JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.004.933.99-61

Solicitação Justiça do Trabalho - irregularidades do Administrador Público - EMURB - exigência de concurso público estabelecida na Constituição Federal, art. 37, II - reclamação trabalhista - julgada regular a contratação de pessoa jurídica sem o caráter de pessoalidade e sem subordinação direta dos empregados da EMURB - não comprovado desvio de finalidade.

Egrégio Plenário

Iniciou-se o presente por meio de Ofício da MM. Juíza da 7ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho, 2ª Região, intentando que este Tribunal apurasse possíveis irregularidades cometidas pelo administrador público, então responsável pela Empresa Municipal de Urbanização – EMURB, posto que teria adotado "artimanhas" para burlar a exigência de concurso público estabelecida no artigo 37, II da Constituição Federal, no caso lá decidido, consistente na Reclamação Trabalhista promovida por Joaquim Veras da Silva contra a Cooperativa de Trabalhadores da Construção Civil Vila Curuça, contratada pela empresa pública para prestação de serviços.

Anexou, a seu ofício, cópia do contrato nº 60/90, referente à matéria então tratada na Justiça do Trabalho.

Após instrução preliminar por SDG, a respeito do citado ajuste, tendo sido consignado nos autos não ter sido o mesmo julgado pelo Tribunal, porém, aqui analisado e julgado outro ajuste de igual teor no TC nº 72.008.299/91*97, foi este processo autuado por ordem do então Relator, Conselheiro Edson Simões, que encaminhou seu rito com vistas à obtenção de informações da ação trabalhista e o estágio em que se encontrava.

Nesse sentido, foram trazidos aos autos os dados de fls. 48 e seguintes.

Assumindo a sua relatoria, e, entendendo suficientes os informes trazidos, determinei à AT-Jurídica (fls. 81), que se manifestasse sobre o assunto em pauta, em face da competência do Tribunal, despacho reiterado às fls. 94 e 99, uma vez que aquela Especializada insistia em se pronunciar sobre o andamento da ação trabalhista.

Desta feita, opinou o Sr. Assessor Técnico no sentido da legalidade da contratação da Cooperativa para serviços eventuais, esporádicos e temporários, concluindo que não havia fundamento a justificar a condenação subsidiária da EMURB, ante os termos do artigo 71, § 1º da Lei Federal nº 8.666/93.

O Sr. Assessor Chefe, atendendo ao meu despacho de fls. 99, fez considerações a respeito do reflexo no contrato do fato da EMURB ter sido definida como subsidiária na responsabilidade trabalhista.

No mesmo sentido da ATJ, o pronunciamento da PFM (fls. 109/110).

A D. Secretaria Diretoria Geral, como de hábito, analisou profundamente a matéria, fls. 112/120, considerando, pelas razões expostas, às quais me reportarei em meu voto, regular o contrato firmado pela EMURB e não comprovado o desvio de finalidade aludido no ofício vestibular dos autos. Sugeriu expedição de determinação.

Finalizando, S.Sa. alertou:

> "(...) embora provável o ônus decorrente da responsabilidade subsidiária, poderá não se verificar, se for cumprida a execução pela empregadora, ressaltando-se que sempre caberá à EMURB o direito de ação regressiva contra a contratada, no caso de se ver obrigada ao pagamento de suas obrigações".

É o relatório.

V O T O

Adoto como fundamento de meu voto a excelente manifestação do Sr. Secretário Diretor Geral, de fls. 112/120, que bem elucidou a matéria:

> "Observo, primeiramente, que o contrato nº 060/90, aqui versado, não foi apreciado por esta Corte. Consoante manifestação desta SDG, às fls. 41/42, foi apreciado e julgado regular, no TC 72.008.399/91*97, o contrato nº 034413200, firmado entre as mesmas partes e com o mesmo objeto, pelo prazo inicial de três meses, após aditado por mais de sessenta dias (de 08/07/91 à 04/12/91 conforme fls. 28).
>
> Anote-se que por alguma razão, não esclarecida nestes autos, o contrato nº 060/90 deve ter sido extinto antes do prazo nele fixado (trezentos e sessenta dias a partir da emissão da primeira Ordem de Serviço, que somente poderia ocorrer após a assinatura, verificada em 21 de novembro de 1990), ou não haveria necessidade de se celebrar outro contrato, com o mesmo objeto, no período em que o primeiro ainda estaria, teoricamente, em curso.
>
> De qualquer modo, no TC 8.399/91*97 invocado como precedente, AUD suscitou a mesma questão argüida pelo julgado do Tribunal Regional do Trabalho:
>
> *'Embora o pessoal temporário não tenha vínculo empregatício com a Emurb, resta-nos a dúvida, se pelo fato da empresa estar suprindo seu quadro funcional com este pessoal temporário, contratando-os*

indiretamente, se o presente contrato não infringe o que dispõem os arts. 37, incisos II e IX da Constituição Federal, 108 da Lei Orgânica do Município de São Paulo e a Lei Municipal nº 10.973/89' (fls. 25).

Respondendo à indagação, a ATJ respaldou-se na defesa da EMURB, relativa à diferença existente entre a contratação de pessoa física para contratos individuais de trabalho e o estabelecimento de vínculo bilateral com pessoa jurídica mediante a realização de licitação, para se posicionar pela regularidade do contrato de prestação de serviços firmado (fls. 32).

De igual forma essa SDG assentou:

'A contratação de Cooperativa, mediante prévia licitação, não implica em contratação de pessoas físicas, a prestarem mão de obra temporária, o que poderia significar eventual violação ao princípio da obrigatoriedade de concurso público para admissão de pessoal.

Celebrado por três meses, não se vislumbra, efetivamente, intenção de encobrir vínculo empregatício com a Emurb. Daí a regularidade do contrato' (fls. 36).

Resta saber se, para um contrato de trezentos e sessenta dias, prevaleceria a tese então sustentada. E a afirmativa se impõe.

A contratação em pauta foi efetivada para um serviço específico e especializado da EMURB – o Centro de Desenvolvimento de Equipamentos Urbanos e Comunitários – CEDEC.

E segundo os textos legais que a regem, a EMURB foi criada pela Lei 7.670, de 24 de novembro de 1971, para a execução de programas de desenvolvimento e de renovação de áreas urbanas (art. 5º). Posteriormente, com a edição da Lei 8.306, de 16 de outubro de 1975, que ampliou seus objetivos para abarcar, inclusive, a implantação e exploração econômica de equipamentos urbanos (art. 6º), a redação do art. 5º foi modificada, para expressar que tratava do objetivo fundamental da empresa, o que significava dizer que os outros eram secundários, ou atividades-meio.

Pois bem. Além de configurar atividade-meio da empresa, o CEDEC foi criado em caráter apenas experimental, como se infere do Ato de Permissão de uso para a sua instalação – Decreto nº 29.764, de 22 de maio de 1991 - , que se refere à implantação de unidade piloto destinada à produção de equipamentos urbanos de argamassa armada (DOM de 23 de maio de 1991). E essa característica mais se acentua quando se verifica os considerandos do Decreto revogador da permissão – Decreto nº 34.621, de 3 de novembro de 1994 – relativos à fraca produtividade e à inexistência de uma política de utilização da argamassa armada pelos diversos órgãos da Prefeitura,

como motivos determinadores de sua extinção (DOM de 4 de novembro de 1994).

Regular portanto a terceirização do serviço especializado e experimental da EMURB, mediante a contratação de pessoa jurídica, sem o caráter de pessoalidade e sem a subordinação direta dos seus empregados à contratante, celebrando-se o contrato após prévia licitação.

Assentada a legalidade do contrato, difícil seria sustentar o desvio de finalidade que a descaracterizaria, à falta de outros elementos, tais como a inidoneidade econômica e financeira do contrato ou vínculo estreito de amizade entre seus representantes e os representantes da tomadora, todos elementos, em princípio, afastados pela realização da licitação e de sua presumida regularidade".

Continuando na sua explanação, analisou o Dr. João Alberto Guedes questão relacionada com o enunciado nº 331 do TST, invocado pelo julgado da Justiça do Trabalho, conforme segue:

"Dispõe, em efeito, esse enunciado:

'331 – Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade. Revisão do Enunciado nº 256. **I** – A contratação do trabalhador por empresa interposta é ilegal, firmando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços no caso de trabalho temporário (Lei 6.019, de 03.01.74). **II** – A contratação irregular do trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II da Constituição da República). **III – Não forma vínculo de empregado com o tomador a contratação** de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a **dos serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – Inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços** quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial'.

Como se verifica, o inciso II afasta o vínculo de emprego com a Administração Pública, ainda que irregular a contratação. O inciso III define como regular a contratação nos casos ali especificados. E em todas as hipóteses, pelo inciso IV, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, pelo empregador, gera, por si só, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços.

Corrigindo essa generalização, a doutrina se reporta à culpa, como fundamento da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços.

Assim, registrou Francisco Antônio de Oliveira a respeito do enunciado 331:

'Todavia, a responsabilidade pecuniária do Poder Público é inarredável se a empresa interposta se mostrar inidônea econômica e financeiramente (**culpa in vigilando e in eligendo**). (...) O que deverá fazer é exigir da empresa que lhe oferece a mão-de-obra que comprove mensalmente que registrou os trabalhadores e que vem cumprindo as obrigações trabalhistas e previdenciárias. É que, em sendo tomadora da força da mão-de-obra, terá responsabilidade subsidiária com suporte na **culpa in vigilando e in eligendo** (art. 159 do Código Civil), já que o crédito trabalhista é superprivilegiado' (In Comentários aos Enunciados do TST – RT – 4ª edição – 1997 – p.812 e 814)".

Após essas considerações, finalizou o Sr. Secretário Diretor Geral:

"A culpa não é suficiente para caracterizar a adoção de artimanhas pelo agente público. Para isso, é necessário a má fé, que segundo os princípios gerais de direito, não se presume, devendo ser comprovada".

Pelas razões expostas, julgo regular a contratação de pessoa jurídica sem o caráter de pessoalidade e sem subordinação direta de seus empregados à EMURB.

Julgo, igualmente, não comprovado desvio de finalidade para burlar a exigência de concurso público estabelecida no artigo 37, II da Constituição Federal.

Aproveito o ensejo das questões trazidas nestes autos para expedir determinação à empresa pública no sentido de fazer constar em seus contratos de prestação de serviços de mão de obra, a exigência de a contratada comprovar, mensalmente, que registrou seus empregados e vem cumprindo as respectivas obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Enviem-se à EMURB e à 7ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho, 2ª Região, cópia do acórdão, de meu relatório e voto.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 04 de setembro de 2002.

MARIANA P. A. Q. BARBOSA
Conselheira Interina

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.004.933.99-61, do qual é Relatora a Conselheira MARIANA P. A. Q. BARBOSA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto da Relatora, julgar regular a contratação de pessoa jurídica sem o caráter de pessoalidade e sem subordinação direta de seus empregados à Empresa Municipal de Urbanização.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, julgar, igualmente, não comprovado desvio de finalidade para burlar a exigência de concurso público estabelecida no artigo 37, II da Constituição Federal.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, determinar à Empresa Pública que faça constar, em seus contratos de prestação de serviços de mão-de-obra, a exigência de a contratada comprovar, mensalmente, que registrou seus empregados e vem cumprindo as respectivas obrigações trabalhistas e previdenciárias.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, determinar o envio, à Empresa Municipal de Urbanização e à 7ª Junta de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho, 2ª Região, de cópia do presente Acórdão, bem assim do relatório e voto da Relatora.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES - Revisor, ROBERTO BRAGUIM e DJALMA DONATO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 04 de setembro de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

MARIANA P. A. Q. BARBOSA
Relatora