JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-002.652.03-50

ANÁLISE. CONTRATO. NOTA DE EMPENHO. TERMO ADITIVO. SMG. Preparo e fornecimento estimado de refeições. Decorrente de Ata de RP. Superada a terceirização de mão de obra. Art. 18, § 1º, Lei Compl. 101/00. REGULARES. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

TCs citados: 72.005.316.01-05, 72.002.888.01-24, 72.000.193.01-71, 72.001.573.03-40, 72.000.967.07-13, 72.000.061.05-64, 72.000.062.05-27, 72.000.063.05-90, 72.000.064.05-52.

Transitado em julgado em: 14.12.2010.

2.528ª Sessão Ordinária

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Roberto Braguim.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regulares o Contrato 118/SEMAB-DAS/2003 e o aditamento, formalizado pela Nota de Empenho 28862/2003.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Modernização, Gestão e Desburocratização – SMG que formalize por termo apropriado os aditamentos que lhe compete.

Participaram do julgamento o Conselheiro Substituto Rui Corrêa – Revisor e os Conselheiros Antonio Carlos Caruso e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de novembro de 2010.

Edson Simões – Presidente.

Roberto Braguim – Relator.

RELATÓRIO

Trata-se da análise do Contrato nº 118/SEMAB-DAS/2003, lavrado com base na Ata de Registro de Preços nº 11/SEMAB/DAS/2002, julgada por este Tribunal no TC nº 5.316.01-05, celebrado entre a Secretaria Municipal de Abastecimento (atual Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão) e Nutriplus Alimentação e Tecnologia Ltda., tendo por objeto fornecimento estimado de refeições, para consumo nas unidades abastecidas pelo Departamento de Alimentação e Suprimento, pelo valor de R$ 1.143.337,07 (um milhão, cento e quarenta e três mil, trezentos e trinta e sete reais e sete centavos). Examina-se, também, aditamento ao ajuste, formalizado pela Nota de Empenho nº 28.862, no valor de R$ 224.432,00 (duzentos e vinte e quatro mil, quatrocentos e trinta e dois reais), emitida para suportar despesas decorrentes da inclusão no objeto de 05 (cinco) novas escolas.

A Coordenadoria III concluiu pela regularidade do Contrato, com ressalvas pelo atraso da publicação no Diário Oficial da Cidade, infringindo o artigo 26 da Lei nº 13.278/02[1] e lavratura extemporânea em 07/04/03, retroagindo a 01/04/03. Além disso consignou que a quantidade contratada foi 14,9% (quatorze inteiros e nove décimos por cento) acima da prevista na Ata de Registro de Preços.

Com relação ao Aditamento, apontou ser ele irregular pois o despacho autorizatório foi exarado após a sua vigência, com emissão intempestiva da Nota de Empenho e sem formalização de Termo para alteração contratual, infringindo o artigo 47 do Decreto nº 41.772/02[2].

Por sua vez, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela regularidade do Contrato, com relevação da falhas apontadas por sua natureza formal. De outra parte considerou irregular o Aditamento por afronta à Lei Federal nº 4.320/64, que veda a realização de despesa sem prévio empenho. Ademais, considerou ilegal a falta de formalização de aditivo que estabelece acréscimo contratual, mesmo porque o artigo 65, § 8º, da Lei nº 8.666/93[3] indica as hipóteses em que tal formalização não é necessária.

---

[1] **Art. 26.** O termo de contrato e seus aditamentos deverão ser publicados, na íntegra ou em extrato, no Diário Oficial do Município, dentro de 20 (vinte) dias contados da sua assinatura.

[2] **Art. 47.** As alterações contratuais deverão ser previamente justificadas por escrito e autorizadas por autoridade competente, devendo ser formalizadas por termo de aditamento.

[3] **Art. 65.** Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

No que toca aos quantitativos, ponderou que na hipótese do contrato, o aumento não se afigurou abusivo, ficando, inclusive, abaixo do limite de 25% (vinte e cinco por cento) estabelecido na legislação.

Por minha determinação, os autos retornaram à Coordenadoria III para manifestação, considerando-se as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, já que o ajuste poderia configurar contratação de mão de obra para execução do objeto.

No desempenho desse cometimento, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle fez juntar cópia de parecer exarado anteriormente pela Assessoria Jurídica de Controle Externo sobre o tema, para concluir que a contratação em causa não se enquadraria na Lei mencionada, propondo, no entanto, nova oitiva da Assessoria citada.

Provocada, a Assessoria Jurídica de Controle Externo sugeriu encaminhamento de ofício às Secretarias envolvidas, para esclarecimentos sobre o quadro funcional e de pessoal, e, se fosse o caso, para justificativa quanto à terceirização dos serviços contratados.

Em resposta, a Secretaria Municipal de Educação informou que a função pertinente à preparação e distribuição das refeições e merenda aos educandos competia aos agentes escolares, mas que ela não contava com pessoal suficiente para o atendimento de todas as necessidades das unidades educacionais.

A Secretaria Municipal de Gestão, à época, referiu a existência de cargos multifuncionais no segmento de atividades de cozinha e copa – Agentes de Apoio – sem o exercício do cargo específico de cozinheiro ou auxiliar de cozinha – e informou não se tratar de atividade-fim da Administração, não tendo havido contratação de pessoal, mas de empresa prestadora dos serviços necessários à consecução de suas atividades.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, em face das justificativas apresentadas pelas Secretarias Municipais, ratificou sua conclusão anterior no sentido de o presente não se enquadrar no disposto no artigo 18, § 1º, da Lei Complementar nº 101/00[4].

De sua parte, a Assessoria Jurídica de Controle Externo ponderou que o tema requeria a análise do Decreto Federal nº 2.271/97, que determina que não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes

[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".

às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratasse de cargo extinto. Considerando que as funções contratadas eram desenvolvidas por Agentes Escolares ou Agentes de Apoio, sendo que o aspecto multifuncional desses últimos não impedia que exercessem as funções de cozinheiro e de auxiliar de cozinha, concluiu que as funções contratadas deveriam ser desempenhadas por funcionários efetivos. Assim, entendeu que, apesar de constatada a falta de pessoalidade e de subordinação na contratação em tela, a Administração havia contratado serviços desempenhados por seus próprios funcionários, ainda que em número insuficiente, em detrimento da realização do concurso público, tornando ilegítimo o ajuste. Concluiu pela irregularidade do Contrato e do Aditivo.

Na sequência, e em face desses apontamentos, determinei a intimação do Senhor Luiz Eduardo Pereira Barreto Filho, na qualidade de ordenador da despesa, para oferecimento de defesa.

Em seu prol, o intimado sustentou, em resumo, ausência de prejuízo ao Erário e não configuração de má-fé, acrescentando que não podia deixar de fornecer as refeições cuidadas, deixando ao desamparo um grande número de crianças. Sustentou que a contratação visou suprir a necessidade da Administração relativamente ao fornecimento de merenda escolar, considerada como atividade meio à consecução da atividade educacional. Requereu, assim, fossem considerados regulares os instrumentos analisados.

Ao manifestarem-se sobre a defesa apresentada, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou suas conclusões anteriores, enquanto a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que as alegações do intimado são simples afirmativas da inexistência de prejuízo ou má-fé. Especialmente, no tocante à terceirização de mão de obra, concluiu que o intimado não conseguiu afastar o cenário de substituição dos servidores públicos à revelia da lei. Por essas razões manteve seu posicionamento pela irregularidade dos ajustes.

No parecer de fls. 143/149, a Procuradoria da Fazenda Municipal ponderou que a atividade contratada não se confunde com a atividade-fim da Secretaria, posto lhe cumprir a educação das crianças, não lhe cabendo preparar a alimentação a ser distribuída aos alunos da rede municipal, sendo que inexistia subordinação entre os prepostos da contratada e a Municipalidade. Registrou que todas as demais falhas eram formais, devendo ser escusadas, a par de inexistir registro de comportamento indevido ou de prejuízo ao erário. Pugnou, assim, pelo reconhecimento da regularidade de todos os atos examinados.

A Secretaria Geral, por derradeiro, em minucioso e brilhante parecer de fls. 170/204, após enfrentar com profundidade o tema da terceirização, opinou pela regularidade do Contrato com determinação à Pasta para formalização de aditamento por termo próprio e não por Nota de Empenho. Assim concluiu, em resumo, porque no caso concreto ficou claro que: I) a atividade inerente ao serviço contratado corresponde à atividade-meio e não atividade-fim da Administração; II) o pessoal próprio da contratada submete-se à sua supervisão, não

tendo qualquer relação de subordinação com o poder contratante; III) o edital e o contrato não se referem a número de postos de trabalho e não indicam a especialidade ou formação profissional das pessoas a serem alocadas no serviço; IV) o pessoal da contratada não exerce só as atividades do pessoal da contratante que, por sua vez, não exerce todas as atividades do pessoal da contratada. Em suma, registrando respeito pelas opiniões divergentes, entendeu que, no caso, configurou-se hipótese totalmente distinta da aludida no artigo 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, o que torna incabível sua subsunção ao referido preceptivo.

É o relatório.

VOTO

Como resulta do relatório, o Contrato nº 118/2003 teve por suporte a Ata de Registro de Preços nº 11/SEMAB-DAS/2002, decorrente da Concorrência nº 51/SEMAB-DAS/2002, ambas acolhidas por esta Casa, na forma do v. Acórdão proferido nos autos do TC nº 5.316.01-05.

Dessa forma, entendo que a discussão sobre a presença de eventual terceirização de mão de obra configurada no contrato encontra-se superada.

Essa conclusão, porém, não me impossibilita de reconhecer o brilhantismo do parecer exarado pela Secretaria Geral, que, se considerado em tese, receberia meu aval amplo, pela sólida e profunda argumentação desenvolvida.

Afastada do foco essa questão, os demais apontamentos abordados pelas áreas técnicas dizem respeito à: I) lavratura extemporânea do ajuste; II) atraso de sua publicação no Diário Oficial da Cidade; III) contratação em quantitativos superiores ao constante da Ata matriz; IV) falta de formalização do aditamento por termo adequado; V) emissão intempestiva da Nota de Empenho correspondente.

Mesmo nesse universo, considero que as impropriedades suscitadas não se configuram aptas a recomendar a rejeição dos instrumentos.

Formam minha convicção nesse sentido as seguintes considerações:

1) a natureza formal da publicação a destempo do Contrato em referência;

2) os precedentes consignados de aprovação de ajustes lavrados extemporaneamente, considerando-se, ainda, que o despacho de autorização e a emissão data nota de empenho precederam sua vigência;

3) o Contrato consignou número estimativo de refeições fornecidas, sendo a nota de empenho nº 28.862 complementação à necessidade de fornecimento;

4) a possibilidade de superação do quantitativo registrado em ata própria, que já foi reconhecida por esta Corte em reiterados julgados;

5) a ausência de qualquer notícia de dolo, má-fé ou prejuízo imposto ao Erário.

Por esses motivos, aos quais acrescento as conclusões expressas pela Secretaria Geral, julgo regulares o Contrato e o Aditamento, determinando, porém, que a Secretaria formalize por termo apropriado os aditamentos que lhe compete.