EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-003.162.93-72

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou procedente a denúncia e irregular o convênio sobre contratação de funcionários. Centro de Apoio Social e Atendimento do Município de São Paulo. CASA. Desobrigação da reposição dos valores indevidos. Multa afastada. CONHECIDOS. PFM NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime. Voluntários PROVIDOS. Votação por maioria.

Legislação citada: Art. 13, § 3º, EC 1/69. Arts. 5º, XXXVI e 37, II, CF. Art. 19 ADCT, Sum. 331 TST. Art. 71, § 1º, Lei 8.666/93

2.737ª Sessão Ordinária

1º Julgado – ata 1851ª

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.733ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro JOÃO ANTONIO – 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 conhecer dos recursos interpostos, eis que tempestivos e devidamente instruídos.

ACORDAM, ademais, no mérito, à unanimidade, em negar provimento às razões recursais ofertadas pela Procuradoria da Fazenda Municipal.

ACORDAM, ainda, quanto ao mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator e DOMINGOS DISSEI, em dar

provimento aos recursos interpostos pelos Senhores Eduardo Jorge Martins Alves Sobrinho e Sonia Correia Lins, para o fim de cancelar a penalidade a eles imposta, referente à reposição ao erário dos valores considerados irregulares, tendo em vista que não houve evidência de prejuízo aos cofres públicos decorrentes do convênio, bem como para cancelar a pena de multa aplicada a ambos por ausência de má-fé, nos termos do parágrafo único do artigo 55 da Lei Orgânica desta Corte.

Vencido, neste tópico, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Revisor, que desproveu os recursos interpostos e manteve íntegro o V. Acórdão, consoante declaração de voto apresentada.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar o envio dos ofícios, a saber:

(I) ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em resposta ao procedimento PJC-CAP 299/95, dando ciência ao Órgão Ministerial das conclusões alcançadas nestes autos;

(II) ao Departamento de Procedimentos Disciplinares – Proced – em resposta ao Ofício 122/05 – PROCED 3, Ordem Interna 17/2003, referente à sindicância constituída para apurar irregularidades apontadas no PA 2001-0.248.838-6, com as conclusões alcançadas neste processado.

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

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor e DOMINGOS DISSEI.

Ausentou-se o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, por motivo previamente justificado.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de abril de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Ex-presidente Executiva do Centro de Apoio Social e Atendimento do Município de São Paulo – CASA – a qual solicitou, em 14.04.1993, parecer deste Tribunal sobre as contratções de funcionários para a prestação de serviços em Unidades da Secretaria Municipal de Saúde, com base no Termo de Convênio SMS/CMV nº 01/89, firmado entre aquela Secretaria Municipal e o Corpo Municipal de Voluntários – CMV, antiga denominação do CASA.

O objeto do referido Convênio era o *"(...) desenvolvimento conjunto de um programa de apoio emergencial à rede de saúde do Município de São Paulo."*.

O Convênio foi firmado em 31.07.1989, com prazo de duração de 01 (hum) ano, com possibilidade de prorrogação.

A referida consulta foi recepcionada nesta Corte com a natureza de denúncia, conforme decisão do Excelentíssimo Conselheiro Relator, fls. 32.

Com a nova natureza jurídica da consulta, as partes interessadas foram intimadas a se manifestar. Pela Secretaria Municipal de Saúde foi intimado o senhor Eduardo Jorge Alves Sobrinho, Secretário da pasta que firmou o ajuste. Pelo antigo Corpo Municipal de Voluntários, foi intimada a Presidente Executiva signatária do Convênio, senhora Sônia Correia Lins.

Ambos os signatários do ajuste defenderam a legalidade do Convênio, pelas razões aduzidas às folhas 82/83 – senhora Sônia Correia Lins, e às folhas 84/89 – senhor Eduardo Jorge Alves Martins Sobrinho.

A Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM defendeu a legalidade do Convênio, mormente porque ficou demonstrada *(i)* a necessidade do pessoal que o CMV contratou para as Unidades da SMS, *(ii)* havia a presução de que esses contratados estavam qualificados para as funções às quais foram designados e, *(iii)* que os serviços contratados foram prestados a contento. Pelas razões expostas, requer o acolhimento do Convênio.

O Assessor Jurídico desta Corte, em fundamentado parecer, asseverou:

"Concluimos, portanto, pela irregularidade da contratação de servidores, sob o regime da CLT, pelo antigo Corpo Municipal de Voluntários, a implicar na rejeição das despesas efetuadas a esse título, mas levando-se em conta que, a despeito das impropriedades verificadas, o ato atingiu o seu fim, qual seja, suprir as deficiências das Secretarias da Saúde, da Educação, das Administrações Regionais e do Governo Municipal, inócua se afigura sua rejeição a esta altura." (fl. 35)

Secretaria Geral manifestou-se no sentido de que:

"(...) acompanhar as conclusões expostas pelo Assessor Jurídico, Dr. Jurandyr Nilson, bem assim ratificar o pronunciamento desta SDG, já referido, no sentido de se ter por irregular o convênio em análise, dispensando-se, porém, a apenação aos senhores Sônia Correia Lima e Eduardo Jorge Martins Alves, visto que a despeito da irregularidade apontada, o convênio atingiu sua finalidade, suprindo as deficiências das Secretarias Municipais atendidas, não havendo em consequência qualquer prejuízo ao erário público."

Em julgamento datado de 07.04.1999, o Plenário desta Corte julgou pela procedência da denúncia, rejeitando o convênio em exame e as despesas dele decorrentes, com a determinação aos responsáveis pelas contratações, a reposição aos cofres públicos dos valores referentes à despesa irregular, aplicando, ainda, a cada um, a multa prevista nos artigos 52, II, e 53, da Lei Municipal nº 9.167/80 c/c o artigo 133, do Regimento Interno.

Sobrevieram os recursos ordinários da Procuradoria da Fazenda Municipal, folhas 138/146, do senhor Eduardo Jorge Martins Alves Sobrinho, folhas 484/499 e da senhora Sônia Correia Lins, folhas 507/511.

Em apertada síntese, o senhor Eduardo Jorge requereu a reforma do julgado, para acolhimento do Convênio celebrado com o CMV e o cancelamento da imposição da multa, bem como da condenação da devolução dos valores ao erário.

A senhora Sônia Correia Lins pediu a anulação da decisão, sustentando que, in verbis, *"a decisão de dar quitação aos salários recebidos pelos servidores em questão não tem outro conteúdo senão revelar o reconhecimento da Corte, ante o pode ser auferido na investigação encetada, quanto à efetiva prestação dos serviços, já que, se assim não fosse, jamais teria sido possível quitar os vencimentos pagos com o dinheiro público.*", folha 510.

Por seu turno, a PFM reiterou que a *"(...) decisão de quitar os salários recebidos pelos servidores contratados, uma vez que não houve dolo ou má-fé, não cabendo, portanto, restituição por parte dos mesmos (...)*" mereceria reforma, e que a questão deveria ser apurada e, procedimento apartado

que demonstrasse o montante da despesa e examinasse a eficácia dos pagamentos efetuados pelo Município, folha 538.

A Secretaria Geral, em despacho saneador, folhas 539/547, analisou as razões recursais dos recorrentes e, em conclusão, opinou pelo improvimento do recurso da PFM, pois inexiste no processo qualquer prova ou mesmo indício de má-fé dos servidores contratados, pois exerceram suas funções nos locais determinados pelo empregador e tinham habilitação para o exercício das funções. Além do mais, posteriormente ingressaram no serviço público mediante concurso público, de onde se conclui que a boa-fé era inafastável pelo acórdão recorrido.

Em relação aos recursos dos senhores Eduardo Jorge e Sônia Correia Lins, a Secretaria Geral opinou pelo conhecimento dos mesmos e, no mérito, pelo provimento em relação ao tópico da condenação da penalidade de devolução dos valores ao Erário, e deixando a critério do Conselheiro Relator a relevação das multas impostas a ambos.

É o RELATÓRIO.

VOTO

CONHEÇO DOS RECURSOS INTERPOSTOS, eis que tempestivos e devidamente instruídos.

No mérito, em relação às razões recursais ofertadas pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM - acompanho o eminente parecer da Secretaria Geral, **DECIDINDO PELO SEU IMPROVIMENTO**.

De fato, em que pese a discussão em torno da legalidade ou não da contratação, deve-se reconhecer que os funcionários contratados efetivamente prestaram serviços, sendo-lhes devidas a contraprestação pecuniária pelo trabalho prestado.

Impor, a essa altura, nova discussão sobre a legalidade da quitação dos salários recebidos pelos servidores contratados seria atentar contra os princípios da segurança jurídica, do fato consumado e do funcionário de fato.

Em relação às razões recursais ofertadas pelo senhor Eduardo Jorge Martins Alves Sobrinho e pela senhora Sônia Correia Lins, passo a analisá-las em conjunto, pois são convergentes.

Conforme salientou o parecer da Secretaria Geral, deve-se afastar a má-fé dos responsáveis pela contratação, uma vez que foi

fartamente comprovada a necessidade efetiva e emergencial de contratar funcionários. Além do mais, ficou demonstrada a habilitação dos contratados, a inexistência de prejuízo ao Erário, a transitoriedade do Convênio e a posterior admissão dos servidores através de concurso público.

Diante de todo o exposto, e levando-se em conta o eminente parecer da Secretaria Geral, que adoto como razões de decidir, **DOU PROVIMENTO aos recursos interpostos por EDUARDO JORGE MARTINS ALVES SOBRINHO e por SÔNIA CORREIA LINS**, para **CANCELAR a penalidade a eles imposta para reposição ao Erário porque não houve evidência de prejuízo aos cofres públicos decorrentes do presente Convênio, bem como para CANCELAR a pena de multa a ambos aplicadas, por ausência de má-fé, nos termos do parágrafo único do artigo 55 da Lei Orgânica desta Corte**.

DETERMINO, ainda que sejam encaminhados os oficios, a saber:

(i) ***ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em resposta ao procedimento PJC-CAP nº 299/95****, dando ciência ao Órgão Ministerial das conclusões alcançadas no presente TC;*

(ii) **ao Departamento de Procedimentos Disciplinares – PROCED –** em resposta ao Ofício nº 122/05 – PROCED 3, Ordem Interna 17/2003, referente a Sindicância constituída para apurar irregularidades apontadas no PA nº 2001-0.248.838-6, com as conclusões alcançadas no presente TC.

Após as comunicações de praxe, **ARQUIVEM-SE** os autos.

Este é o meu voto, Senhor Presidente. **(2.733ª S.O.)**

Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim:

A questão fulcral em debate diz respeito à terceirização indevida de serviços inerentes ao Poder Público, os quais deveriam ser prestados diretamente pela Administração.

De há muito que as Cortes Superiores brasileiras rejeitam a adoção dessa conduta pelos gestores públicos.

Do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, extrai-se de voto do Eminente Ministro Moreira Alves, prolatado em 1994, a seguinte passagem:

"Com efeito, o § 3º do artigo 13 da Emenda Constitucional n. 1/69 ('A União, os Estados e os Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais') nada tem que ver com a hipótese em causa, porquanto diz ele respeito a convênio entre a União, os Estados e os Municípios pelo qual qualquer dessas entidades pode cometer a outra a execução de suas leis, serviços ou decisões, e não a convênio entre a União, Estados e Município e pessoa jurídica de direito privado.Por outro lado, se o acórdão recorrido, em última análise, ao desconsiderar o convênio em causa por fraude à exigência constitucional do concurso público, o teve como inválido, mantida a situação por ele encoberta de ralação de emprego diretamente com a União Federal – questão essa que se exaure no plano infraconstitucional, não sendo possível examiná-la em recurso extraordinário -, não violou ele o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da atual Constituição).Igualmente não houve ofensa ao artigo 37, II, da Constituição vigente, porquanto esse dispositivo foi utilizado perlo acórdão recorrido para caracterizar o convênio como meio de fraudar a norma nele contida, razão por que teve os ora recorridos como servidores da União admitidos sem concurso, aplicando-lhes, com base nessa premissa, o artigo 19 da ADCT para os que se encontravam nessa situação havia mais de cinco anos quando foi promulgada a Constituição de 1988. Partindo dessa premissa – que decorre da análise dos fatos para a caracterização de convênio fraudulento que encobriria relação jurídica entre os ora recorridos e a União Federal -, não pode, também, pretender que esse artigo 19 do ADCT tenha sido violado."
(Recurso Extraordinário nº 154.469).

Passados quase vinte anos desse julgamento, o entendimento a respeito da matéria não sofreu alterações, ou melhor, foi sendo modificado no sentido de cada vez mais tornar-se mais rígido e gravoso, culminando com a edição da Súmula 331 do Tribunal Superior de Trabalho, que consagra a repulsa à terceirização fraudulenta de mão de obra, seja por meio da chamada terceirização clássica, seja por meio da contratação de cooperativas ou formalização de convênios.

Nessa linha, vale transcrever recente julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. CONVÊNIO. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Não se sustenta a argumentação do Município Reclamado, acerca da impossibilidade de reconhecer sua responsabilidade subsidiária em razão da celebração de convênio. Esta Corte possui o entendimento de que tal fato não descaracteriza a terceirização, conforme precedentes colacionados no corpo do acórdão. Ultrapassado o óbice apresentado pelo segundo Reclamado, o que se observa é que o Regional declarou a ilicitude da terceirização, tendo em vista que a Autora foi contratada para atividade-fim do Município. Tal assertiva sequer foi objeto de insurgência pelo Agravante, o qual se limitou a discutir a responsabilidade subsidiária, sob o enfoque do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93 e ADC n.º 16. Ora, a aplicação do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93 pressupõe a existência de terceirização lícita, atrelada à execução de atividade-meio da tomadora de serviços. Nesta senda, tendo o Regional identificado no caso concreto a existência de fraude, a discussão nem sequer deve chegar à análise da ausência de fiscalização da execução do contrato de trabalho pelo ente público, tendo em vista a inequívoca constatação de irregularidade na própria terceirização. Diante de tal quadro fático, a configuração de fraude é suficiente para comprovar a existência de culpa do segundo Reclamado, responsabilizando-o, por conseguinte, pelo pagamento das verbas deferidas. Em tais situações, o que se verifica é a necessidade de declaração da responsabilidade solidária do tomador de serviços, ainda que ente público, a qual, no entanto, não se declara, em face da impossibilidade de reformatio in pejus. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (Processo: AIRR - 578-06.2010.5.01.0051 Data de Julgamento: 10/04/2013, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/04/2013.)."*

Desse modo, sob esse aspecto, não merece qualquer reparo o v. Acórdão guerreado, que deve ser mantido intocado.

Outro ponto que não pode ser olvidado refere-se à pretensão recursal da Procuradoria da Fazenda Municipal, no que tange à devolução pelos servidores irregularmente contratados dos valores percebidos a título de salários.

Não há como prevalecer essa tese. A Corte Maior, pautada pela ojeriza ao enriquecimento sem causa pela Administração, decidiu, sob a Relatoria do Ministro Celso de Mello, nos seguintes termos:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO - MATÉRIA TRABALHISTA - DECRETAÇÃO DE NULIDADE DA CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO EFETUADA APÓS A PROMULGAÇÃO DA VIGENTE CONSTITUIÇÃO - RECEBIMENTO DO SALÁRIO COMO ÚNICO EFEITO JURÍDICO VÁLIDO - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CONCURSO PÚBLICO - EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL - RECURSO IMPROVIDO. - O empregado - embora admitido no serviço público, com fundamento em contrato individual de trabalho celebrado sem a necessária observância do postulado constitucional do concurso público - tem direito público subjetivo à percepção da remuneração concernente ao período efetivamente trabalhado, sob pena de inaceitável enriquecimento sem causa do Poder Público. Precedentes." (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 743712).*

Também deve permanecer intacta a decisão apelada quanto a essa argumentação do órgão fazendário.

Assim sendo, conheço dos recursos interpostos, posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade, para desprovê-los, no mérito, pautado pela manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, mantendo-se íntegro o v. Acórdão de fl. 137.

É como voto.