TC nº 1.893/2008

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. COHAB. Serviços para processamento da evolução de contratos de financiamentos habitacionais e apuração dos saldos de responsabilidade do FCVS. Precedente. Prestação de atividade cujos empregados nenhum vínculo têm com o tomador de serviços. Terceirização regular. Concorrência ACOLHIDA. Contrato e Aditamentos REGULARES. Votação unânime.

Legislação citada: Lei Compl. 101/2000. Art. 37, XXI, CF/88.

TC citado 3.908/2006.

3.004ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 2.912ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e JOÃO ANTONIO – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em acolher a Concorrência 11/2006.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em julgar regulares o Contrato 39/2007 e os Termos Aditivos 067/2007 e 019/2008.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, EDSON SIMÕES e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de outubro de 2018.

ALEXANDRE CORDEIRO
Conselheiro Substituto
no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Trata-se da análise da Concorrência 011/06-COHAB-SP e do Contrato 039/07, dela decorrente, ajustado entre a Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – COHAB-SP e JJET Consultoria e Sistema Ltda., tendo por objeto a execução de serviços para processamento da evolução de contratos de financiamentos habitacionais no padrão FCVS e apuração dos saldos de responsabilidade do FCVS, com respectiva mão-de-obra qualificada, incluindo fornecimento de mobiliário, equipamentos de informática e de reprografia, e seus acessórios, além dos suprimentos para escritório necessários à execução dos serviços, inclusive papel, nos termos das especificações que compõem o Edital e seus Anexos.

Analisam-se, ainda, os Termos Aditivos 067/07 e 019/08, que objetivaram, respectivamente, a alteração temporária da forma de pagamento e a modificação/adequação do Plano de Ação, que representou este último um acréscimo de R$ 289.315,48 (duzentos e oitenta e nove mil, trezentos e quinze reais e quarenta e oito centavos), equivalente a 21,36% (vinte e um inteiros e trinta e seis por cento) do valor contratual inicial de R$ 1.354.084,36 (um milhão, trezentos e cinquenta e quatro mil, oitenta e quatro reais e trinta e seis centavos), passando o valor do Ajuste a ser de R$ 1.643.399,84 (um milhão, seiscentos e quarenta e três mil, trezentos e noventa e nove reais e oitenta e quatro centavos).

A Equipe Técnica desta Casa concluiu pela irregularidade:

I – da Concorrência: em razão da terceirização de atividade fim com o objetivo precípuo de suprir sua carência de pessoal, em afronta ao artigo 59[1] do Decreto 44.279/03, e da ausência de data-base, contrariando o inciso XI do artigo 40[2] da Lei 8.666/93.

II - do Contrato 039/2007:

[1] Art. 59. A terceirização de serviços restringir-se-á às hipóteses de atividades-meio da administração, nas quais não se configurem subordinação e pessoalidade, nem a prática de ato administrativo.

[2] Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...) XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei 8.883, de 1994)

a) por não constar a data-base para reajustamento, infringindo ao inciso III do artigo 55[3] da Lei 8.666/93.

b) pela contabilização indevida da Despesa com Pessoal referente aos meses de junho a dezembro de 2006 na Conta Fornecedores, em ofensa ao § 1º do artigo 18[4] da Lei Complementar 101/2000.

c) pela contratação de pessoal sem concurso público, violando o inciso II do artigo 37[5] da Carta Magna e artigo 59[6] do Decreto 44.279/03.

III – dos Termos Aditivos 067/07 e 019/08: por sucederem Licitação e Contrato considerados irregulares, e em face da falta de definição quanto ao início e término de sua vigência, transgredindo o inciso IV do artigo 55[7] e § 3º do artigo 57[8], ambos da Lei 8.666/93.

No decorrer da instrução processual foram intimados para apresentação de defesa a COHAB-SP e os seguintes Responsáveis pelas incorreções detectadas: João Maria Galvão de Barros – Presidente da COPEL, Marcelo Schmidt Rehder – Diretor Vice-Presidente/Diretor Presidente, Guilherme Estanislau do Amaral – Diretor Financeiro, Elton Santa Fé Zacarias – Diretor Administrativo e Orlando de Almeida Filho – Diretor Presidente.

Em resposta, a COHAB-SP e os Responsáveis indicados encaminharam seus esclarecimentos e justificativas, de teor similar ou idêntico, alegando, em resumo, que:

a) o FCVS não é parte da atividade fim da COHAB-SP, que além de instrumento operacional ele será efetivamente encerrado e, por essa razão, o concurso público ficaria plenamente afastado, pois frustraria qualquer

---

[3] Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

[4] 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".

[5] Art. 37. (...) 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998)

[6] Art. 59. A terceirização de serviços restringir-se-á às hipóteses de atividades-meio da administração, nas quais não se configurem subordinação e pessoalidade, nem a prática de ato administrativo.

[7] Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

[8] Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: (...) § 3º - É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

participante por não haver uma carreira; o adequado é a sua classificação como uma das atividades operacionais ao longo do processo produtivo;

b) não se buscou a contratação de pessoal, mas sim de serviços, de empresa técnica que disponha de equipe especializada e dos demais meios e suportes operacionais, que incluem sistema informatizado, microcomputadores, equipamento reprográfico e até papel, inexistindo pessoalidade ou subordinação;

c) a execução dos serviços é de integral responsabilidade da Contratada, incluindo o sucesso na operação;

d) coube à COHAB-SP apenas a fiscalização dos serviços e o seu recebimento nos exatos termos do Contrato;

e) a questão da data-base está ligada ao reajustamento que, mesmo não constando expressamente do Edital, não se poderia deixar de observar a legislação federal no momento da prorrogação do Contrato, isto é, após 12 (doze) meses.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle ao analisar o acrescido ratificou suas conclusões iniciais. A Assessoria Jurídica de Controle Externo em suas intervenções no decorrer da instrução do feito, pronunciou-se pela irregularidade do Pregão, da Contratação e dos Aditamentos, na esteira das conclusões da SFC.

Por sua vez, a Procuradoria da Fazenda Municipal, transcrevendo trechos dos argumentos aduzidos pela COHAB – SP requereu o acolhimento dos Instrumentos analisados, com a relevação das eventuais impropriedades, considerando a ausência de prejuízo ao Erário, bem como não se vislumbrando a existência de dolo, culpa ou má-fé por parte dos Agentes Públicos, ou, alternativamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Já a Secretaria-Geral, alinhando-se ao entendimento proferido pela Auditoria e pela Assessoria Jurídica manifestou-se pela irregularidade dos Instrumentos em apreço.

Por fim, cabe observar que a Contratada, regularmente intimada, não trouxe qualquer esclarecimento ou justificativa aos autos, transcorrendo in albis o prazo que lhe fora conferido.

É o relatório.

VOTO

Da leitura acurada dos autos pode-se depreender que os fundamentos que motivaram os Órgãos Técnicos desta Casa a concluir pela irregularidade da Concorrência 11/06/COHAB-SP levaram em conta precipuamente a ocorrência de contratação de pessoal sem concurso público, cumulada à inexistência de data-base para reajustamento, apontamentos estes já apresentados pelos Técnicos por ocasião do Acompanhamento do Edital da Concorrência em apreço, analisado no TC 3.908/2006.

Naqueles autos, referido Edital por maioria de votos foi considerado regular, tendo sido afastada a tese de terceirização ilegal de atividade fim e superada a questão da data-base, com voto divergente por mim apresentado, considerando minha posição, no sentido da irregularidade do Edital.

Não obstante o meu entendimento expressado à época, na medida em que houve exaustivo debate sobre os temas no âmbito desta Egrégia Corte e considerando o trânsito em julgado do mencionado Acórdão, permito-me considerar desnecessário o enfrentamento das questões centrais veiculadas neste processado quanto à infringência à regra de obrigatoriedade de concurso público, para reconhecer, nesse âmbito, a regularidade da Concorrência em análise.

No que tange ao Contrato 039/2007, tirante as questões dadas por superadas em razão do alcance do Julgado retro mencionado, remanesce o item referente à contabilização indevida da Despesa com Pessoal nos meses de junho a dezembro de 2006 na Conta Fornecedores, que no entender da Auditoria teria violado a Lei Complementar 101/2000.

De fato, nos termos do § 1º do artigo 18 da Lei Complementar 101/00, os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos deverão ser contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".

Em que pese a reconhecida deficiência e a impropriedade redacional da norma em comento, a qual sugere a existência de serviço tercerizável que possa ser executado por servidor público, é de mister aplicá-la buscando seu sentido verdadeiro, na importante missão de neutralizar os efeitos de prática de burla ao princípio do concurso público e possibilitar o efetivo controle dos limites das despesas de pessoal.

Ao considerar a regularidade do Edital da Concorrência 11/06/COHAB-SP, essa Corte entendeu que se trata "in casu" de terceirização regular, na forma de locação de serviço, que encontra fundamento no inciso XXI do artigo 37 da Carta Magna, aquela em que existe a prestação de uma determinada atividade pela empresa, cujos empregados nenhum vínculo têm com o tomador de serviços. Desta forma, conquanto a despesa não seja caracterizada como terceirização de "mão de obra", lícita ou mesmo ilícita, não se pode afirmar que houve irregularidade no lançamento contábil na conta Fornecedores, no

Subelemento – "Outros Serviços de Terceiros", destarte, entendo superado também esse item.

Por fim, quanto à falta de definição do início e término de vigência nos Aditamentos, saliento que os Termos Aditivos 067/07 e 019/08, objetivaram a adequação das condições de Execução, diante do surgimento de circunstâncias supervenientes não previstas inicialmente, pactuadas dentro do período de vigência contratual, de modo que não vislumbro vício a maculá-los.

Posto isto, com fundamento nas razões expostas e, no julgamento do TC 3.908/2006, ACOLHO a Concorrência 011/06-COHAB-SP e julgo REGULARES o Contrato 039/07, dela decorrente, e os Termos Aditivos 067/07 e 019/08.

É como voto.