TC nº 72-003.304.11-19

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. SMC. Serviços de atendimento para empréstimos de livros e revistas. Projeto Ônibus Biblioteca. Violação da obrigatoriedade de concurso público. Contabilização da despesa na rubrica "Outros Serviços de Terceiros". IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS, excepcionalmente. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 72.003.306.11-44 e 72.003.304.11-19.

Legislação citada: Art. 7º, §2º, II, Lei 8.666/93. Arts. 7º, III; 8º, II, Dec. Mun. 46.662/05. Art. 26, Lei Mun. 13.278/02; art. 18, § 1º, Lei Compl. 101/00. Artigo 37, IX, CF. Lei 10.793/89. Art. 64, Lei 9.995/00.

TCs citados: 72.006.634.04-09 e nº 72.003.367.04-00

2.769ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 14/08/2015

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutido 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, tendo em vista a violação da obrigatoriedade constitucional de concurso público e a infringência à Lei de Responsabilidade Fiscal, pela contabilização da despesa na rubrica "Outros Serviços de Terceiros" e não em "Outras Despesas de Pessoal", em julgar irregular o Pregão Presencial 15/CSMB-SMC/2010 e o Contrato 01/2011/CSMB, aceitando, excepcionalmente, os efeitos financeiros, em razão da efetiva prestação dos serviços e em homenagem aos princípios de segurança e estabilidade jurídica.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 8 de outubro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Os TCs enunciados em apreciação conjunta tratam respectivamente:

Item 09 - TC n° 72.003.306/11-44 – Do Pregão Presencial nº 03/CSMB/SMC/2010 e do Contrato nº 08/2010/CSMB/SMC, firmado entre a Secretaria Municipal de Cultura e Urubupungá Transportes e Turismo Ltda., objetivando os serviços de locação de ônibus, destinados ao transporte e pessoas e acervo de livros, para o Projeto Ônibus Biblioteca da Coordenadoria do Sistema Municipal de Bibliotecas da Secretaria Municipal de Cultura, no valor estimado de R$ 2.183.760,00 (dois milhões, cento e oitenta e três mil, setecentos e sessenta reais).

Item 10 - TC nº 72.003.304/11-19 – Do Pregão Presencial nº 15/CSMB/SMC/2010 e do Contrato nº 01/2011/CSMB, firmado entre a Secretaria Municipal de Cultura e a Comatic Comércio e Serviços Ltda., objetivando a prestação de serviços de atendimento para empréstimo de livros e revistas aos usuários nos Ônibus-Biblioteca, no valor estimado de R$ 2.399.999,88 (dois milhões, trezentos e noventa e nove mil, novecentos e noventa e nove reais e oitenta e oito centavos).

A Secretaria de Fiscalização e Controle, na análise do Pregão e do Contrato, objetos do TC n. 72.003.306/11-44 (item 9), concluiu pela sua irregularidade devido aos apontamentos detalhados no seu relatório, assim resumidos:

- falhas na instrução do processo licitatório e na pesquisa de preço, infringindo o art. 7º, §2º, inc. II, da Lei Federal n. 8.666/93 [1];

- ausência de comprovação da publicação a que se refere o art. 8º, inc. II, do Decreto Municipal n. 46.662/2005[2], e intempestividade da

---

[1] Art. 7o As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

§ 2o As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

[2] Art. 8º. A convocação dos interessados em participar do certame será efetuada:

publicação do extrato do contrato, descumprindo o art. 26 da Lei Municipal n. 13.278/02[3];

- apresentação de documentos fiscais vencidos na data da contratação e falta de clareza e precisão das condições para execução do contrato;

- ausência de consulta sobre a Ata de Registro de Preços em vigor.

No tocante ao TC n.º 72-003.304.11-19 (Item 10), a SFC opinou pela **regularidade** do Certame, com ressalvas, em face da ausência de data no Edital, e pela **irregularidade** do Contrato, por erro na contabilização da despesa no Subelemento – "Outros Serviços de Terceiros", quando o correto seria em "Outras Despesas de Pessoal", uma vez que houve substituição de servidores, infringindo o art. 18, § 1º, da Lei Complementar 101/00[4], Lei de Responsabilidade Fiscal.

A esses apontamentos, aduzidos pela Auditoria na análise do segundo TC, a Assessoria Jurídica de Controle Externo acrescentou estas irregularidades: insuficiência de justificativa para abertura da licitação; ausência de delimitação do objeto quanto ao quantitativo do pessoal pretendido; e violação da regra constitucional da obrigatoriedade de concurso público, em face da contratação de pessoal para atuar em atividade fim.

A Secretaria Municipal de Cultura e os agentes públicos identificados como responsáveis apresentaram defesas, de conteúdo similar, destacando, no âmbito do TC do item 9, a natureza formal das irregularidades assinaladas, possibilidade de relevação da falta de planilha de custo unitário e da justificativa de preço, em razão de haver requisição de material, além de que as condições para a execução do contrato estavam claramente definidas e o fato de que a contratada foi consultada sobre sua regularidade fiscal, sem embargo da não juntada das respectivas certidões.

II - mediante publicação de aviso no Diário Oficial da Cidade, por meio eletrônico e em jornal de grande circulação local, regional ou nacional, conforme o caso, quando o valor estimado para a contratação for igual ou superior a R$ 650.000,00 (seiscentos e cinqüenta mil reais).

3 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.

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".

Concernentemente ao item 10, as defesas sustentaram a licitude da terceirização, por serem atividades-meio, argumentando também inexistir, no âmbito municipal, cargos com função de auxiliar no atendimento aos usuários do ônibus biblioteca ou para exercer as funções de bibliotecário.

Todos esses argumentos foram rebatidos pela Secretaria de Fiscalização e Controle, que ratificou suas considerações precedentes, e, sobremaneira pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, que, no entanto, entendeu passíveis de relevação os vícios quanto à falta de assinatura nos editais, diante da prolação pretérita dos Despachos autorizatórios e da juntada do histórico da situação fiscal da contratada junto ao INSS e ao FGTS.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pela acolhida das Licitações e dos Contratos, com relevação das impropriedades formais, posto destituídas de repercussões materiais e de prejuízos ao Erário, ou, alternativamente, pela aceitação dos efeitos financeiros decorrentes.

Derradeiramente, a Secretaria Geral, acompanhando as manifestações da Auditoria e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, em especial desta Unidade, opinou pelo não acolhimento dos Certames Licitatórios e das Contratações decorrentes.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Desde já considero superadas a falta de data nos dois Editais examinados e ausência de comprovação da regularidade perante ao INSS e FGTS da empresa Urubupungá, pelos motivos explicitados pelos Órgãos Técnicos, e, relevo a intempestividade da publicação do Contrato nº 08/CSMB/SMC/2010, em consonância com julgamentos pretéritos, por não vislumbrar prejuízos ao princípio da publicidade.

Já passando ao enfrentamento das questões remanescentes, entendo que a falha na instrução do Processo Licitatório n.º 03/2010 (Item 9) em razão da inexistência de ato conferindo poderes à signatária do Edital, restou superada com a indicação das Portarias de designação da servidora, devidamente publicadas no Diário Oficial da Cidade.

Na mesma trilha, entendo superável, a falta de justificativa para a abertura do mesmo Certame, tendo em vista a natureza formal da falha e frente aos esclarecimentos carreados aos autos, ressaltando a importância da continuidade do projeto Ônibus Biblioteca e por se tratar de um dos Programa da Secretaria Municipal de Cultura previsto, com rubrica própria, na Lei Orçamentária Municipal Anual da Prefeitura.

Em relação à ausência de publicação do referido Instrumento Convocatório em jornal de grande circulação, a divulgação por meio do Diário Oficial e site da Prefeitura, levou três empresas a participarem do Pregão, não se registrando impugnações a respeito. Tais fatos demonstram que não houve prejuízos à publicidade, ou mesmo, à Administração e licitantes, o que me permite considerar a relevação da falha, conforme decisões similares desta Corte de Contas.

Também a ausência da planilha de composição de custos unitários não macula a legalidade do edital em exame, uma vez que o inciso III do artigo 7º[5] do Decreto Municipal nº 46.662/05 referente a Pregão, não exige que a planilha de preços seja sempre apresentada. No caso concreto, a contratação de locação de ônibus, incluindo motorista, combustível, manutenção completa e limpeza, não permite que a contratante demande de forma separada apenas um ou outro item que compõe o preço final, de forma que é possível se concluir que a ausência de planilha não prejudicou a realização do Certame.

Quanto à falha na pesquisa de preço, a falta de clareza e precisão das condições de execução do contrato e a não realização de consulta sobre Ata de Registro de Preço porventura em vigor, não me parecem ser motivos suficientes para a decretação da irregularidade do Certame, mormente na circunstância em que não se registrou ocorrência de prejuízos à Administração.

Destarte, relevo as impropriedades detectadas e acolho o Pregão Presencial nº 03/CSMB/SMC/2010 e o Contrato nº 08/2010/CSMB/SMC, objetos do TC nº 72.003.306.11-44 (Item 9).

Por fim, resta o debate de duas questões amplamente abordadas na instrução do TC 72.003.304.11-19 (Item 10), no tocante à violação da obrigatoriedade constitucional de concurso público e à infringência à Lei de Responsabilidade Fiscal, pela contabilização da despesa na rubrica Outros Serviços de Terceiros e não em Outras Despesas de Pessoal.

No caso concreto, a atividade a ser executada está relacionada às atribuições do Auxiliar de Biblioteca, que, conforme o Anexo I da Lei 13.748/2004, integra o Quadro de Pessoal – Nível Médio, da Prefeitura, com a denominação alterada para Assistente de Gestão de Políticas Públicas - AGPP, de natureza genérica, observando-se que, por ocasião da referida alteração, o total de 781 (setecentos e oitenta e um) cargos de Auxiliar de Biblioteca foram agrupados na carreira de Assistente de Gestão.

Nesse sentido, a Secretaria Municipal de Cultura adotou como razões justificadoras da contratação que o número de Assistentes de Gestão existente era insuficiente para o atendimento da demanda e que foi solicitada à Secretaria Municipal de Modernização, Gestão e Desburocratização autorização para a nomeação de 45 (quarenta e cinco) AGPPs, porém, que não foi obtido êxito.

---

5 Art. 7º. A fase preparatória do pregão será iniciada com a abertura do processo no qual constará:
III - a requisição ou planilha de orçamento, que conterá os quantitativos e os valores unitários e totais do bem ou serviço, após efetuada a pesquisa de mercado;

A par disso, muito embora se admitindo a classificação como atividade-meio e não atividade-fim, ou mesmo reputando que a descrição das obrigações da contratada não dê moldes à configuração da relação de subordinação e pessoalidade, não se pode considerar lícita a terceirização pretendida, conquanto configura burla à legislação a contratação de terceiros para a prestação de serviços correspondentes às atribuições de categoria funcional integrante de plano de carreira.

Nesse panorama, nos termos do inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal, que autoriza a contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, caberia à Secretaria a observância das regras da Lei nº 10.793/89 e alterações, eis que, ao regular a matéria no âmbito do Município de São Paulo, a norma prescreve a possibilidade de contratação de pessoal, pelo prazo máximo de 12 (doze) meses.

Além disso, considero caracterizada afronta ao § 1º do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal pela alocação da despesa como "Outras Serviços de Terceiros", o qual estabelece que *"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"*.,

Sobre os termos em que o referido § 1º foi redigido, Maria Sylvia Di Pietro[6] teceu críticas, pois, aparentemente, ele admite a possibilidade de contratos de terceirização de mão de obra. Aduziu a ilustre jurista que o legislador não teria tratado da licitude da terceirização, mas apenas das consequências de sua prática para fins de responsabilidade fiscal, e que corrobora nesse sentido o entendimento agasalhado pelo legislador federal ao dar ao artigo 64 da Lei nº 9.995/00[7] - Lei de Diretrizes Orçamentárias da União, a seguinte redação:

"Art. 64. O disposto no §1º do art. 18 da Lei Complementar 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, ***independentemente da legalidade ou validade dos contratos."*** (grifei)

Acrescente-se, ainda, que a contratação em exame não reúne simultaneamente as condições preconizadas pelo parágrafo único[8] do artigo acima transcrito, para a descaracterização da substituição de servidores apontada,

---

[6] Maria Sylvia Zanella Di. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

[7] A autora cita dispositivo contido no art. 64 da Lei de Diretrizes Orçamentárias n. 9.995/00, cujo conteúdo foi reiteradamente contemplado nas LDO's dos anos seguintes.

[8] Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do caput, os contratos de terceirização relativos a execução indireta de atividades que, simultaneamente:
I. –sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade;
II. –não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo ou categoria extinto, total ou parcialmente.

pois, embora sendo atividade acessória e complementar às matérias que constituem área de competência legal da Secretaria de Cultura, envolve categoria funcional abrangida por plano de cargos do quadro de pessoal do Órgão, não se tratando de cargo ou categoria extinto, total ou parcialmente.

Por todo o exposto, com amparo nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral e, a exemplo de votos por mim proferido nos TC's nº 72.006.634/04-09 e nº 72.003.367/04-00, julgo irregular o Pregão Presencial nº 15/CSMB-SMC/2010 e o Contrato nº 01/2011/CSMB, aceitando, excepcionalmente, os efeitos financeiros, em razão da efetiva prestação dos serviços e em homenagem aos princípios de segurança e estabilidade jurídica.

É o voto.