TC nº 72-003.367.04-00

2º Julgado

RECURSOS. EX OFFICIO. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregulares o Pregão e o contrato. Serviços de monitoramento aquático. CEUs. SME. Terceirização de serviços lícita. Empresa regularmente selecionada por licitação para atividade meio. CONHECIDOS. Votação unânime. PROVIDOS. Votação por maioria.

Legislação citada: Art. 37, II, XXI, CF.

2.693ª Sessão Ordinária

1º Julgado

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. SME. Serviços de monitoramento aquático com fornecimento de equipamentos. CEUs. Precedentes. Art. 37, XXI, CF. Arts. 6º, II e 13, Lei 8.666/93. IN Mun. 02/08. Lei 13.652/03. Art. 1º, §§1º e 2º, Dec. 2.271/97. Pregão e Contrato IRREGULARES. Votação por maioria. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

TCs citados: 72.005.543.01-69, 72.00481.02-07, 72.006.634.04-09.

274ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara

Transitado em julgado: 12.02.2014

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 EURÍPEDES SALES, após vista que lhe fora concedida na 2.680ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, com votos anteriormente proferidos pelos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator e MAURÍCIO FARIA – Revisor, na 2.675ª S.O.

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 ordinário interposto pela Senhora Maria Aparecida Perez, uma vez que se encontram preenchidos os pressupostos legais e regimentais de sua admissibilidade, bem como do recurso "ex officio", por regimental.

ACORDAM, ademais, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator, MAURÍCIO FARIA – Revisor e EURÍPEDES SALES, considerando que na hipótese examinada não restou caracterizada uma situação de terceirização ilícita de serviços, havendo, pois, prestação de serviços por empresa regularmente selecionada mediante procedimento licitatório e contratada para realização de atividade-meio, em dar provimento ao recurso para o fim de acolher os instrumentos examinados.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM que, consoante declaração de voto apresentada, por entender que os serviços de monitoramento aquático constituem terceirização ilegal de mão de obra, uma vez que a própria Administração confirmou a existência dos cargos, deixando de realizar concurso público para seu provimento, negou-lhes provimento, mantendo irretocável a R. Decisão recorrida de fls. 252/253, por seus jurídicos fundamentos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EURÍPEDES SALES.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 14 de agosto de 2013.

EDSON SIMÕES – Presidente.

DOMINGOS DISSEI – Relator.

RELATÓRIO

Em julgamento os Recursos “ex officio” e Ordinário interposto por MARIA APARECIDA PEREZ em face da Decisão da Colenda Segunda Câmara de fls. 252/253, que, por maioria, julgou irregulares o Pregão nº 33/SME/2003 e o Contrato nº 17/SME/2004, e, à unanimidade, excepcionalmente, aceitou os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste.

O Pregão teve por objeto a contratação dos serviços de **monitoramento aquático junto às 21 unidades do CEU, com fornecimento de equipamentos** e o ajuste firmado entre a Secretaria Municipal de Educação e a empresa E. Service Comércio e Serviços Ltda., destina-se à prestação de tais serviços às unidades do CEUs pertencentes ao Lote 2, que abarca o Butantã, Capão Redondo, Monte Azul e Meninos.

Inconformada, a recorrente pleiteia a reforma da Decisão, afirmando que não houve questionamento à regularidade do edital e da contratação, pois a auditoria deste Tribunal concluiu pela regularidade dos atos praticados e a Assessoria Jurídica de Controle Externo, seguida pela Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria Geral, opinou pelo acolhimento excepcional dos efeitos financeiros do ajuste.

Alegou, ainda, que a Secretaria Municipal de Educação consultou a Secretaria de Esportes e/ou Secretaria de Gestão sobre a possibilidade de vagas para salva vidas e se havia concurso programado. Somente após a negativa das respectivas Secretarias é que foi providenciada a contratação de empresa para a prestação de serviços.

Sustentou que no caso em tela não houve burla à contratação de mão-de-obra e que as medidas tomadas foram necessárias para o atendimento da uma necessidade pública.

A Secretaria Municipal de Educação, por sua vez, acostou aos autos informações prestadas pelos setores técnicos a fim de subsidiar a instrução do presente recurso, juntando, inclusive, cópia do Decreto Federal 2.271/97, seguido da consideração de que não consta no quadro dos profissionais de educação o cargo de monitor aquático ou salva-vidas.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo pronunciou-se pelo conhecimento e improvimento do apelo, eis que não foi apresentado nenhum elemento novo capaz de alterar o quanto decidido no Acórdão recorrido.

O Assessor Subchefe de Controle Externo teceu considerações reforçando os argumentos condutores do julgamento pela irregularidade dos atos praticados, concluindo pela manutenção da Decisão guerreada.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o conhecimento e provimento do seu Recurso em exame.

A Secretaria Geral, na esteira da Assessoria Jurídica de Controle, opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso em julgamento.

É o relatório.

V O T O

Conheço do Recurso Ordinário interposto Maria Aparecida Perez, uma vez que se encontram preenchidos os pressupostos legais e regimentais de sua admissibilidade, bem como do Recurso “ex officio”, por regimental.

No mérito, conquanto reconhecendo a impossibilidade jurídica de contratar o mero fornecimento de mão-de-obra, uma vez que, nos termos preceituados no art. 37, inciso II, da Constituição Federal “*a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público ...” , entendo, após compulsar os elementos de instrução dos autos,* que na hipótese em exame não restou caracterizada uma situação de terceirização ilícita de serviços.

Isto porque não se tratou, no meu entendimento, de mera contratação de mão-de-obra, mas da prestação de serviços por empresa regularmente selecionada mediante procedimento licitatório, o que é perfeitamente

possível no âmbito da Administração Pública, como previsto no inciso XXI do já mencionado art. 37 da Constituição da República.

Note-se que o Anexo I do Edital, a par de prever questões pertinentes à forma e horários de prestação dos serviços, incluiu ainda o fornecimento, pela contratada, de todo o material essencial ao desenvolvimento das tarefas atribuídas à contratada, de modo a desonerar a Administração de todas as atividades relativas ao monitoramento das piscinas instaladas nos CEU's.

Ademais, cabe frisar que a terceirização por meio de contrato de prestação de serviços, como já reconhecido pela Procuradoria Geral do Município (Ementa nº 10446), é cabível para atividades-meio nas quais o objeto é o serviço a ser prestado, e não as pessoas que o realizam.

No caso, induvidoso que se trata da contratação de uma atividade-meio que, na verdade, não difere, na sua essência, dos serviços de limpeza e manutenção de ambiente, que se dá por meio do fornecimento de mão-de-obra e insumos, ou dos serviços de guarda e vigilância, prestado por meio do fornecimento de funcionários e equipamentos, e de outros em que a terceirização já se dá de forma rotineira, sem implicar, necessariamente, o estabelecimento de vínculo empregatício com a Administração.

Registre-se, ademais, que o contrato firmado para os serviços em questão contém cláusulas estabelecendo como obrigações da empresa contratada a de "*responsabilizar-se pelo permanente controle e fiscalização dos empregados utilizados na execução dos serviços, para que estes sejam realizados dentro da melhor técnica*", bem como a de "*responder pelo recrutamento, seleção, direção e supervisão de seu pessoal*", elementos que possibilitam, a meu ver, descaracterizar a relação de pessoalidade e de subordinação com a Administração.

Por todo o exposto, conheço dos recursos interpostos e, no mérito, dou-lhes provimento para o fim de acolher de instrumentos em exame.

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim

Coerente com votos por mim proferidos em outros TC's que versaram sobre alegada contratação de serviços, mas, na verdade, trataram de fornecimento de mão de obra, em substituição a atividades desenvolvidas por servidores municipais estruturados em carreiras integrantes dos Quadros de Pessoal da Prefeitura do Município de São Paulo, peço vênia para discordar do voto prolatado pelo nobre Conselheiro Relator do Recurso em exame.

Como Relator original do feito, salientei em meu voto, acolhido por maioria, que a atividade a ser executada tem relação com as atribuições dos cargos de salva- vidas e de operador de piscina que, com a denominação alterada para Agentes de Apoio (nível básico) pela Lei nº 13.652/02, integram os Quadros de Pessoal da Prefeitura, contando, à época do ajuste, com cargos vagos a serem preenchidos por concurso público, vez que não foram legalmente extintos.

Destarte, a contratação de terceiros para prestação de serviços correspondentes às atribuições de cargos existentes, integrantes de planos de carreira, constitui burla ao princípio insculpido no artigo 37, II, da Constituição da República, que expressamente prevê que a investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Nesse diapasão, ressalto, ainda, que o Decreto Federal nº 2271/97, em seu artigo 1º, § 1º, enumera as atividades que, preferencialmente, serão objeto de execução indireta, entre as quais não se enquadram as ora em análise.

De outra parte, o § 2º do mesmo dispositivo, no intuito de evitar contratação ilegal de mão de obra, vem assim redigido:

> *"**§ 2º**: Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal."*

Nesse sentido tem se orientado a jurisprudência deste Tribunal, que julgou irregulares as contratações de serviços de telefonia – Contrato nº 05/2004 do Instituto de Previdência Municipal de São Paulo – IPREM -, no TC nº 72.006.634.04-09, decisão confirmada em grau de recurso, e de serviços de auxiliar de cozinha – Contrato nº 14/01, da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social – TC nº 72.005.543.01-69, ora em fase recursal.

Pelas razões ora aduzidas, e pelos mesmos motivos constantes dos meus votos nos TC's antes mencionados, entendo que os serviços de monitoramento aquático constituem terceirização ilegal de mão de obra, consoante reconhecido em decisão de primeira instância, vez que a própria Administração confirmou a existência dos cargos, deixando de realizar concurso público para seu provimento.

Isto posto, conheço do recurso ex officio, por regimental, e do voluntário, por preencher os pressupostos de admissibilidade. Quanto ao mérito, entretanto, nego-lhes provimento, mantendo irretocável a v. decisão de fls. 252/253, por seus jurídicos fundamentos. **(2.680ª S.O.).**

1º JULGADO

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, consoante declaração de voto apresentada pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, votando o Conselheiro

Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO para efeito de desempate, nos termos do artigo 187, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", ambos do Regimento Interno desta Corte, julgar irregulares o Pregão 33/SME/2003 e o Contrato 17/SME/2004, tendo em vista que o ajuste pactuado tem por alvo a colocação de mão de obra para prestar serviços de monitoramento aquático, atividade não excepcionada pelo Decreto Federal 2.271/97, que proíbe, em seu artigo 1º, § 2º, a "execução indireta de atividades inerentes às categorias abrangidas por plano de cargos", realçando que as disposições contidas no decreto citado aplicam-se, por analogia, aos demais entes federados.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, que, consoante relatório e voto apresentados, acolheu os instrumentos analisados.

DECIDEM, ademais, à unanimidade, considerando a necessidade dos serviços e sua efetiva prestação, e em homenagem aos princípios da estabilidade e da segurança das relações jurídicas, aceitar, excepcionalmente, os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste.

Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator.

Presentes os Procuradores da Fazenda JOEL TESSITORE e MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de julho de 2011.

ANTONIO CARLOS CARUSO - Presidente, com voto.

ROBERTO BRAGUIM - Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir a Decisão, nos termos do artigo 187, combinado com o artigo 136, § 7º, do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO

Trata o presente da análise do pregão eletrônico n°033/SME/2003 e contrato subseqüente n° 17/SME/2004, firmado entre a Secretaria Municipal da Educação e a empresa E. Service Comércio e Serviços Ltda., para a prestação de serviços de monitoramento aquático junto às Unidades dos CEUS: Butantã, Capão Redondo, Monte Azul e Meninos, correspondente ao lote 2 do edital.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC manifestou-se pela regularidade formal do pregão e do contrato.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE sugeriu a remessa à Origem para que esta esclarecesse algumas questões que foram suscitadas, em especial no que diz respeito à legalidade da terceirização de serviços pela Administração. Questionou, também, a relação entre o período de um ano de duração do contrato em face do tempo em que as piscinas dos CÉUs permanecem fechadas para o público.

Acrescentou ainda que os valores referentes ao contrato em análise podem deixar de integrar as despesas de pessoal não só porque versam sobre atividade-meio, mas também porque as atividades envolvidas se referem a cargos parcialmente extintos pela Administração Municipal, com solicitação do Poder Executivo de extinção da carreira enviada à Câmara Municipal em 14/08/2003.

Asseverou, entretanto, que seria "*inadmissível a previsão no edital e no instrumento contratual de elementos como a jornada de trabalho e a divisão de funcionários por turno, tendo em vista o fato de que podem ensejar questionamentos acerca da existência de contratação de mão-de-obra, e não de prestação de serviços"*, o que repercutiria em violação ao art.37, II da Constituição Federal e art. 18,§1° da Lei de Responsabilidade Fiscal, além de eventuais problemas de ordem trabalhista para a Municipalidade.

A Origem e a representante legal da Contratada apresentaram esclarecimentos, alegando, em síntese que:

a) A indicação no Edital e no contrato da jornada de trabalho e divisão de funcionários por turno não faz com que se configure uma relação direta de emprego com a Administração, tratando-se somente de menção necessária para a elaboração da proposta de preços e para possibilitar a correta execução do objeto, fiscalização dos serviços prestados e demais aspectos atinentes ao adimplemento da obrigação contratual;

b) Segundo a Ementa n°10.446 da Asssessoria Jurídica Consultiva da PGM, é cabível a terceirização das atividades meio onde o objeto é o serviço a ser prestado e não as pessoas que o realizam, não se configurando a mera contratação de mão-de-obra, nem relação de pessoalidade e subordinação.

c) As piscinas dos CEUs nunca fecham para o público sendo utilizadas inclusive durante o inverno, quando possuem aquecedores.

Após os esclarecimentos prestados, a Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE considerou superados os questionamentos exarados. Em manifestação posterior, a Assessora Jurídica Subchefe ressaltou que o instrumento convocatório não previa a figura de preposto, entretanto, opinou pelo acolhimento excepcional do ajuste em razão do tempo decorrido desde o encerramento da relação contratual e do Princípio da Segurança Jurídica.

A Procuradoria da Fazenda Municipal acompanhou entendimento proferido pela AJCE.

Por fim, a Secretaria Geral opinou pelo acolhimento do ajuste, sem prejuízo das recomendações e determinações que se fizerem necessárias.

É o relatório.

VOTO

A execução indireta de atividades da Administração Pública é expressamente prevista no art. 37, XXI, da CF, bem como na Lei 8.666/93 (art. 6º, II e art.13). Assim, há embasamento constitucional e legal para a contratação de serviços pelo Poder Público.

No âmbito municipal, a Instrução Normativa n°02, de 30 de abril de 2008, que define regras e diretrizes para a contratação de serviços dispõe que:

> *"Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apóiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto 2.271/97."*

Percebe-se, portanto, que é perfeitamente possível, posto que em consonância com o Princípio da Legalidade, a terceirização das atividades de suporte, nela incluindo-se o monitoramento aquático junto às unidades dos CÉUS, objeto do referido pregão.

Entretanto, a fim de coibir eventuais fraudes e regulamentar o instituto nas relações de trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho – TST editou a Súmula 331 que previa responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, inclusive quanto aos órgãos da Administração Pública.

No dia 24 de novembro próximo passado, o Supremo Tribunal Federal colocou uma pá de cal na questão envolvendo a responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas da Contratada, trazida pela Súmula acima referida, ao julgar, por maioria, procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade (ADC n°16) movida pelo Governador do Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 *("Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.").*

Ressaltou-se no julgamento supracitado que o contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da

Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

Pode-se dizer, então, que a responsabilidade administrativa subsiste somente de forma subjetiva, caso se comprove a ausência de fiscalização, ficando afastada a aplicação do art.37,§6º da Constituição Federal para este caso, referente à responsabilidade objetiva.

Assim sendo, não se vislumbra nos autos, nenhum aspecto da licitação ou do contrato que descaracterize a terceirização lícita, tendo em vista que se trata de atividade-meio, sem pessoalidade ou subordinação.

De fato, pelas defesas apresentadas, verificou-se que a indicação no edital da jornada de trabalho, divisão de funcionários por turno, folgas e horário de almoço se fez necessária somente para possibilitar a correta execução e fiscalização do objeto contratado, bem como os demais aspectos atinentes ao pagamento e adimplemento da obrigação contratual.

Desta feita, acompanho os órgãos pré-opinantes e ACOLHO o ajuste uma vez que se trata de atividade-meio e ficou demonstrada a falta de subordinação e pessoalidade que poderiam descaracterizar a relação indireta decorrente da terceirização de serviço. **(2.675ª S.O.).**

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim

Este Tribunal já tem reiteradamente se manifestado em análise de licitações e contratos tendo por objeto, na verdade, fornecimento de mão-de-obra, em substituição a atividades desenvolvidas por servidores municipais, estruturados em carreiras integrantes do Quadro de Pessoal da Prefeitura do Município de São Paulo.

No caso concreto, o objeto contratado é o monitoramento aquático para o CEU´s, constituído por serviços executados por pessoas físicas e pelo fornecimento dos equipamentos necessários,consoante se evidencia na leitura da Cláusula I do ajuste.

Entretanto, a atividade a ser executada tem relação com as atribuições dos cargos de salva-vidas e de operador de piscina, que integram o Quadro de Pessoal da Prefeitura, com a denominação alterada para Agentes de Apoio (nível básico), nos termos da Lei n.º 13.652/03, havendo, por ocasião da informação da Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação, em 20/11/03, 36 (trinta e seis) salva-vidas, sendo 34 (trinta e quatro) cargos ocupados por efetivos e 2 (dois) servidores admitidos estáveis, quantidade, segundo a Pasta, considerada insuficiente para atendimento a todas as Unidades Municipais dotadas de piscina.

Apesar desses cargos terem sido agrupados na carreira de Agente de Apoio, que é constituída pelos cargos de nível básico, eles ainda existem e a contratação de terceiros para a prestação dos serviços correspondentes, identificados com as atribuições de categorias funcionais integrantes de planos de

carreira, caracteriza burla à legislação, vez que as tarefas a serem desempenhadas, ainda que relativas a atividade-meio e não a atividade fim da Secretaria, são as atribuídas aos salva-vidas.

Ademais, com o intuito de evitar a contratação ilegal de mão-de-obra, somente as atividades excetuadas no artigo 1º,§ 1º, do Decreto Federal n.º 2.271/47 permitem a execução indireta, realçando-se que, por analogia, as disposições em foco aplicam-se aos demais entes federados.

A matéria em pauta, por outro lado, já foi abordada e decidida em outros TC´s, relativos aos serviços de auxiliares de cozinha (TC n.º 72-005.543.01-69) de jardinagem (TC n.º 72-000.481.02-07) e de telefonia (TC n.º 72-006.634.04-09), nos quais o E. Plenário considerou irregulares as contratações.

O procedimento analisado não difere dos antes mencionados, posto que o objetivo do ajuste é a contratação de mão-de-obra para prestação de serviços de salva-vidas - atividade não excepcionada pelo Decreto Federal –, em afronta ao disposto no § 2º do artigo 1º do referido diploma, que proíbe *"a execução indireta de atividades inerentes a categorias abrangidas por plano de cargos".*

Desse modo, a alegação da Secretaria de que não se deverá mais investir na capacitação dos agentes de apoio para o exercício de atividades de salva-vidas não procede, vez que a lei municipal que reenquadrou cargos e funções de nível básico – Lei n.º 13.652/03 – conferiu nova denominação aos cargos respectivos, que passaram a chamar-se Agentes de Apoio, de natureza genérica.

Por todo o exposto, e a exemplo de recente voto por mim proferido no TC n.º 72-006.634.04-09, julgo irregulares o Pregão n.º 17/SME/2003, aceitando, excepcionalmente, os seus efeitos financeiros, em razão da necessidade dos serviços, de sua efetiva prestação e em homenagem aos princípios de segurança e estabilidade jurídica. **(2.680ª S.O.).**