por fim, adita informações no sentido de que em 2004 foi solicitado um acréscimo de 67 cargos de Agente Administrativo/Serviços Gerais, cargo este equivalente, à época, ao de Auxiliar de Jardinagem, para suprir a necessidade dos viveiros, e que tal solicitação nunca foi atendida pela Secretaria de Governo, ressaltando, afinal, que a descontinuidade do contrato implicará danos imensuráveis ao patrimônio vegetal dos viveiros e do Município como um todo.

A Assessoria Jurídica, instada a se manifestar, posicionou-se pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu improvimento, considerando que os argumentos apresentados pela Recorrente não tiveram o condão de afastar os motivos embasadores da decisão.

A douta Procuradoria da Fazenda Municipal, ao analisar o recurso interposto pela Origem, propugnou pelo provimento do mesmo, por corroborar as razões aduzidas pela Secretaria do Verde e do Meio Ambiente. Acrescenta que a decisão desta Unidade Administrativa em terceirizar os serviços de manutenção e produção de mudas em viveiro está em consonância com a orientação exarada pela Procuradoria Geral do Município de São Paulo, consubstanciada na Ementa 10.466, e que os serviços em questão caracterizam atividade-meio.

A Secretaria Geral, por derradeiro, acompanha as razões da AJCE, entendendo que o recurso deve ser conhecido, mas denegado o seu provimento.

É o relatório.

**VOTO**

Conheço do recurso voluntário apresentado, uma vez que preenchidas suas condições de admissibilidade.

Primeiramente, há que se deixar assentado que não existe vedação legal à Administração Pública quanto a delegar a terceiros um determinado serviço complementar e acessório às suas funções precípuas (atividades não típicas do Estado), sendo nesses casos a terceirização plenamente válida. Neste sentido, inclusive, esta Corte firmou entendimento no TC 2.824.02-22, bem como na própria decisão recorrida.

Todavia, enquanto essa dada atividade for inerente às categorias funcionais constantes do plano de cargos e não tenham sido extintos no Quadro Geral de Pessoal, o regime jurídico dos servidores públicos estabelecido constitucionalmente deverá ser observado, aqui, especificamente, no que tange à regra de acessibilidade aos cargos públicos (artigo 37, II).

Tal regramento, inclusive, visa evitar inúmeros problemas de gestão, considerando-se a coexistência de trabalhadores em funções idênticas, trabalhando muitas vezes no mesmo local, com salários, garantias, direitos e obrigações distintos.

Desta forma, em que pese compreender a situação do administrador que procura buscar alternativas para solucionar situações urgentes no setor público, fruto da não-realização de concurso público nos termos noticiados pela Origem, não podemos concordar com a manutenção de uma situação irregular que em nada contribuirá para reverter a inércia da Administração. Cabe a esta, formalmente, promover a reestruturação do quadro administrativo e, analisando as reais necessidades para o bom desempenho das funções públicas, extinguir ou declarar a desnecessidade do cargo público tido como não relevante para esse mister.

Diante disso, reafirmamos as razões de direito motivadoras da r. Decisão, conclusivas no sentido de que, como não houve a extinção dos cargos em questão, dos quadros de pessoal da Administração, não se pode entender como lícita a terceirização pretendida através da presente contratação. Considere-se, inclusive, o fato de que o ajuste firmado neste contexto, indiscutivelmente, também afronta a Lei de Responsabilidade Fiscal, por deixar de alocar as despesas decorrentes como ‘Outras Despesas de Pessoal’, conforme determina o § 1º do citado artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Frente ao exposto, VOTO pelo não-provimento do recurso interposto, mantendo-se, na íntegra, o v. Acórdão recorrido, no sentido de impelir a Administração Pública Municipal a adotar formalmente medidas visando disciplinar a terceirização no âmbito da Municipalidade, bem como para se abster de contratar atividades para as quais subsistam categorias funcionais constantes do plano de cargos, que não estejam formalmente extintas ou em processo de extinção.

**1º JULGADO**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, após determinação de Sua Excelência, na 2.163ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate, ocasião em que votaram os Conselheiros Edson Simões e Eurípedes Sales. Na 2.162ª S.O., votaram os Conselheiros Roberto Braguim – Relator e Maurício Faria – Revisor.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, considerando que a analogia com o previsto no Decreto Federal 2.271/97 permite dar solução adequada ao caso concreto enfocado neste TC, em não acolher o Contrato 5/02, tendo em vista que o mesmo esbarrou em proibição contida no artigo 1º, tornando-se, em tese, ilícito, em face do que dispõe o artigo 2º, também daquele dispositivo legal, respeitando, entretanto, os efeitos práticos e financeiros já produzidos, em obediência ao princípio da estabilização e consolidação das relações jurídicas consumadas.

**ACORDAM**, outrossim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Maurício Faria – Revisor e Eurípedes Sales, votando o Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea “a”, do Regimento Interno deste Tribunal, à vista da inexistência de má-fé, sendo certo, ainda, que o Administrador agiu movido pela necessidade dos serviços contratados, em não aplicar a multa proposta pelo Relator. Vencidos, neste particular, os Conselheiros Roberto Braguim – Relator nos termos do seu relatório e voto apresentados, e Edson Simões, que aplicaram aos ordenadores da despesa, pela irregularidade praticada, a multa de R$ 335,00 (trezentos e trinta e cinco reais), em conformidade com o disposto no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, c/c o artigo 86, inciso II, do Regimento Interno aprovado pela Resolução TCM 03/2002, e com a Portaria 34/2004, expedida pela Douta Presidência desta Casa.

Participaram do julgamento os Conselheiros Maurício Faria – Revisor, Edson Simões e Eurípedes Sales.

Presente, nesta sessão, o Conselheiro Substituto Djalma Donato, sem direito a voto, tendo em vista que o mesmo foi proferido pelo Conselheiro Eurípedes Sales, na 2.163ª S.O.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de setembro de 2004.

Antonio Carlos Caruso - Presidente, com voto.

Roberto Braguim – Relator.

## RELATÓRIO

O presente TC formou-se a partir do Ofício nº 090/DEPAVE-G/02, encaminhando, em cumprimento às Instruções deste Egrégio Tribunal, cópias dos documentos relativos ao Aditamento do Contrato nº 005/SMMA/02, esclarecendo, todavia, o mesmo Órgão, através do Ofício nº 102/DEPAVE-G/2002, equívoco na referência àquele ajuste, posto que a documentação enviada é relativa à Tomada de Preços nº 002/SMMA/2001 e ao Contrato nº 005/SMMA/2002, pactuado com a empresa A. Tonanni Construções e Serviços Ltda., objetivando a contratação de 03 (três) equipes-padrão para manutenção e produção de mudas em viveiros (cópias de fls. 34/230).

Na análise do procedimento licitatório e do ajuste dele decorrente, a Divisão Técnica V da Secretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela sua regularidade formal, ressalvando, porém, a infringência às Instruções 01/92 e Resolução nº 04/96, desta Casa, pelo encaminhamento extemporâneo daquela documentação (fls. 231/235).

A Procuradoria da Fazenda Municipal e a AT-Jurídica opinaram, em face daquelas conclusões, pelo acolhimento do ajuste, sugerindo aquela, todavia, a relevação das impropriedades formais anotadas, e, a segunda, recomendação à Origem no sentido da rigorosa observância dos Atos Normativos deste Egrégio Tribunal (fls. 236 e 238/240).

Com vistas ao cumprimento de solicitação desta Relatoria, consignada à fl. 241vº, a AT-Jurídica entendeu recomendável ouvir-se previamente a fonte sobre a natureza dos serviços contratados, em razão do que a Secretaria do Verde e Meio Ambiente - SVMA enviou o ofício e documentos de fls. 252/257, prestando esclarecimentos sobre a necessidade da contratação de equipes-padrão para os serviços de produção de mudas em viveiros, destinadas a 32 parques municipais existentes em São Paulo, visto que seu quadro geral de pessoal está resumido a apenas 42 funcionários de obras-jardinagem, insuficiente para a execução daquele serviço, sendo que há muito tempo não é realizado concurso para suprir a carência daquela categoria funcional.

Explicou, ainda, que, conquanto não extinto esse cargo, é indispensável o recurso à contratação de terceiros para a produção das mudas, que se destinam à manutenção do patrimônio vegetal e dos equipamentos públicos, além da consecução dos projetos da Municipalidade para criação de árvores, plantas e arbustos.

A AT-Jurídica, reportando-se, em sua nova manifestação de fls. 268/269, ao estudo feito no Expediente 028/02, considerou, com o apoio da respectiva Subchefia, regular a terceirização efetivada, ante as circunstâncias e por

caracterizar atividade-meio, onde se acham ausentes os atributos da pessoalidade e subordinação.

Na seqüência, a Procuradoria da Fazenda Municipal ratificou sua promoção de fl. 236, atrás referida, enquanto a Secretaria-Diretoria Geral, no pronunciamento final de fls. 286/288, acompanhou as proposições da Secretaria de Fiscalização e Controle e da AT-Jurídica, no sentido do acolhimento dos instrumentos analisados.

É a sinopse relatorial.

**VOTO**

No substancioso estudo, produzido pela AT-Jurídica no Expediente Interno nº 028/2002, transportado para o bojo deste TC, às fls. 270/283, a Assessora Técnica, Dra. Magadar R. C. Briguet, analisa os aspectos legais da terceirização da mão-de-obra, em substituição de servidores e empregados públicos, e também seus aspectos financeiros, à luz do art. 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000), dele extraindo importantes conclusões sobre a identificação da ilicitude ou licitude da contratação e sobre a contabilização das respectivas despesas.

Nesse trabalho, aquela douta parecerista recomenda a regulamentação da matéria pelo Executivo, no sentido de explicitar as atividades-meio que podem ser objeto de terceirização, a exemplo do que fez a União com a edição do Decreto nº 2.271/97, bem como fornece valiosos subsídios técnicos para auxiliar no enquadramento da atividade no preceito legal examinado.

O Decreto Federal nº 2.271/97, citado no estudo, contém importantes normas sobre a contratação de serviços de terceiros pela Administração Pública Federal Direta, Indireta, Autarquias e Fundações, prescrevendo, entre outras, as hipóteses passíveis de execução indireta (art. 1º); os procedimentos administrativos internos para a consecução daquela finalidade (art. 2º); a obrigatoriedade da definição precisa do objeto em editais de licitação e nos instrumentos contratuais (art. 3º); as vedações (art. 4º); a permissibilidade da repactuação (art. 5º); a forma de gerenciamento e fiscalização dos serviços (art. 6º).

Esse Diploma tem seu âmbito de aplicação circunscrito à área federal, podendo, entretanto, servir de modelo ou espelho para suprir a lacuna existente na legislação do Município.

Essa atividade se realiza através da analogia, que é um dos processos de integração da norma jurídica, consistente, na lição do pranteado civilista, Profº Washington de Barros Monteiro, na *'aplicação de disposição relativa a caso semelhante a uma hipótese não prevista especialmente em lei.'* (Curso de Direito Civil, Parte Geral, Saraiva, 1966, pág. 41).

Seu emprego pressupõe, portanto, semelhança de situações e sua admissibilidade, no campo do Direito Administrativo, está prevista, em caráter supletivo, no art. 54 da Lei Federal nº 8.666/93, como registra o Profº Kiyoshi Harada, no seu Dicionário de Direito Público, impresso pela Editora Atlas.

É o que também anota Marçal Justen Filho, nos seus comentários ao aludido preceito:

> *'A aplicação dos princípios do direito privado (acerca da matéria contratual) far-se-á sempre supletivamente. Vale dizer, somente serão aplicáveis quando inexista solução emanada dos princípios de direito público e na medida em que a solução não seja incompatível com o regime de direito público.'* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 2000, pág. 505).

Na espécie, o apelo à analogia permite dar solução adequada ao caso concreto enfocado neste TC, dada a semelhança das situações reguladas pelo Decreto Federal nº 2.271/1997 e as enfrentadas pelo Município de São Paulo, que, lamentavelmente, não dispõe de normas próprias disciplinando a matéria acerca da terceirização dos serviços de mão-de-obra, como lembrou a parecerista atrás citada.

Feitas essas considerações preliminares, passo ao exame da questão nodal ou do ponto cruciante da problemática agitada neste procedimento, descartando, desde logo, o enquadramento da atividade contratada em qualquer dos casos enunciados no parágrafo primeiro do art. 1º do Decreto suso mencionado (conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações).

Com efeito, a espécie em julgamento versa sobre a contratação de três equipes-padrão para manutenção e produção de mudas em viveiros, que, de acordo com as explicações da Origem, no ofício e documentos de fls. 252/257, são utilizadas nos ajardinamentos e arborização de áreas públicas municipais, abrangendo Subprefeituras e Unidades escolares, de saúde e desportivas, entre outras.

Todavia, é a mesma fonte que informa, através de manifestação de sua assistência jurídica, a presença, em seu quadro geral de pessoal, de 42 (quarenta e dois) servidores efetivos ocupantes do cargo de jardineiro, atualmente designado oficial de obras-jardinagem, não extintos (fls. 256/257).

Ora, o parágrafo segundo do art. 1º do Édito do Executivo Federal textualmente prescreve:

> *'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 pessoas.'*

Assim, por força de compreensão, a contratação em exame esbarrou na proibição desse dispositivo, uma vez que DEPAVE possui, em seu Quadro, cargos ativos de categoria funcional, com atribuições análogas ou idênticas aos das equipes-padrão objetos do ajuste em foco.

Por outro lado, não vislumbrei, na leitura atenta destes autos, nenhum dado ou elemento concreto de que esses cargos estão em processo de extinção, para arredar a incidência da norma proibitiva antes citada, a não ser o fato de que não se realiza, há tempos, concurso público para suprir as deficiências dessa categoria funcional, e de não haver qualquer planejamento ou programação para tal finalidade.

Também não localizei, na incursão pela instrução dos autos, o plano de trabalho aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade interessada, ou com atribuição delegada, exigida pelo art. 2º do Decreto nº 2.771/97, contendo os requisitos exigidos em seus três incisos, a saber:

*'I – justificativa da necessidade dos serviços;*

*II – relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada;*

*III – demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis'.*

Assim, dentro dessa órbita de raciocínio, a contratação "sub examine" seria, em tese, ilícita, em consonância com as conclusões dos estudos trazidos ao processo pela AT-Jurídica, aprovadas pela respectiva Subchefia, na forma da manifestação retro anexada, por cópia (fls. 268/284).

Resta, finalmente, examinar a situação fática, de necessidade, que motivou a contratação terceirizada, informada pela Origem, na forma do Ofício e das manifestações técnicas que o acompanharam, encartados às fls. 252/257.

De acordo com as explicações prestadas pela Diretora de DEPAVE 2, a Divisão tem por atribuição (sic):

*'A produção de mudas vegetais para utilização nos ajardinamentos e arborização de áreas públicas municipais, possuindo, em atividade, três unidades*

*operacionais: Viveiro Manequinho Lopes, Viveiro do Carmo e Viveiro de Cotia.'*

*'As mudas produzidas por esses Viveiros são fornecidas aos vários órgãos da Municipalidade como Subprefeituras, unidades escolares, de saúde e desportivas, que executam o ajardinamento e a arborização das áreas públicas como praças, parques, escolas, creches.'*

*'A produção dessas mudas demandam atividades contínuas e de manejo intenso de coleta de sementes, irrigação, semeadura, plantio, replantio, despraguejamento, capina, tratamento fitossanitário, entre outras.'*

*'O suprimento da demanda operacional para a manutenção dos viveiros torna viável a produção de mudas, a manutenção do patrimônio vegetal e dos equipamentos públicos, vários projetos da MDE, que necessitem das mudas produzidas pela Divisão'* (fl. 253).

Realmente, trata-se de atividade indispensável, de extrema utilidade pública, destinada à preservação do verde e à oxigenação da cidade, tão carente de parques e jardins e de outros segmentos ou pulmões naturais de combate à poluição ambiental.

Todavia, não é essa a questão que dimana da análise dos elementos carreados ao processo, mas a não-aplicação da norma que veda a contratação de serviços de mão-de-obra de terceiros, à exceção das hipóteses legais expressas ou no caso de se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal, na dicção do art. 1º, § 2º, do Decreto Federal nº 2.271/97.

De fato não há, como já assinalei ao longo deste voto, qualquer elemento seguro de prova de que o cargo de jardineiro, atualmente oficial de obras-jardinagem, existente no quadro de DEPAVE, esteja em processo de extinção, como também não foi demonstrado o preenchimento das exigências contidas no art. 2º do mesmo Edito.

Igualmente, não há qualquer informação ou esclarecimento sobre a atividade exercida pelos 42 (quarenta e dois) remanescentes da categoria e a razão pela qual não se realizam concursos para o suprimento da carência alegada.

São aspectos nebulosos que permeiam a contratação em julgamento, caracteristicamente de natureza operacional.

Por essas razões, sou impelido, “data venia” dos pareceres técnicos contrários, a não acolher o ajuste apreciado neste procedimento, respeitando, contudo, os efeitos práticos e financeiros já produzidos, em obediência ao princípio da estabilização e consolidação das relações jurídicas consumadas.

Sem embargo, aplico aos Ordenadores da Despesa, pela irregularidade praticada, a multa de R$ 335,00 (trezentos e trinta e cinco reais), em conformidade com o disposto no art. 52, inc. II, da Lei Municipal nº 9.167/80, c/c o art. 86, inc. II, do Regimento Interno aprovado pela Resolução TCM nº 03/2002, e com a Portaria nº 34/2004, expedida pela Douta Presidência desta Casa **(2.162ª S.O.)**.

**VOTO DE DESEMPATE** proferido pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso

No exame do Contrato nº 5/02 da Secretaria Municipal do Meio Ambiente, os Nobres Conselheiros decidiram, no mérito, à unanimidade, em consonância com o substancioso voto do I. Conselheiro Relator, Roberto Braguim, rejeitá-lo, aceitando, porém, os seus efeitos, práticos e financeiros, ‘em obediência ao princípio da estabilização e consolidação das relações jurídicas consumadas’.

Pela irregularidade praticada, o Nobre Relator, acompanhado pelo Conselheiro Edson Simões aplicou multa ao Ordenador da Despesa.

Em oposição, os Insignes Conselheiros Maurício Faria – Revisor e Eurípedes Sales, votaram pela não-apenação.

Portanto, o empate ocorreu tão-somente no que tange à aplicação ou não de multa.

Meu voto segue na esteira da corrente dos Nobres Conselheiros Maurício Faria - Revisor e Eurípedes Sales pela não-aplicação da multa, posto que, entendo, não há evidência de má-fé, sendo certo, ainda, que o Administrador agiu movido pela necessidade dos serviços contratados.