TC 2.824/2002

3º Julgado
RECURSO. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular os ajustes. Serviços de Difusão Esportiva. Projeto Mais Esporte. SEME. Recurso de revisão CONHECIDO por força do princípio da fungibilidade. NEGADO PROVIMENTO, posto que as razões e a Certidão Negativa apresentadas revelaram-se insuficientes para modificar o v. Acórdão. Votação unânime.

3.035ª Sessão Ordinária

2º Julgado
ANÁLISE. TERMOS ADITIVOS. SEME. Serviços de Difusão Esportiva. Projeto Mais Esporte. Publicação extemporânea, relevada. Ausência de certidões. INSS e FGTS. Art. 195, § 3º CF. TA 012/03 IRREGULAR. TA 009/02 ACOLHIDO. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

2.410ª Sessão Ordinária

1º Julgado
ANÁLISE. CONTRATO. SEME. Serviços de Difusão Esportiva. Projeto Mais Esporte. ACOLHIDO. Votação por maioria.

Relatório e voto englobado TC 077/2004

2.072ª Sessão Ordinária

3º Julgado

A C Ó R D Ã O

Processo julgado em bloco, ora em sede de recurso de revisão, nos termos da Resolução 6/2017 desta Corte, do qual é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

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 de revisão, por força do princípio da fungibilidade e,

quanto ao mérito, em negar-lhe provimento, posto que a Certidão Negativa trazida pela Origem como documento novo, bem como as razões apresentadas revelaram-se insuficientes para modificar o v. Acórdão guerreado.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 8 de maio de 2019.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Trata o TC 2.824/2002 de análise do ajuste celebrado entre a Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação – SEME e a Cooperesportes – Cooperativa de Trabalho de Esportistas Práticos para prestação de serviços de difusão esportiva para o "Programa Mais Esporte".

Destaque-se que o Termo Aditivo 09/2003 foi acolhido por este Tribunal e o Termo de Aditivo 012/2003 foi julgado irregular, com aceitação dos efeitos financeiros.

Cientificada da deliberação e cumprimento da determinação contida no V. Acórdão transitado em julgado em 20/01/2009, às fls. 433/434, a Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação – SEME encaminhou o Ofício 094/SEME.G/09, protocolado em 18/02/2009, e razões de defesa, postulando a regularidade do Termo Aditivo 012/2003.

Em síntese, esclarece a Origem que vem apresentar manifestação acerca das conclusões alcançadas pelos Órgãos Técnicos desta Casa.

Ato contínuo argumenta que a análise levada a efeito pelos Órgãos Técnicos concluiu, com ressalvas, pela regularidade do Contrato, bem como do Termo Aditivo 09/2003, mas pela irregularidade do Aditamento 12/2003.

Diante disso, argumenta que, tendo em vista o acolhimento do Termo Aditivo 09/2003, relevando-se a irregularidade formal quanto à juntada da CND do INSS, em razão do "princípio da segurança jurídica e da necessidade da estabilidade das relações jurídicas, bem como considerando que dos elementos constantes dos autos é possível constatar-se a ocorrência de circunstâncias que revelam a boa fé dos contratantes, e, também, que os serviços foram prestados e pagos", o Termo Aditivo 12/2003, deve ser igualmente entendido, pela mesma lógica e raciocínio.

Por fim, esclarece que está ciente das conclusões alcançadas e que as mesmas serão observadas para futuros ajustes, e que tendo em vista que o interesse público foi respeitado e por não haver qualquer prejuízo ao erário a ser considerado, sendo que o contrato foi devidamente cumprido, requer a reapreciação da presente reclamando o reconhecimento pelos Órgãos Técnicos desta Casa de Contas da regularidade do Termo Aditivo 12/2003 ao Contrato 26/SEME/2002 e junta Certidão Negativa de Débitos relativos às contribuições previdenciárias emitida em 08/04/2008, válida até 05/10/2008, da empresa contratada.

Por sua vez, a AJCE em parecer acostado às fls. 444/446, ressalta que o objetivo do Ofício SSG-GAB 7178/2009 foi para conhecimento do quanto deliberado e cumprimento da determinação expedida, e, tendo em vista os esclarecimentos da Origem de estar ciente das conclusões alcançadas e que as mesmas serão observadas para futuros ajustes, entende que a determinação do Nobre Conselheiro Relator atendeu o objetivo.

Em r. despacho de fl. 448, por ordem do Excelentíssimo Conselheiro Maurício Faria, então Relator, foi determinado à Secretaria Geral, a redistribuição dos autos, tendo em vista que o conteúdo da manifestação da Origem contempla também apelo ao que restou decidido no V. Acórdão, que em cumprimento à determinação, foram estes redistribuídos ao Conselheiro Eurípedes Sales, Relator.

Por determinação do Nobre Conselheiro Relator, Eurípedes Sales, foram os autos encaminhados à PFM – Procuradoria da Fazenda Municipal para manifestação que, à fl. 454, requereu fosse conhecido e provido o recurso, em face da apresentação da certidão negativa de fl. 441 para que reformado o V. Acórdão de fls. 433/434, parcialmente, seja declarada a regularidade do Termo Aditivo 12/03.

A Secretaria Geral, diante do trânsito em julgado do V. Acórdão bem como do documento juntado com os esclarecimentos da Origem às fls. 438/441, opinou pela admissibilidade do documento como Recurso de Revisão insculpido no artigo 148, inciso II, do Regimento Interno desta Corte de Contas.

Entretanto, quanto ao mérito, observou que a análise que se faz no documento, juntado pela Origem, cuja data de emissão consta de 08/04/2008 e com validade até 05/10/2008, não se verifica no seu conteúdo qualquer

informação comprobatória de que na data da assinatura do Aditamento 12, de 10/07/2003, não havia débitos relativos às contribuições previdenciárias em nome da Contratada.

Ressalta-se ainda, que a Certidão juntada pela Origem, tem data de emissão de aproximados 05 (cinco) anos após a lavratura do Termo de Aditamento em questão, julgado irregular.

Quanto aos argumentos da Origem de que, por ocasião da defesa que apresentou por meio do ofício 313/SEME/04, foi esclarecido que as contribuições previdenciárias referentes aos serviços prestados pela Cooperativa, por força do contrato, eram recolhidas pela Municipalidade, referidos esclarecimentos não têm força de Certidão Negativa de Débitos, não se prestando, portanto, para comprovar qualquer inexistência de débito da Contratada junto ao INSS.

Observa-se também, que tais esclarecimentos feitos em 2004, ainda na fase de instrução, já foram devidamente analisados, não se prestando, portanto, para modificar a decisão, cuja revisão requer a Origem.

Quanto aos demais argumentos apresentados, salvo melhor entendimento, não apresentam qualquer fato novo, com força de alterar ou modificar a decisão prolatada.

Ao final, manifestou-se pelo conhecimento do recurso, vez que preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento, posto que o documento e razões apresentadas revelaram-se insuficientes para modificar o V. Acórdão guerreado.

É o Relatório.

VOTO

Cientificada da deliberação contida no Venerando Acórdão de fls. 433/434, a Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação – SEME fez juntar aos autos o Ofício 094/SEME.G/09 e razões de defesa, postulando a regularidade do Termo Aditivo 012/2003, julgado irregular por infringência ao artigo 195, § 3º, da Constituição Federal e à Lei 8.212/91, tendo em vista a não apresentação da Certidão Negativa de Débito – CND, do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em nome da Cooperativa de Trabalho de Esportistas Práticos, por ocasião da lavratura do referido ajuste.

Preliminarmente, diante do trânsito em julgado do aludido Acórdão e em homenagem ao princípio da fungibilidade, aceito a manifestação da Origem, atribuindo-lhe efeito de Recurso de Revisão, nos termos do artigo 148, inciso II, do Regimento Interno desta Corte.

Quanto ao mérito, observo que a Certidão Negativa trazida pela Origem como documento novo, consta a data de emissão de 08/04/2008 e a validade até 05/10/2008, aproximadamente 05 (cinco) anos após a lavratura do Termo de Aditamento julgado irregular.

Não se verifica no seu conteúdo qualquer informação comprobatória de que na data da assinatura do Aditamento 12, de 10/07/2003, não havia débitos relativos às contribuições previdenciárias em nome da Contratada.

Quanto aos argumentos da Origem de que, por ocasião da defesa que apresentou por meio do ofício 313/SEME/04, foi esclarecido que as contribuições previdenciárias referentes aos serviços prestados pela Cooperativa, por força do contrato, eram recolhidas pela Municipalidade, referidos esclarecimentos não tem força de Certidão Negativa de Débitos, não se prestando, portanto, para comprovar qualquer inexistência de débito da Contratada junto ao INSS.

Sobre os demais argumentos apresentados, ressalto que foram enfrentados e analisados na fase de instrução, não se prestando, portanto, para modificar a decisão, cuja revisão requer a Origem.

Por todo o exposto, CONHEÇO do Recurso de Revisão, por força do princípio da fungibilidade e, quanto ao mérito, NEGO-LHE PROVIMENTO, posto que o documento e razões apresentadas revelaram-se insuficientes para modificar o V. Acórdão guerreado.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

É como voto, Senhor Presidente.

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com o TC 72.000.077.04-13, e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.409ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator.

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 o Termo de Aditamento 009/2003. Acordam, ademais, à unanimidade, em julgar irregular o Termo de Aditamento 012/2003, em face da infringência ao artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, e à Lei Federal 8.212/91, tendo em vista a não-apresentação da Certidão Negativa de Débito – CND do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em nome da Cooperesportes –

Cooperativa de Trabalho de Esportistas Práticos, por ocasião da lavratura do referido ajuste.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, em relevar o atraso, de apenas um dia, da publicação do termo de aditamento em referência no Diário Oficial Cidade de São Paulo, por não representar falha suficiente para ocasionar prejuízo ao princípio da publicidade.

ACORDAM, também, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, nos termos de sua declaração de voto apresentada, EURÍPEDES SALES e ANTONIO CARLOS CARUSO, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, em relevar a não-apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS – CRF relativo ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS em nome da contratada, por constituir falha formal.

Vencido, neste particular, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, que não relevou a referida falha.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em reconhecer os efeitos financeiros do ajuste, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e da necessidade da estabilidade das relações jurídicas, bem como considerando que dos elementos constantes dos autos é possível constatar-se a ocorrência de circunstâncias que revelam a boa-fé dos contratantes, e, também, que os serviços foram prestados e pagos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, sob pena de responsabilização, à Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação – SEME que exija, nos ajustes futuros, inclusive nos aditamentos contratuais, a apresentação das certidões relativas ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, consoante a legislação em vigor.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, EURÍPEDES SALES e ANTONIO CARLOS CARUSO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de novembro de 2008.

EDSON SIMÕES
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

Relatório e voto englobados: v. TC 77/2004.

Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim: v. TC 77/2004.

1º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO, após determinação de Sua Excelência, na 2.066ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos para proferir voto de desempate. Na 2.055ª S.O., a Conselheira MARIANA P. A. Q. BARBOSA - Relatora proferiu seu voto, assim como, na 2.059ª S.O., o Conselheiro EDSON SIMÕES - Revisor, na 2.061ª S.O., o Conselheiro EURÍPEDES SALES, e também, na 2.066ª S.O., o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto da Conselheira MARIANA P. A. Q. BARBOSA - Relatora, bem assim pelo voto do Conselheiro EURÍPEDES SALES, apresentado em separado, 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, acolher o Contrato 26/SEME/02.

Vencidos os Conselheiros EDSON SIMÕES - Revisor e ROBERTO BRAGUIM, nos termos dos votos apresentados em separado.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES - Revisor, EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM.

Presente, nesta sessão, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, sem direito a voto, tendo em vista que o mesmo foi proferido pela Conselheira Interina MARIANA P. A. Q. BARBOSA, na 2.055ª S.O.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 18 de dezembro de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente, com voto

MARIANA P. A. Q. BARBOSA
Relatora.

RELATÓRIO

Cuidam os autos do Contrato nº 26/SEME/02, celebrado entre a Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação e a Cooperesportes Cooperativa de Trabalho Prático, tendo por objeto a prestação de serviços de difusão esportista para o "Programa Mais Esporte", em Centros Educacionais e Esportivos da SEME e Centros Desportivos Municipais, por meio de 52 (cinquenta e dois) "difusores esportivos".

Originou-se o ajuste da Concorrência nº 01/2002.

A AT-Jurídica considerou tratar-se, em verdade, de contratação de mão-de-obra por empresa (cooperativa) interposta, e ilícita, porquanto a terceirização de serviços é admitida apenas para as atividades-meio da Administração, sendo vedadas tais contratações para atividades-fim.

Ponderou que, ainda assim, se as atividades-meio fossem exercidas por servidores enquadrados em categorias funcionais abrangidas por plano de cargos, a terceirização seria ilegal, consoante previsto no Decreto Federal nº 2.271/97.

Ilustrando seu parecer citou decisões de vários Tribunais de Contas do País, inclusive desta C. Corte, que rejeitaram contratos de cooperativas de trabalho, os quais, na verdade, representavam burla à regra do concurso público.

No caso concreto, aduziu aquela Assessoria, havia contratação de mão-de-obra, ocorrendo pessoalidade na prestação do serviço e subordinação às autoridades administrativas, a par da abrangência de atividades desenvolvidas por categorias funcionais expressas no quadro de profissionais da Secretaria.

Opinou, destarte, pela ilegalidade da concorrência e do ajuste dela decorrente.

A Divisão Técnica III e o Senhor Secretário de Fiscalização e Controle acompanharam o entendimento da AT-J. Intimada, a Origem ofereceu defesa, sustentando serem diversas as atuações dos "difusores esportivos" e dos profissionais de educação física, sendo, estes últimos – Instrutores de Educação Física, Professores de Educação Física e Técnicos de Educação Física – detentores de formação específica em Educação Física e com atribuições de formação pedagógica.

Por sua vez, os difusores esportivos eram, necessariamente, atletas ou ex-atletas, aptos a atrair e estimular jovens e crianças à pratica da modalidade esportiva em que se destacaram. Acrescentou, por derradeiro, que não há o desempenho dessas atividades de difusão por categorias funcionais do quadro de profissionais daquela Pasta.

A AT-Jurídica, examinando as razões de defesa, entendeu não terem sido rebatidos pela Origem os principais pontos da objeção antes opostos.

Aduziu não se poder admitir a “difusão” como atribuição diferenciada da função de outros profissionais de educação física, porquanto a alegada difusão estaria baseada nas características próprias do profissional a ser contratado, não sendo este o caso dos autos em que se contratou a atividade de 52 profissionais, famosos ou não.

Nestes termos, reiterou suas conclusões pela irregularidade.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, defendendo os atos examinados, salientou não ter havido superposição de tarefas e opinou pelo acolhimento do contrato e da concorrência examinados.

Requereu, alternativamente, fosse possibilitada à Origem a retratação dos atos praticados, mediante a anulação dos seus atos, independentemente de qualquer sanção. SDG acompanhou “in totum” o entendimento esposado pela AT-Jurídica.

Concluiu o Senhor Secretário-Diretor Geral que, efetivamente, as funções dos difusores esportivos relacionadas na cláusula primeira do contrato em tudo se assemelhavam às atribuições dos demais profissionais de educação física, sendo o único diferencial o consistente na autorização ao uso de sua imagem institucional, auxiliando na divulgação e ampliação do “Programa”.

Tal atribuição, aduziu S. Sª., afinava-se com as cláusulas 2.2 e 2.3 do contrato, em que se exigia que os difusores tivessem participado de campeonatos oficiais, nas modalidades, em âmbito estadual ou nacional, com ênfase em atletas e ex-atletas de futebol, sendo que, no mínimo 20% deles deveriam ter feito parte de Seleções Nacionais das suas modalidades esportivas.

Entretanto, esse único diferencial, ponderou, não foi suficiente para tornar distintas as atribuições dos profissionais em confronto, tantos foram os demais pontos de afinidade.

E se fosse a publicidade o objetivo principal da contratante, disse S. Sª., ‘estar-se-ia contratando uma empresa de publicidade e não uma cooperativa de trabalho de esportistas práticos, para o fornecimento de número certo de trabalhadores, com jornada de 30 (trinta) horas semanais (cláusula 1.1.2 do

contrato), e para trabalharem sob a supervisão de funcionários do quadro da contratante (cláusula 2.6)'.

Concluiu, pois, pela irregularidade da contratação, por ser atentatória ao princípio do concurso público consagrado na Constituição Federal, trazendo a lume ter sido tal orientação exponenciada pelo Tribunal Superior do Trabalho, consoante o enunciado 331.

É o relatório.

VOTO

Defenderam AT-J e SDG que o ajuste em tela consubstanciou contrato de mão-de-obra por empresa interposta, calcados nas premissas da ocorrência de pessoalidade na prestação do serviço, subordinação dos prestadores dos serviços às autoridades administrativas e, em especial, por ser a contratação destinada a atividade-fim da Administração, não a atividade-meio, configurando, pois, terceirização ilícita.

Ademais, ainda que se a entendesse como atividade-meio, a terceirização não seria possível, visto que se confundiria com categorias profissionais constantes do quadro de profissionais da Secretaria. Em tal caso, consistiria burla à regra do concurso público.

Meu entendimento diverge do dos órgãos técnicos, pelas razões que exporei a seguir. A contratação, ora tratada, tem sua causa em Programa da Secretaria de Esportes, Lazer e Recreação, gestão 2001/2004, denominado "Mais Esporte", detalhado às fls. 19/25 dos autos, o qual tem por objetivos principais: oferecer programação esportiva e recreativa para crianças e adolescentes em período complementar ao horário normal de aulas; estender o tempo de acompanhamento pedagógico e social de estudantes do ensino fundamental, priorizando a Rede Pública Municipal de Ensino.

Os módulos esportivos, eis que se propõem a oferecer diversas modalidades esportivas, serão postos à disposição de estudantes neles inscritos, por técnicos e professores de Educação Física, ou seja, dos quadros funcionais da Pasta, e contarão com o apoio de ex-atletas, que neles se apresentarão, oferecendo clínicas de motivação, palestras e demonstrações.

A atividade dos ex-atletas, que se convenciou chamar de difusores esportivos, consoante se depreende da defesa da contratante, de vital importância para o Programa, se dá a par da dos técnicos de educação física e/ou do auxiliar técnico desportivo, posto ser o servidor público quem 'detém os conhecimentos relacionados ao desenvolvimento fisiológico das crianças e dos adolescentes' (fls. 186).

Esta característica de auxílio se destaca, a meu ver, quando comparamos as atribuições dos difusores esportivos, constantes da Cláusula

1.1.1 do ajuste, com as dos servidores públicos municipais, estas mais abrangentes e específicas que aquelas. A característica de atletas ou ex-atletas, que tenham se destacado em suas modalidades, pela participação em campeonatos oficiais, inclusive em seleções nacionais de sua categoria esportiva (mínimo de 20%) é essencial ao desenvolvimento do Programa, visto ser essa qualidade a sua incentivadora.

O estímulo, no caso, reside exatamente no comparecimento aos módulos e desenvolvimento de atividades daquelas pessoas de destaque, não só no meio esportivo, como no âmbito nacional, haja vista as personalidades que participam do Programa de SEME.

É inegável a sua força incentivadora dos jovens e, até mesmo, pode-se dizer, de pessoas de suas famílias. Isto porque a intenção do Programa é muito mais social do que esportiva.

Não há, pois, como se falar, como bem ponderou a Origem, em seu arrazoado de fls. 185/192, existir identidade entre os difusores e os professores de educação física, uma vez que aqueles têm características próprias que os distinguem e individualizam, e estes possuem caracteres inerentes às categorias funcionais dos quadros da Secretaria de Esportes.

O diferencial entre as duas categorias de profissionais reside em “plus” da individualidade dos difusores e, não apenas, como assentou SDG, na possibilidade de uso de sua imagem institucional.

Por tais razões, entendo não ter ocorrido burla ao concurso público, sendo impensável cogitar-se da criação de cargos para suprir necessidade temporária da Administração.

Por outro lado, creio inexistir, no caso “sub examine”, o trabalho subordinado, uma vez que o gerenciamento das atividades dos difusores é exercido pelo grupo de associados e não pela Administração. Isto porque o contrato e a pessoa jurídica à qual pertencem, assim estabelecem.

Tira-se esta ilação da leitura das diretrizes do Programa MAIS ESPORTE e, de resto, das próprias normas do ajuste, a exemplo da Cláusula 1.2.2 onde está definido que o planejamento das atividades é feito ‘em comum acordo entre as unidades que receberem o programa, a coordenação e os difusores esportivos’.

Não se confunda com “subordinação” o fato de a Secretaria de Esportes ser a fiscalizadora do contrato, uma vez que o mesmo se operou sob a égide das leis licitatórias, sendo indispensável a designação de um

executor dele, agente da Administração Pública, que velará pela fiel execução do que foi ajustado.

Esta é norma regente dos contratos públicos e não se confunde com subordinação de servidores em função do Poder Hierárquico da Administração.

A propósito, cite-se o então I. Procurador Geral do Ministério Público, atual Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Dr. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que, em matéria publicada no Fórum Administrativo, v. 01, nº 09, nov/2001, assim se pronunciou:

'...O que não é ilegal é que a Administração Pública transfira para o particular a execução de um serviço – a atividade inteira – para o qual esteja utilizando servidores ou empregados públicos; não se estará trazendo para a órbita do servidor público uma pessoa física para ser remunerada por interposta empresa, mas transferindo a execução, gerência e controle do serviço para uma empresa, que utilizará seus próprios empregados na execução e, para a qual a Administração Pública não mais utilizará seus servidores.

Assim, mesmo permanecendo com o controle parcial da atividade sob seu domínio, o ônus do gerenciamento não será mais da Administração Pública. Portanto, a locução 'que se referem à substituição de servidores e empregados públicos' na verdade é uma forma elíptica de se definir essa transição'.

Não ocorre, igualmente, a característica de pessoalidade, decorrente da subordinação, inerente aos servidores e empregados, posto não existir a obrigação dos difusores de, cada um, pessoalmente, prestar um determinado serviço, podendo ocorrer a sua substituição, por outro, em consonância com obrigação contratualmente assumida.

A cláusula oitava do contrato – Das Penalidades – prescreve a multa de 1% (um por cento) sobre o valor mensal faturado referente à unidade onde se aponte a ocorrência de falta de difusor não suprida em uma hora, (pena por atraso) e multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor mensal faturado, caso não ocorra a substituição do difusor faltante, (itens 8.1.1 e 8.1.2).

O contrário, portanto, do que acontece com os servidores públicos e com a mão-de-obra contratada, em que as ocorrências dessa natureza pelas suas próprias regras, efetuando-se desconto correspondente às faltas apontadas.

Ademais, no caso presente, não há jornada de trabalho a caracterizar eventual locação de mão-de-obra, uma vez que a referência a 30 (trinta) horas, distribuídas em, no mínimo três dias úteis da semana, inclusive em fins de semana, de acordo com as necessidades de acompanhamento de eventos e

atividades, configura especificação do objetivo contratual tendo em mira o escopo do Programa a ser desenvolvido.

Pelas razões expostas, não se pode falar de contrato de mão-de-obra, por interposta pessoa jurídica, tendo em vista não ter se configurado, "in casu", a pressuposta ocorrência de pessoalidade na prestação de serviços, subordinação dos prestadores às autoridades administrativas e configuração de jornada de trabalho.

De outra banda, como bem ponderou a AT-Jurídica em seu parecer de fls., na Administração Pública Direta há os serviços permanentes, prestados diretamente por ela própria, estruturados na forma da lei, e outros, eventuais ou não essenciais, que podem ser desenvolvidos por terceiros, sempre sob o seu controle e fiscalização.

E é o que, entendo, ocorreu no caso dos autos, em que se contratou uma cooperativa prestadora de serviços para desenvolvimento de atividade relacionada com um programa constante da atual gestão governamental, de natureza temporária, como se viu, não se confundindo com as atribuições primordiais de SEME.

Aliás, este aspecto, de ser a Cooperesportes uma legítima cooperativa de trabalho, não foi contestado no processo. Por ser meu entendimento que o ajuste em tela configura prestação de serviço, não cabe discutir se houve incidência sobre atividade-meio ou atividade-fim.

Por todas as razões expostas, voto pelo acolhimento do contrato sem ressalvas (2.055ª S.O.).

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Prevê a Constituição em seu artigo 37, inciso IX, que "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público", portanto, a Administração Pública Direta e Indireta, somente está autorizada a contratar empregados por concurso público e, excepcionalmente, de acordo com as Leis Federais números 6.019/74 e 7.102/83 e, no caso da Prefeitura Municipal de São Paulo, nos termos da Lei Municipal número 13.278/02, obedecendo os prazos determinados pela Lei número 10.973/89, alterada pela Lei número 13.261/01.

Qualquer outro subterfúgio utilizado dará margem a eventual fraude.

O contrato para fornecimento de mão-de-obra vem sendo um dos meios formalmente utilizados para a contratação temporária pelos Órgãos Públicos, apesar de poder ser enquadrado nas disposições do Artigo 1.216 do

Código Civil, não condiz com os princípios da moral e fere frontalmente a Constituição Federal.

Esse meio de contratação induz à fraude e, consequentemente à ilegalidade, pois leva a formação de vínculo permanente com o Órgão Público tomador do serviço, não se vislumbrando, portanto, numa perspectiva serena e isenta, como reconhecer a validade desses contratos triangulares.

À Administração Direta do Município de São Paulo, exceto na hipótese prevista na Lei número 13.278/02, regulamentada pelo Decreto número 41.772/02, obedecendo os prazos determinados pela Lei Municipal número 13.793/01, não se autoriza a contratação de serviço temporário. Para a nossa legislação, aquele que presta serviço pessoal, não eventual, mediante salário e subordinado, é empregado.

E, é empregado de quem se beneficia diretamente do seu trabalho, e não de quem, apenas formalmente, o contrata e o explora. Empregador é a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação de serviços, de acordo com o artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas. Os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar tais preceitos serão nulos de pleno direito, nos termos do artigo 9º, da legislação consolidada.

Destarte, ainda que se queira muitas vezes neutralizar os termos enfáticos e indiscutíveis da lei, o contrato triangular não logra obter qualquer beneplácito.

Não se pode imaginar, como alguns têm sustentado, que a jurisprudência sinalize em outra direção, porque, embora se encontre aqui e acolá julgados “flexibilizantes” acerca da locação de mão-de-obra, a lei ainda é a mesma nestes conceitos básicos.

A jurisprudência tem a função e a virtude de indicar a orientação predominante acerca de determinado tema controvertido, mas ainda não se lhe alçou ao patamar de mecanismo anômalo de derrogação ou revogação de expresso texto legal.

Também não se queira ver no Enunciado número 331, do Tribunal Superior do Trabalho, qualquer tendência flexibilizadora.

A premissa fundamental é a mesma que já estava no antigo Enunciado número 256 do referido Tribunal:

‘A CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES POR EMPRESA INTERPOSTA É ILEGAL, FORMANDO-SE VÍNCULO DIRETAMENTE COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS, SALVO NO CASO DE TRABALHO TEMPORÁRIO” (ITEM I) E NA CONTRATAÇÃO DE VIGILÂNCIA (ITEM III).’

A segunda parte do aludido item III do supracitado Enunciado número 331, do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviço de conservação e limpeza, bem como os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, *'*desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta*',* retrata penduricalho dispensável e inútil e que só permitirá - como já vem permitindo - visão e entendimento distorcidos.

ENUNCIADO NÚMERO 331, III – 'NÃO FORMA VÍNCULO DE EMPREGO COM O TOMADOR A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA (LEI Nº 7.102, DE 20.06.83), DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA, BEM COMO A DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LIGADOS À ATIVIDADE - MEIO DO TOMADOR, DESDE QUE INEXISTENTE

A PESSOALIDADE E A SUBORDINAÇÃO DIRETA.' Nas relações de trabalho subordinado, a pessoalidade tem caráter personalíssimo e a subordinação direta, a que a Consolidação das Leis Trabalhistas denomina de dependência, são requisitos indispensáveis para a caracterização do vínculo de emprego.

Logo, não apenas aqueles serviços expressamente nominados ou os vinculados à atividade-meio, como até mesmo os prestados a favor da atividade-fim, não propiciarão o surgimento de vínculo empregatício se estiverem ausentes os requisitos da pessoalidade e da subordinação e dependência.

Conclui-se, portanto, à vista dessas considerações, que já se alongam em demasia para uma realidade posta, que o contratado pode vir a postular o reconhecimento de vínculo empregatício em face de sua tomadora de serviço, por se tratar de simples intermediadora de mão-de-obra, que apenas se colocou entre o Contratado e o Órgão Público como fornecedora de pessoal, sem acrescentar nesta relação qualquer transformação do trabalho, por algum tipo de especialização profissional e técnica, de mínima, média ou notória especialização.

Saliente-se que o Órgão Público da Administração Direta deve ter os atos administrativos jungidos à legislação pertinente, observado o princípio da legalidade. Dessa feita, para o caso de provimento de cargos públicos, a Administração deve se ater à realização de concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, previstos no artigo 37, II, da Constituição Federal. Para a necessidade de contratação decorrente de excepcional interesse público, poderá se valer do contrato temporário, consoante estabelecido em Lei - inciso IX, artigo 37, da Constituição Federal.

Se o Órgão da Administração Direta contrata empregado para atender seu objetivo social sem atendimento à exigência de concurso público, fazendo-o por intermédio de empresa interposta, dá ensejo à fraude, visto que contratar por intermédio de interposta pessoa, atende erroneamente o ente público, visto que se contrata a empresa e não o empregado.

No entanto, o contratado é colocado à disposição do empregador de quem recebe ordens, com quem se relaciona direta e permanentemente, afastando-se de forma definitiva de quem o contratara e o remunerava, caracteriza assim a locação de mão-de-obra.

A legislação trabalhista não prevê a possibilidade de tal contratação, já que inviabiliza o aluguel de empregados de outras empresas. Ademais, o Enunciado número 256 do Tribunal Superior do Trabalho, cuidando da contratação de trabalhadores por empresa interposta, excepcionou-a tão-somente para os casos de trabalho temporário e serviço de vigilância, previsto nas Leis números 6.019/74 e 7.102/83. Afora estas hipóteses, são nulas as demais, nos termos do artigo 9º, do Estatuto Consolidado. Com a revisão do verbete de jurisprudência supra, pelo Enunciado número 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o inciso I repete os termos anteriormente expostos. Em seguida, expressa o inciso II:

'A CONTRATAÇÃO **IRREGULAR** DE TRABALHADOR ATRAVÉS DE PESSOA INTERPOSTA, NÃO GERA VÍNCULO DE EMPREGO COM ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA OU FUNDACIONAL (ARTIGO. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

.' Dessa forma, ilegal a contratação, visto que o Enunciado supracitado, apesar de não ter aplicação absoluta, a contratação não se limita ao comando constitucional e legal, ou seja, contratação através de concurso público, conforme previsto no inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal e, principalmente, não demonstrou o interesse público estabelecido no inciso IX do mesmo dispositivo constitucional, que alberga os casos de contratação temporária. Evidenciada a fraude expressa no artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, pode ocorrer o reconhecimento do vínculo empregatício com a Administração Pública. Independentemente do óbice imposto pelo Inciso II, do artigo 37 da Constituição Federal e pelo Enunciado número 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o que se vislumbra é que a Administração Pública como tomadora de serviço sem concurso público tem responsabilidade e obrigações, exatamente iguais, às que assume em face dos empregados concursados, sejam elas pertinentes à remuneração, benefícios e condições de trabalho em geral, sejam as decorrentes das normas de medicina e segurança do trabalho, simplesmente, porque é proibida de utilizar tal tipo de contratação.

A locação de mão-de-obra para a consecução de atividades essenciais à Administração, através das denominadas "prestadoras de serviços" atrai para a mesma a responsabilidade pelo ônus decorrente da relação de emprego do trabalhador que se relaciona diretamente com o Órgão que usufrui de sua força de trabalho, pois esta é sua verdadeira empregadora.

Assim, a intermediação de mão-de-obra sem o respaldo das Leis Federais citadas, na qual o contratado permanece sob o comando, controle e fiscalização da empresa tomadora de seu serviço presume-se FRAUDE, o mesmo ocorrendo no presente caso, mesmo sob a égide das Leis Municipais números 13.278/02 e 10.793/89, alterada pela Lei número 13.261/01.

Por outro lado, a lei não proíbe o funcionamento de empresas prestadoras de serviços temporários. No entanto, a lei exige que o contrato de prestação de serviço temporário tenha prazo determinado de 03 (três) meses e que se renove apenas uma vez para a Administração Indireta e, para o caso da Administração Direta do Município de São Paulo, 12 (doze) meses.

Desse modo, qualquer entendimento, no sentido de que se deve ser aplicado o teor do item II do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que expressa: 'a contratação de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os Órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, previsto no artigo 37, II da Constituição Federal', improcede quando identificada a fraude pelo não-cumprimento do disposto nas Leis pertinentes à espécie.

Jurisprudência vem se firmando no sentido de que não há como seguir a orientação do Enunciado número 331, no seu item II, quando a Administração Pública Direta ou Indireta contrata trabalhadores, fraudulentamente, através de empresas interpostas e por intermédio de nulos contratos de trabalho temporário.

Não pode a Administração Pública receber tratamento privilegiado em relação ao particular, quando pratica ato ilícito, sob pena de ver-se violado o artigo 5º, da Constituição Federal.

Dessa forma, para a contratação de funções vinculadas às atividades-fim de entidades públicas e de serviços cujas atividades correspondem a cargos de pessoal do Órgão, dúvidas não pairam que a terceirização feita por intermédio da contratação de empresas cooperativas significa uma ilegalidade e uma burla ao princípio do concurso público, assente que se encontra essa matéria em inúmeros julgados do Tribunal de Contas da União (TC 1.304/97-6, publicado no Boletim de Direito Administrativo de dezembro de 1997, páginas 833/837 e TC 928.360/98, Boletim de Direito Administrativo de janeiro de 2001, páginas 57/66).

Mesmo que as contratações objetivem atividades subalternas ou intermediárias, inexistentes no quadro de pessoal da entidade, em sendo essas atividades contínuas e geradoras de vínculos de subordinação entre cooperados e o Órgão Público, temos que ilegal é a participação, porque afronta o princípio da moralidade, ao qual se encontra jungida a Administração Pública.

O princípio da moralidade, ao qual se encontra submetida a Administração Pública, determina o afastamento das cooperativas dos certames licitatórios realizados para contratação de serviços de natureza contínua, de intermediação de mão-de-obra. Isto posto, ante a ilegalidade constatada, que enseja a NULIDADE da Licitação, julgo IRREGULAR a Concorrência número 21/02, assim como o Contrato número 26/02, dela derivado, no valor de R$ 107.640,00 (cento e sete mil seiscentos e quarenta reais) mensais, por um período de 12 (doze) meses, formalizado entre a Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação e a COOPERESPORTES – Cooperativa de Trabalho de Esportistas Práticos, para

prestação de serviços de difusão esportiva para o “Programa Mais Esporte”. Oficie-se à Origem para que, na hipótese de o Contrato número 26/02 não ter sido formalizado, tome as providências para sanar a ilegalidade, no prazo de 30 (trinta) dias, remetendo-lhe cópia do presente julgado. Oficie-se à Câmara Municipal de São Paulo e à Excelentíssima Senhora Prefeita, para ciência do presente julgado (2.059ª S.O.).

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Eurípedes Sales - Considerações

Cumpre, de início, definir os pontos controversos surgidos no bojo do processo.

São eles:

1º) Os difusores esportivos substituiriam os professores de educação física, o que exigiria concurso público para preenchimento desses cargos?

E mais: haveria a necessidade da criação desses cargos pela via legislativa, ou seja, através de lei municipal?

E, ainda: haveria de exigir-se dos candidatos diploma universitário específico?

2º) Esta contratação estaria elencada no âmbito da atividade-fim da Secretaria?

3º) Haveria, em decorrência deste contrato, responsabilidade trabalhista para a Municipalidade, como se celetistas fossem os difusores esportivos? O que se infere da documentação constante dos autos é que o PROGRAMA MAIS ESPORTE oferece diversas modalidades esportivas, cuja prática tem um caráter muito mais recreativo do que propriamente esportivo/seletivo.

O caminho escolhido pelos Órgãos Técnicos desta Corte parece não ter sido o melhor porque, da leitura do objeto contratual, depreende-se que aos contratados cabe a tarefa de difundir, propagar e divulgar o programa, com vistas a atrair o maior número possível de participantes, ou seja, crianças e pré-adolescentes.

E, ao julgamento, interessa uma análise profunda do objeto do contrato.

Não se trata de mão-de-obra, atividade-fim.

Trata-se de atividade-meio, que faz parte de um conjunto de funções exercidas por uma equipe multidisciplinar, visando a atingir o objetivo-fim do Programa Mais Esporte.

Os ex-atletas são parte integrante e específica nas suas áreas de conhecimento, não devendo confundir-se as suas atribuições com as funções técnico-pedagógicas dos profissionais da área de educação física.

É um programa separado da atividade curricular. Os difusores esportivos da área de futebol, basquete, vôlei, etc. vêm aprimorar as técnicas já aplicadas pelos profissionais da área de educação física, com base no conhecimento e prática adquiridos no decorrer dos longos anos de suas carreiras.

Como se verifica, o trabalho destes profissionais reveste-se de fundamental importância porque atuam, antes, atraindo as crianças e os pré-adolescentes e complementam, ao depois, com sua experiência de profissionais da área, os conhecimentos técnicos ministrados pelos professores de educação física.

Cabe registrar que a contratação desses ex-atletas se assemelha à dos artistas, descrita no inciso III e no parágrafo 1º, do artigo 25, da Lei Federal nº 8.666/93, que trata da contratação com inexigibilidade de licitação:

'Artigo 25 - É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

.... .III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º - Considera-se de notória especialização o **profissional** ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de **desempenho anterior,** estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.' (grifos nossos)

Futebol é arte. Basquetebol é arte. Voleibol é arte. O esporte, em si, é arte.

O treinamento prático oferecido é diferente do treinamento físico científico que está a cargo dos profissionais técnicos e de outros componentes da equipe multidisciplinar.

É de se lembrar que o contrato exige, como currículo dos cooperados, a participação em campeonatos estaduais e/ou nacionais, sendo que 20% deles deveria trazer em sua bagagem de conhecimentos a participação em seleções nacionais nas diversas modalidades.

Na realidade, os difusores esportivos irão dar o apoio prático, transmitindo, nessas clínicas, os conhecimentos adquiridos, através de demonstrações e palestras, o que pode ser interpretado como um treinamento mas, insisto, um treinamento que não pode ser confundido com o treinamento físico e

específico, de caráter pedagógico, ministrado pelos servidores concursados e legitimamente designados para tal mister.

É que a palavra treinamento é equívoca. Outro fato relevante é o custo-benefício dos serviços prestados, que é atrair o maior número de participantes ao programa e, ainda, a Municipalidade poder utilizar a imagem institucional do difusor esportivo, esta última de difícil definição financeira, dada a relevância desta iniciativa.

Importante, portanto, a integração desses ex-atletas à equipe multidisciplinar, eis que esses ídolos do esporte brasileiro, detentores de notórios conhecimentos, muito contribuirão para o sucesso do referido programa.

O voto do Douto Conselheiro Edson Simões é no sentido da nulidade da Concorrência nº 26/01 e respectivo contrato, firmado entre a Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação e a COOPERESPORTES - Cooperativa de Trabalho de Esportistas Práticos, para prestação de serviços e difusão esportiva para o "PROGRAMA MAIS ESPORTE".

Fundamenta seu voto na impossibilidade de contrato de mão-de-obra pela Administração Pública direta e indireta a não ser por via de concurso público.

Enfatiza a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício iminente do cooperado junto à tomadora, em virtude de a prestação laboral se dar com subordinação, pessoalidade e mediante salário, requisitos básicos do contrato laboral, colocando a cooperativa, "in casu", em situação diversa de sua característica jurídica e revelando-se tão-somente como simples intermediadora de mão-de-obra.

O artigo 442, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece:

'Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviço daquela'.

Não há nos autos qualquer indício de que a COOPERESPORTES seja uma entidade criada para burlar os princípios do cooperativismo, normatizado pela Lei 5.764/71.

Por outro lado, esta lei foi amplamente recepcionada pela vigente Constituição Federal que, em seu artigo 5º, inciso XVIII, estabelece:

'A criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas, independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.'

De fato, a especializada justiça trabalhista vem se mostrando fiel fiscalizadora quanto a este tipo de prestação de serviços.

Explica-se, entretanto, o zelo da justiça obreira nesse mister, pela má aplicação do parágrafo único do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, por alguns setores empresariais que, praticamente, "criam" cooperativas com o fito de burla à relação empregatícia consolidada, escapando, desta forma, dos encargos decorrentes do contrato de trabalho legal.

Há que se considerar, porém, que o cooperativismo, normatizado pela Lei 5.764/71, amplamente recepcionado pela Carta Magna de 1988, no seu artigo 5º, inciso XVIII, não pode, de forma alguma, ser relegado do quadro jurídico, e seu amparo legal transformado em letra morta.

Retomando o artigo 442 da CLT, cujo parágrafo único determina "in verbis": 'Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, **não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre eles e os tomadores de serviços daquela**'. (grifamos)

Portanto, entendo ser o contrato em tela de ampla legalidade, visto que aplicado sob o balizamento dos tais ditames mencionados, não perdendo a característica original, desaguando em relação laboral comum.

E sob o particular aspecto de ser a tomadora, "in casu", órgão público da administração direta ou indireta, em nada obsta a aplicabilidade contratual.

O entendimento jurisprudencial ainda avança no tema, concluindo inabaláveis os termos do parágrafo único do artigo 442 da CLT, cuja prevalência deve subsistir por si só; a tese merece maior agasalho, ainda com o fato de o cooperado não ignorar a sua condição firmada junto à sua cooperativa.

VOTO

Considerando que as atribuições dos difusores esportivos restringem-se ao apoio prático, não conflitando com as funções pedagógicas dos servidores municipais da área de educação física;

Considerando que a atividade de divulgação do Programa Mais Esporte é atividade-meio, pois integra uma equipe multidisciplinar; considerando, ainda, a inexistência de superposição de tarefas, ficando a cargo de cada membro da equipe multidisciplinar a sua participação;

Considerando, ademais, que no custo-benefício está incluída a utilização, pela Municipalidade, da imagem institucional dos difusores esportivos, por valores pouco significativos, dada a importância social do programa e

Considerando, afinal, que o ajuste foi firmado ao abrigo da legislação vigente, **voto** pela regularidade da contratação.

Outrossim, determino que, sob a responsabilidade do ordenador e antes de qualquer pagamento mensal, a contratada comprove o atendimento à legislação social, aplicada às cooperativas.

Determino, ainda, o acompanhamento da execução contratual (2.061ª S.O.).

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Roberto Braguim

Adotando o relatório já aprovado por este Egrégio Plenário, divirjo, entretanto, com a máxima vênia, da Nobre Conselheira Relatora, que concluiu pela regularidade do Contrato de n.º 26/SEME/2002, firmado entre a Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação e a Cooperesportes - Cooperativa de Trabalho de Esportistas Práticos, em 10 de julho de 2002, objetivando

Prestação de Serviços de Difusão Esportiva para o "Programa Mais Esporte" (fls. 05/16). Diversamente, voto pela irregularidade, tanto do referido Contrato, quanto da Concorrência de n.º 01/02 (fls. 81/124) que lhe deu causa, dando ênfase a outros fundamentos, entretanto, que não aqueles prestigiados pelo Nobre Conselheiro Revisor, que também diverge da douta Relatoria.

Ocorre que sempre que o binômio cooperativa/relação de emprego é exposto à claridade da análise jurídica, revela-se inevitável o entrechoque de opiniões conflitantes.

A profusa publicação jurisprudencial atesta a correntia freqüência de tais embates, nos mais diversos pretórios, onde quer que a questão venha a ser suscitada.

A doutrina, igualmente atraída pelo fascínio do tema, não é menos fértil. Referindo-me exclusivamente às relações de trabalho da ordem privada, creio poder afirmar que tais antagonismos de entendimento não parecem ter outra origem senão a de prestar-se, o cooperativismo de trabalhadores, quando distorcido e mal interpretado, a mascarar evidentes relações empregatícias, na tentativa de subtrair seus protagonistas aos direitos e obrigações tutelados pelo Direito do Trabalho.

De um lado, quem oferece o trabalho, até para tornar atrativa sua oferta, não se diz empregado; de outro, quem recruta esse trabalho não se diz empregador.

Tendo se tornado momentoso, em sede de Direito do Trabalho, o tema não tardou a transbordar para o âmbito da Administração Pública, até que o disposto no artigo 37, II, da Constituição Federal, expulsasse dessa seara qualquer discussão a propósito de o contrato entre o ente público e a cooperativa vir a configurar relação empregatícia entre aquele e o trabalhador cooperado.

O próprio Judiciário Trabalhista, através do Enunciado 363 do Tribunal Superior do Trabalho, se encarregou de deixar meridianamente claro que suas portas estavam fechadas a esse tipo de questão.

Assim sendo, sem embargo dos eruditos subsídios trazidos aos autos, entendo que o exame do presente possa satisfatoriamente esgotar-se nos limites das regras e princípios que informam o Direito Administrativo. Na verdade, o que importa é saber-se, liminarmente, da regularidade da licitação, indagando-se da regularidade de seu objeto, consistente na contratação de empresa ou cooperativa (fls. 35) para prestação de serviços que o edital chama de “difusão esportiva” (fl. 34), e elencados em um rol ou atribuições estampadas no anexo IV do mesmo edital (fl. 62).

Ocorre que essas atribuições, como constatado pela Divisão Técnica III, à fl. 163, coincidem com as funções de Técnico de Educação Física e Auxiliar Técnico Desportivo, já existentes nos quadros funcionais da Secretaria de origem.

Apenas uma das funções, das arroladas à fl. 62 (Edital) ou às fls. 06 (Contrato) e atribuídas aos Difusores Esportivos não é já contemplada nos quadros funcionais daquela Secretaria.

Trata-se da atribuição cometida aos Difusores de ‘Autorizar a SEME o uso de sua imagem institucional’.

Essa frágil diferença, contudo, consistente no acréscimo de uma única atividade, sequer definida com precisão no Edital ou no Contrato, como acentua SDG com toda propriedade, é seguramente insuficiente para tornar o conjunto de atribuições dos Difusores diverso do já exercido pelos servidores da Secretaria de origem.

Nem basta, essa diferença, para descaracterizar a irregular contratação de mão-de-obra para atividades-fim da Administração Pública, em flagrante ofensa ao princípio da obrigatoriedade do concurso público e do mandamento constitucional insculpido no artigo 37, II, da Constituição Federal. Isto posto, julgo irregular a Concorrência em exame, e, por conseqüência, o Contrato dela decorrente, deixando, entretanto, de aplicar qualquer sanção aos responsáveis, por não vislumbrar indícios de dolo ou má-fé (2.066ª S.O.).

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso

Em julgamento, o Contrato nº 26/SEME/02, oriundo da Concorrência Pública 01/02, celebrado entre a Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação e a Cooperesportes – Cooperativa de Trabalho de Esportistas Práticos, tendo por objeto a prestação de serviços de difusão esportiva para o "Programa Mais Esporte".

A Conselheira Relatora Mariana Barbosa acolheu, sem ressalvas, o ajuste pelas seguintes razões: - a contratação tem por objetivo oferecer programação esportiva e recreativa para crianças e adolescentes em período COMPLEMENTAR ao horário normal de aulas e estender o tempo de acompanhamento pedagógico e social de estudantes do ensino fundamental, priorizando a Rede Pública Municipal de Ensino;

- as atribuições dos difusores esportivos são mais abrangentes e específicas que as dos técnicos e professores de Educação Física dos quadros daquela Pasta, não se restringindo a diferença entre as duas categorias, apenas, à possibilidade de uso ou não de sua imagem institucional;

- a característica de os difusores serem atletas ou ex-atletas com destaque em campeonatos oficiais e, inclusive, em seleções nacionais de sua categoria esportiva, é o principal estímulo aos jovens e seus familiares para participarem do "Programa Mais Esporte", cuja intenção é mais social do que esportiva; - não ocorreu burla ao concurso público, pois não se cogita de criação de cargos para suprir necessidade temporária da Administração;

- inexiste trabalho subordinado, vez que o gerenciamento das atividades dos difusores é exercido pelo grupo de cooperados e não pela Municipalidade; - o fato de a Secretaria de Esportes fiscalizar a fiel execução do contrato não significa "subordinação";

- não é ilegal a Administração Pública transferir a execução, a gerência e o controle de um serviço para uma empresa para realizar o trabalho;

- não ocorre a "pessoalidade" decorrente da "subordinação", marca inerente de servidores e empregados, porque pode ocorrer a substituição no caso de falta de qualquer difusor, conforme cláusula contratual;

- não há jornada de trabalho a caracterizar eventual locação de mão-de-obra, pois as 30 (trinta) horas são distribuídas não só em três dias úteis da semana no mínimo, como também em fins de semana, tendo em mira o escopo do Programa a ser desenvolvido;

- inexiste, portanto, contrato de mão-de-obra por interposta pessoa jurídica;

- trata-se de um contrato com uma cooperativa prestadora de serviços para desenvolvimento de atividade relacionada com um programa da atual gestão governamental, de natureza temporária, não se confundindo com as atribuições primordiais da SEME;

- como o ajuste configura prestação de serviço, não cabe discutir se há atividade meio ou fim.

O Conselheiro Revisor Edson Simões, apresentando voto em separado, julgou irregulares a Concorrência e o Contrato pelos seguintes motivos:

- para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, a Municipalidade de São Paulo deve respeitar o inc. IX do art. 37 da C.F., regulado pela Lei Municipal 10.793/89, sob pena de fraude à legislação vigente.

Analisou o Enunciado 331 do TST, concluindo que a hipótese configura locação de mão-de-obra e possibilita o reconhecimento de vínculo empregatício com a tomadora de serviço.

O contrato de cooperativa para atividade-fim da Administração constitui burla aos princípios do concurso público e da moralidade.

Determinou, enfim, o Nobre Conselheiro Edson Simões, a nulidade da licitação e a aplicação de multa de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) ao ordenador da despesa.

Na linha da Conselheira Relatora, o Nobre Conselheiro Eurípedes Sales iniciou seu voto, indagando se os difusores esportivos substituiriam os professores de Educação Física, se deveria ser criados cargo, por lei, exigindo diploma de nível superior aos candidatos a seu preenchimento por concurso público, se exercem atividade-fim da Secretaria e se haveria responsabilidade trabalhista para a Municipalidade, pela sua contratação.

Respondendo às próprias indagações, enfatizou que a análise do objeto do contrato traria a solução a todas essas questões, alegando:

1) Quanto às funções dos difusores, consistem em atividade-meio a integrar um conjunto de atribuições exercidas por uma equipe multidisciplinar, cujo intuito é alcançar o objetivo do Programa.

Não se confundem com as funções técnico-pedagógicas exigidas ao profissional concursado da área de educação física.

2) Além de atrair crianças e pré-adolescentes, o trabalho dos difusores COMPLEMENTA os ensinamentos ministrados pelos professores de

educação física, fazendo um treinamento que não se confunde com aquele do técnico.

3) A presente contratação assemelha-se à dos artistas, prevista no inciso III e § 1º do art. 25 da Lei Federal 8.666/93, exigindo profissional consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES - Revisor, EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM.

Presente, nesta sessão, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, sem direito a voto, tendo em vista que o mesmo foi proferido pela Conselheira Interina MARIANA P. A. Q. BARBOSA, na 2.055ª S.O.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 18 de dezembro de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente, com voto

MARIANA P. A. Q. BARBOSA
Relatora.

RELATÓRIO

No presente caso, essencial a anterior participação do difusor em campeonatos estaduais e/ou nacionais, nas diversas modalidades esportivas, como fator de sua notoriedade.

4) Vantajosa, à Administração, a possibilidade de utilizar a imagem institucional dos difusores esportivos para atrair maior número de participantes ao Programa de tamanha importância social.

Concluiu o Conselheiro Eurípedes Sales, não haver, nos autos, qualquer indício de ser a Cooperesportes entidade criada para burlar as normas e os princípios do cooperativismo, ou da legislação trabalhista, e, julgando regular a contratação, determinou: sob a responsabilidade do ordenador e antes de qualquer pagamento mensal, a contratada comprove o atendimento à legislação social aplicável às cooperativas; e seja realizado o acompanhamento da execução contratual pela auditoria.

Votando pela irregularidade dos atos sob exame, argumentou o Conselheiro Roberto Braguim: - na contratação de cooperativas, deve evitar-se a burla à legislação trabalhista ou ao art. 37, inc. II da Constituição Federal; - importa analisar, à luz do Direito Administrativo, o objeto do contrato, as atribuições do Técnico de Educação Física e do Auxiliar Técnico Desportivo, cargos existentes nos quadros de pessoal daquela Secretaria.

Apenas uma das funções do difusor é diferente das contempladas nos quadros funcionais da Pasta:

a autorização à SEME do uso de sua imagem institucional. Isto, no entanto, não basta para descaraterizar a irregularidade da contratação de mão-de-obra para atividade-fim da Administração, em flagrante ofensa ao princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público.

Embora julgando irregulares os atos da Origem, o Conselheiro Roberto Braguim reconheceu não vislumbrar dolo ou má-fé dos responsáveis, não lhes aplicando qualquer sanção.

Constatado o empate, avoquei os autos, com fulcro no art. 172, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

VOTO

Alinho-me à corrente que acolheu o contrato, passando a declinar as razões de meu convencimento.

Não encontrei, nos autos, como já realçou o Conselheiro Eurípedes Sales, qualquer indício de que a Cooperesportes seja pessoa jurídica criada para burlar os princípios do cooperativismo, normatizados pela Lei Federal nº 5.764/71, ou da legislação trabalhista.

Trata-se de empresa prestadora de serviços de divulgação esportiva que não objetiva fornecer mão-de-obra em fraude aos direitos trabalhistas ou falsa terceirização.

Quanto à ausência dos elementos caracterizadores da relação de emprego, o tema foi suficientemente analisado pela Conselheira Relatora Mariana Barbosa, cujos fundamentos integro a meu voto.

O cerne da questão encontra-se na definição de TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA e no enquadramento, ou não, do ajuste, naquele modelo. No campo da Administração Pública, somente será admissível a terceirização, excepcionalmente, para prestação de tarefas específicas, não configuradas como

atividade-fim ou de natureza administrativa, durante prazo determinado, por empresa especializada.

É o que se constata na análise do contrato em julgamento.

Avulta, nos serviços contratados, sua natureza de apoio técnico especializado, gizado por nota especial que mais adiante apontarei.

Não apurei o exercício de atividade-fim da Secretaria, tampouco de atividade tipicamente administrativa, estas sim, intransferíveis a terceiros, como bem consolidado na doutrina e na jurisprudência.

De fato, os serviços estipulados no contrato são executados paralelamente às atividades dos profissionais integrantes do quadro de pessoal da SEME, não guardando relação de identidade com as atribuições desempenhadas por aqueles servidores.

Aliás, sobre os traços distintivos entre as funções dos difusores e dos profissionais da SEME, os Nobres Conselheiros Mariana Barbosa e Eurípedes Sales já analisaram exaustivamente, razão pela qual me permito apenas referenciá-los, subscrevendo-os neste voto.

Chamo a atenção para os seguintes pontos: a razão do ajustado; a tarefa específica e o prazo determinado.

O Programa da atual gestão tem como objetivo resolver QUESTÃO SOCIAL – tirar, da rua, crianças e adolescentes de famílias de baixa renda, oferecendo-lhes programação esportiva e recreativa em seu tempo livre, pós-jornada escolar, inclusive em finais de semana.

Visa a estender o tempo de acompanhamento pedagógico social de estudantes do ensino fundamental, prioritariamente da Rede Municipal de Ensino na Cidade de São Paulo. Não se trata, portanto, de disciplina curricular a que os alunos matriculados nas escolas se obrigam a cursar, mas de atividade ESPECÍFICA, fornecida pela Secretaria aos interessados que se inscreverem no Programa voluntariamente.

A prestação desses serviços por terceiro especializado far-se-á mediante módulos esportivos integrados por DIFUSORES ESPORTIVOS, cuja marca essencial é serem EXEMPLOS VIVOS de sucesso desportivo, ídolos, pessoas de destaque em campeonatos e seleções estaduais ou nacionais.

Como bem ressaltou o Conselheiro Eurípedes Sales, a utilização da imagem institucional dos difusores imprime nota especial ao contrato, pois, certamente redundará em maior eficiência no atingimento do interesse público, a par da vantajosidade para a Administração.

Defronta-se, em conseqüência, com um contrato de pessoa jurídica especializada, durante determinado prazo, para prestação de apoio técnico a Programa com objetivos educativos e sociais, sem identificação com as atribuições dos titulares de cargos e funções da contratante.

Presentes as condições para a terceirização lícita, VOTO PELA REGULARIDADE DO AJUSTE.