JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-003.728.06-06

ANÁLISE. CONTRATO. DISPENSA. TERMO ADITIVO. SEMTE. Serviços de digitação, outros específicos e correlatos. Implantação e manutenção das atividades de atendimento ao trabalhador. Centros Públicos de Emprego, Trabalho e Renda. Preços contratados justificados. Não explicita o percentual de absorção de portadores de necessidades especiais. Art. 24, XX, Lei 8.666/93. REGULARES. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 46, II, Dec. Mun. 44.279/03; Art. 37, II, CF; Arts. 24, XX e 57, II, Lei 8.666/93.

Transitado em julgado 03.09.2013

A C Ó R D Ã O

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

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regular o Contrato 21/2006/SMTrab e o correspondente Termo de Aditamento 01/2006.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal do Trabalho e do Empreendedorismo – Semte que, em futuras contratações dessa mesma natureza, seja explicitada a justificativa técnica para o porcentual de absorção de portadores de necessidades especiais, em função das características específicas das atividades profissionais a serem cobertas, bem como o cronograma de cumprimento desse porcentual.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão, acompanhado do relatório e voto do Relator, à Câmara Municipal de São Paulo – CMSP, na pessoa do nobre Vereador Gilberto Natalini, em atenção ao ofício constante destes autos.

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

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de abril de 2013.

EDSON SIMÕES – Presidente.

MAURÍCIO FARIA – Relator.

RELATÓRIO

Trata-se do exame do Termo de Contrato nº **21/2006/SMTRAB e do Termo Aditivo n° 1/2006, de prorrogação de prazo,** firmados entre a Secretaria Municipal do Trabalho e a Associação para Valorização e Promoção de Excepcionais – AVAPE, tendo por objeto a prestação de serviços de digitação, e outros específicos e correlatos, necessários à implantação e manutenção das atividades de atendimento ao trabalhador nos Centros Públicos de Emprego, Trabalho e Renda – Centros de Apoio ao Trabalho (CAT), unidades da Liberdade e de Santo Amaro, para realização das tarefas descritas na Cláusula Primeira do ajuste.

Os recursos do aludido Contrato provieram do Convênio MTE/SPPE/CODEFAT nº 001/2006 – PMSP – SMTRab, celebrado entre o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego, e a Prefeitura Municipal de São Paulo, por intermédio da Secretaria Municipal do Trabalho, com vigência de 2006 a 2009, sendo interveniente o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador – CODEFAT.

A contratação da AVAPE está respaldada no inciso XX do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, sendo, segundo a Origem, entidade com capacitação e experiência, que já prestara esse tipo de serviço à Municipalidade de maneira satisfatória e em atendimento à política de inclusão das pessoas com deficiência.

A Auditoria pronunciou-se pela regularidade do Contrato e irregularidade do TA, apontando a inobservância do inciso II do art. 46 do Decreto Municipal nº 44.279/03, em decorrência da ausência da realização de prévia pesquisa de preços de mercado.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu, num primeiro momento, presentes os requisitos do art. 24, XX, da Lei 8.666/93, e a possibilidade da prorrogação nos termos do art. 57, II, da referida Lei. Na esteira da AUD, opinou, então, pelo acolhimento do Contrato, mas pelo não acolhimento do TA, ante a ausência de pesquisa de mercado.

Num segundo momento, concluiu que a terceirização dos serviços objeto do Contrato estava autorizada pela lei, mas opinou pela irregularidade do contrato, por conta de sua Cláusula Quinta, afirmando que a mesma não se compatibiliza com o fim colimado para a previsão de dispensa de licitação.

No caso, a referida cláusula expressava o seguinte:

"A CONTRATADA se obriga a constituir o quadro operacional com até o mínimo de 60% (sessenta por cento) de deficientes, gradativamente, para a execução dos serviços contratados, composto dos cargos de Gerente Operacional, Supervisor da Recepção, Supervisor do Atendimento, Supervisor de Seguro Desemprego, Supervisor Administrativo, Recepcionista, Atendente, Selecionador, Técnico de Informática, Auxiliar de Patrimônio, Agenciador, Assistente de Divulgação e Psicóloga conforme descritos pela Contratante".

Intimados, apresentaram defesa nos autos a Origem, o ordenador de despesa à época, e a AVAPE. Tais abordagens iniciaram um novo ciclo de discussão técnica, modificando-se posições originárias e analisando-se, então, os aspectos suscitados sob óticas diversas.

A Auditoria, considerando que a Origem demonstrou, por meio de pesquisas de preços posteriores, que os preços praticados na prorrogação contratual eram compatíveis com os de mercado à época da celebração do TA n° 1, concluiu que a irregularidade antes apontada devia ser relevada.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo também mudou sua conclusão em face das assertivas lançadas pela Auditoria, após o contraditório estabelecido. Porém, com relação à Cláusula Quinta do Contrato, entendeu que os esclarecimentos apresentados pelos defendentes não permitem afastar a questão levantada, até porque o prazo exíguo do Contrato, de 3 (três) meses, seria incompatível com o termo "gradativamente", no que se refere ao do efetivo preenchimento do percentual previsto de vagas para deficientes, sendo que estas mesma vagas se traduzem no mote da contratação direta. Opinou, pois, pelo não acolhimento do Contrato e, por acessoriedade, também do TA n° 1/2006.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se favorável à contratação, ou, caso se entenda irregular, pelo reconhecimento dos efeitos financeiros.

A Secretaria Geral concluiu não haver incompatibilidade entre o inciso XX do artigo 24 da Lei Federal n° 8.666/93 e a Cláusula Quinta do Contrato, aduzindo que a exigência feita pela Lei é que seja a contratada uma associação de portadores de deficiência física, nada estabelecendo sobre quantitativo de pessoas portadoras de deficiência a serem contratadas, bem como entendeu decorrer o conteúdo da Cláusula Quinta do Contrato da discricionariedade da contratante, buscando auferir maior vantagem na contratação, sem, contudo, infringir o dispositivo legal. Aduziu, ainda, que o fato de a contratante exigir a obrigatoriedade de até o mínimo de 60% de deficientes, gradativamente, durante a execução do Contrato, não é causa de irregularidade da mencionada Cláusula. Acrescentando que a contratada preenche todos os requisitos legais pertinentes a esse tipo de contratação, não havendo, portanto, qualquer irregularidade nesse quesito, opinou pela regularidade do Contrato e do Termo de Aditamento n° 01/2006.

É o relatório.

V O T O

A questão da terceirização lícita de serviços objetivada com o Contrato, seja sob a ótica da Lei Federal n° 8.666/93, seja em face do Decreto Municipal n° 44.279/03[1], evidenciou-se nos autos, em que restou demonstrado tratar-se de atividade-meio da Secretaria Municipal do Trabalho, de caráter não rotineiro, porquanto advinda da necessidade da contratação de serviços específicos relacionados à execução das ações do Programa do Seguro-Desemprego em decorrência da implantação de dois Postos de Atendimento Integrado ao Trabalhador, nos termos do Convênio firmado entre a União e o Município de São Paulo e em cumprimento ao respectivo Plano de Trabalho.

Ademais, restou demonstrado também que as atividades contratadas não se confundiam com as atribuições específicas de cargo permanente integrante do quadro daquela Secretaria, o que afasta eventual cogitação de burla à regra do concurso público estatuída pelo artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, e, como consectário, à observância da reserva legal de pessoas portadoras de deficiência nos quadros da Administração Pública, a que alude o inciso VIII do referido dispositivo constitucional.

Quanto à hipótese de dispensa de licitação em que foi fundamentada a contratação examinada, observa-se que o inciso XX do artigo 24 da Lei Federal n° 8.666/93 admite a dispensa ***"na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado".***

Sob este prisma, verifica-se que se encontram presentes, no caso examinado, os pressupostos legais que validariam a dispensa de licitação, ou seja, a contratação de uma Associação de portadores de deficiência, sem finalidade lucrativa, de comprovada idoneidade, para a prestação de serviços que guardam pertinência lógica com os objetivos estatutários da entidade, tendo os preços contratados se revelado compatíveis com os preços praticados no mercado.

Com efeito, segundo seu Estatuto Social, a AVAPE é uma entidade constituída há cerca de trinta anos, sem fins econômicos, tendo dentre suas finalidades estatutárias a promoção de ações de prevenção, habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiências, bem como de inclusão, capacitação e colocação profissional de seus assistidos. É detentora de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, concedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social (fls. 50) e sua idoneidade e capacitação para execução dos serviços contratados foram atestadas pela Origem, que já a contratara para desempenho dos mesmos serviços em outros postos, os quais foram reconhecidos como satisfatórios e de atendimento à política de inclusão das pessoas com deficiência.

Em verdade, na exceção contemplada pela Lei, somente será admissível parcela de discricionariedade do agente público se esta não causar

[1] "Art. 59 – A terceirização de serviços restringir-se-á às hipóteses de atividades-meio da administração, nas quais não se configurem subordinação e pessoalidade, nem a prática de ato administrativo".

desvirtuamento da missão legal. Dirigindo-se aos contratos celebrados pela Administração Pública, a concepção da Lei, na hipótese enfocada, não pode ser outra senão a do ajuste que objetive o incremento da atividade laboral das pessoas ali distinguidas, com a efetiva concretização de sua inserção do mercado de trabalho, pela via do contrato administrativo.

Portanto, tem-se que a referida Cláusula admitiu expressamente que a prestação dos serviços fosse feita pela contratada com parcela expressiva de pessoas não portadoras de deficiências, o que é bastante significativo ante o fato de o Contrato não haver estabelecido prazo para alcance do mínimo de 60% (sessenta por cento) previsto relativamente à inserção, nos serviços contratados, das pessoas portadoras de necessidades especiais.

Desta forma, não se pode extrair dos autos o elemento determinante para a afirmação da irregularidade, e isto ocorre basicamente por dois aspectos:

Primeiro: qualquer afirmação de que, a proporção percentual definida entre pessoas portadoras - e não portadoras - de necessidades especiais, no patamar estabelecido de 60% e 40%, possa representar respectivamente, um desvirtuamento da prevalência que é essencial ao cumprimento do ditame legal, deve vir necessariamente acompanhada da demonstração técnica objetiva do alegado, ou, do contrário, as condições previstas militarão em favor da margem de escolha outorgada pela lei, albergando hipóteses de opção do agente público que se concretiza na ação administrativa desenvolvida.

Segundo: embora a avença tivesse o prazo original de três meses, esta também previu hipótese de prorrogação, como de fato ocorreu, seguindo, par e passo, o mesmo tempo em que se manteve vigente o Convênio Codefat nº 01/2006, ou seja, abrangendo o período entre 2006 e 2009, cabendo assim reconhecer o enfraquecimento da tese de irregularidade lastreada no tempo exíguo do contrato e sua correlação com a expressão de *preenchimento gradativo de vagas* (60%).

Posto isto, à vista dos elementos constantes dos autos, entendendo que os preços contratados se encontram justificados, mesmo que a destempo, e, também, que a cláusula quinta do Contrato nº 21/2006/SMTRAB revela margem discricionária que não afasta, por si, a prevalência necessária de vagas destinadas às pessoas que, detentoras de características específicas, dão azo à contratação direta sem o correspondente procedimento licitatório. Por consequência, julgo regular o ajuste e o correspondente termo de aditamento.

Outrossim, determino que em futuras contratações dessa mesma natureza seja explicitada a justificativa técnica para o porcentual de absorção de portadores de necessidades especiais, em função das características específicas das atividades profissionais a serem cobertas, bem como o cronograma de cumprimento desse porcentual.

Encaminhe-se cópia da decisão que resultar do julgado, acompanhada deste Relatório e Voto, à Câmara Municipal de São Paulo, na pessoa

do nobre Vereador Gilberto Natalini, em atenção ao ofício constante dos presentes autos.