TC 5.543/2001

2º Julgado – 3.048 Sessão Ordinária
RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que não acolheu o contrato e não aceitou os efeitos financeiros. Serviços de auxiliar de cozinha. SMADS. CONHECIDOS. PROVIDOS PARCIALMENTE para reconhecer os efeitos financeiros e afastar a multa. Votação unânime.

1º Julgado - 2.333ª Sessão Ordinária
ANÁLISE. CONTRATO. SMADS. Construção, Serviços de auxiliar de cozinha. NÃO ACOLHIDO. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação por maioria.

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

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, pois presentes os requisitos regimentais de admissibilidade.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, quanto ao mérito, em dar-lhes parcial provimento, para o fim de acolher os efeitos financeiros produzidos e afastar a multa aplicada ao responsável.

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

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de julho de 2019.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Trata o TC 5.543/01-69 da análise do Contrato 14/01, firmado entre a Prefeitura do Município de São Paulo, por intermédio da antiga Secretaria Municipal de Assistência Social (SAS), e a empresa Guima-Conseco Construção, Serviços e Comércio Ltda., cujo objeto é a *Contratação de serviços gerais para apoio operacional por intermédio de 66 profissionais da área de auxiliar de cozinha, nas unidades especificadas no Anexo I* do Contrato, com valor estimado em R$ 342.600,00 (trezentos e quarenta e dois mil e seiscentos reais).

Nesta fase processual, em análise os Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pelo Sr. Antonio Floriano Pereira Pesaro (Secretário Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social) contra o v. Acórdão de fls. 332, que, por unanimidade, não acolheu o ajuste e, por maioria, não aceitou os seus efeitos financeiros e determinou a aplicação de multa ao titular da antiga Secretaria Municipal de Assistência Social (SAS) à época.

A PFM, às fls. 333/340, apresentou recurso alegando que a emergência restou plenamente demonstrada e que não houve qualquer prejuízo ao erário, tampouco dolo, culpa ou má fé por parte dos agentes públicos, motivos pelos quais pleiteou o acolhimento do contrato e o cancelamento da multa imposta. Sucessivamente, pleiteou o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais do ajuste, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

O Sr. Antonio Floriano Pereira Pesaro, às fls. 343/344, em seu recurso, reafirma a necessidade inadiável da contratação; a inexistência de concurso público vigente na ocasião da celebração do contrato; a ocorrência de erro de redação no instrumento contratual, uma vez que o que se quis contratar foi a empresa e não as pessoas; a ausência de "vinculação pessoal dos empregados da empresa contratada com a PMSP". Espera que seja reformado o V. Acórdão.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 351/354, após a análise dos recursos, opinou pelo seu conhecimento e, no mérito, pelo seu não provimento, haja vista a ausência de argumentos capazes de modificar as razões constantes do Acórdão recorrido.

A Secretaria Geral, às fls. 358/361, sugere a admissibilidade dos recursos.

No mérito, em relação aos argumentos novos oferecidos, quais sejam, erro de redação no instrumento contratual (uma vez que deveria ter constado contratação de "empresa" e não de "pessoal"), entende que não têm o condão de alterar o v. Acórdão recorrido. Pois, o serviço de auxiliar de cozinha, embora possa ser caracterizado como atividade-meio, constitui, no caso em tela, em atividade atribuída às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão, logo não permitindo a terceirização.

É o Relatório.

VOTO

Em julgamento os Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pelo Sr. Antônio Floriano Pereira Pesaro contra o v. Acórdão de fls. 332, que, por unanimidade, não acolheu o ajuste e, por maioria, não aceitou os seus efeitos financeiros e determinou a aplicação de multa ao titular da antiga Secretaria Municipal de Assistência Social.

Alegam os Recorrentes, em síntese, que a emergência restou plenamente demonstrada e que não houve qualquer prejuízo ao erário, tampouco dolo, culpa ou má fé por parte dos agentes públicos, requerendo, assim, em respeito à segurança das relações jurídicas, o acolhimento dos ajustes, ou, alternativamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros produzidos, com o consequente cancelamento da multa aplicada.

Preliminarmente, entendo admissíveis os recursos interpostos, por terem observado os requisitos legais e regimentais aplicáveis.

No mérito, observo que o não acolhimento do contrato decorreu por não ter sido lícita a contratação da terceirizada, e por não ter sido caracterizada a necessidade para contratar emergencialmente.

Entretanto, a manifestação da Secretaria-Geral durante a instrução do processo, antes da prolação do acórdão, considerou possível a aceitação dos efeitos financeiros, momento em que registrou o seguinte: "entendo que restou demonstrado nos presentes autos que a Origem em nenhum momento buscou transformar uma contratação excepcional em definitiva, todavia a formalização da contratação foi inadequada, assim, revendo meu posicionamento anterior expressado às fls. 163, opino pela irregularidade do ajuste, ressalvando que a critério de Vossa Excelência poderão ser acolhidos os efeitos financeiros, até porque não se vislumbra a presença de dolo ou má-fé da Origem e, não se constatou na instrução processual qualquer prejuízo ao Erário."

Nessa mesma linha, o Conselheiro Maurício Faria acolheu os efeitos financeiros do ajuste, tendo em vista a execução dos serviços contratados, bem como a ausência de indícios de prejuízo ao Erário.

Diante de todo o exposto, CONHEÇO dos Recursos interpostos, pois presentes os requisitos regimentais de admissibilidade e, quanto ao mérito, DOU-LHES PARCIAL PROVIMENTO para o fim de ACOLHER OS EFEITOS FINANCEIROS PRODUZIDOS, e afastar a multa aplicada ao responsável.

Após as demais comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

1º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos 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, em não acolher o Contrato 14/01.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim – Relator, Edson Simões – Revisor e Eurípedes Sales, em não aceitar os efeitos financeiros do referido ajuste, cominando, pela ilegalidade praticada, ao titular da antiga Secretaria Municipal de Assistência Social – SAS, à época, Sr. Evilásio Cavalcante de Farias, que autorizou a contratação, a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), em conformidade com o disposto no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, c.c. o artigo 86, inciso II, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução TCM 03/2002, e com a Portaria SG/GAB-01/2007, expedida pela Douta Presidência desta Corte.

Vencido, em parte, o Conselheiro Maurício Faria, que, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, aceitou os efeitos financeiros do referido ajuste, considerando a execução dos serviços contratados, bem como a ausência de indícios de prejuízo ao Erário.

Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Simões – Revisor, Eurípedes Sales e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 04 de julho de 2007.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Em foco, o exame e o julgamento do Contrato nº 014/01, pactuado entre a Prefeitura do Município de São Paulo, através da antiga Secretaria Municipal de Assistência Social – SAS, e Guima Conseco – Construção, Serviços e Comércio Ltda., objetivando a contratação de serviços terceirizados de auxiliares de cozinha, pelo valor estimado de R$ 342.600,00 (trezentos e quarenta e dois mil e seiscentos reais) pelo período de 6 (seis) meses, na forma do instrumento de fls. 145/150.

O ajuste em questão foi autorizado com dispensa de licitação, calcado no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93 *(Art. 24 - É dispensável a licitação: [...]*

> *IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;*

e no artigo 64, inciso IV, da Lei Municipal nº 10.544/88 (Art. 64 – É dispensável a licitação: [...]

> *IV – nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, então vigente (emergência), por despacho exarado pelo titular da Pasta, à época, Sr. Evilásio Cavalcante de Farias, refletido na cópia de fl. 94.*

A configuração da situação emergencial foi admitida, em princípio, pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, em sua intervenção de fls. 154/156, tendo, então, a Divisão Técnica VI, apresentado o relatório de fl. 159,

concluindo pela regularidade do ajuste, com o aval da respectiva Diretoria e do Subsecretário de Fiscalização e Controle.

Todavia, no reexame do assunto, por solicitação deste Gabinete, aquela Assessoria Jurídica reviu seu posicionamento pretérito, considerando irregular o procedimento da Origem, ao constatar que a contratação deveria observar as prescrições da Lei Municipal nº 10.793/89, que regula as convenções da espécie por tempo determinado, a despeito de evidenciada situação emergencial (fls. 166/169), parecer este que recebeu a adesão da então Subchefia, à fl. 186, e também do Subsecretário de Fiscalização e Controle, à fl. 190.

A origem e o ex-titular da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social defenderam, nas manifestações de fls. 208/209, 222/224 e 254/258, a legalidade do ajuste, asseverando, em síntese, a possibilidade de terceirização das chamadas atividades-meio, não subordinadas à pessoalidade ou à prática de ato administrativo, bem assim a urgência na contratação de profissionais de cozinha para atender à demanda das novas creches construídas ou em fase final de construção, em razão da escassez de servidores, motivada por aposentadorias, falecimentos e exonerações, para não gerar prejuízos à população usuária dos 270 Centros de Educação Infantil em São Paulo.

Esses argumentos foram amplamente examinados e rebatidos pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, em suas novas intervenções de fls. 228/229 e 291/297, onde foi evidenciada a ilicitude da terceirização; o não cumprimento da Lei Municipal nº 10.793/89; o enquadramento impróprio da despesa, desobedecendo à Lei de Responsabilidade Fiscal; e a não caracterização da emergência prevista na Lei Federal nº 8.666/93.

Na derradeira promoção de fl. 299, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, por sua Coordenadoria, também considerou irregular a forma da pactuação, em face da não observância das normas da Lei Municipal nº 10.793/89, ao passo que a Procuradoria da Fazenda Municipal, no longo parecer de fls. 300/311, em que analisa, à luz da doutrina, os vícios do ato administrativo e a possibilidade de sua convalidação, opinou pela acolhida do ajuste, ante a ausência de má-fé de seus operadores e de prejuízos ao Erário, ou, alternativamente, a aceitação de seus efeitos financeiros e patrimoniais.

Esse, igualmente, foi o aspecto salientado pelo Secretário Geral, por não vislumbrar dolo ou má-fé dos agentes da Origem e prejuízos aos cofres públicos (fls. 314/317).

É o relatório abreviado.

VOTO

O ajuste em julgamento, como dimana da narrativa resumida do processo, versa sobre a contratação de serviços terceirizados de

cozinha, para creches concluídas e em fase final de construção da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social, discriminadas no Anexo I, que acompanhou o instrumento visualizado às fls. 145/149.

Oportuno registrar, desde logo, que o pleito presente é similar ao Contrato nº 12/2001, objeto do TC nº 5.498.01-06, relativo à contratação de pessoas para execução de serviços gerais, nas mesmas unidades mencionadas no precitado ANEXO I, julgado irregular pela Eg. 2ª Câmara deste Sodalício, por Decisão de 26/10/2005, do qual fui Relator.

A exemplo daquele precedente, a Assessoria Jurídica de Controle Externo apontou irregularidades na contratação em foco, destacando, por relevante, a ilicitude da terceirização, a não-observância às normas da Lei Municipal nº 10.793/89 e da Lei de Responsabilidade Fiscal, no concernente ao elemento de despesa, e a não-caracterização da situação emergencial (fls. 228/229 e 291/297).

As ponderações daquela unidade são inteiramente procedentes, porquanto o art. 37 da Constituição Federal, traçando regras sobre a atuação da Administração Pública direta, indireta ou fundacional de qualquer Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), dispõe, em seu inciso IX, que 'a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público'.

A União Federal, em sintonia com a regra constitucional, editou o Decreto nº 2.271/97

> *Art. 1º - No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.*
>
> *§ 1º - As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.*
>
> *§ 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, ainda sem similar no âmbito da Administração Municipal, explicitando, em seu artigo 1º, as atividades-meio que podem ser objeto de terceirização (conservação, segurança, vigilância, transportes,*

copeiragem etc.), as quais não estão identificadas com as detalhadas no instrumento convencional.

Esse tema, aliás, foi objeto de alentado estudo de autoria da Dra. Magadar R. C. Briguet, no Expediente Interno nº 028/2002 da Assessoria Jurídica, o qual respaldou o voto, por mim proferido, no TC nº 481.02-07, a propósito da contratação de três equipes-padrão para manutenção e produção de mudas em viveiros (fls. 170/185).

Pela mesma linha de entendimento, não vislumbro, na espécie, contratação terceirizada lícita ou regular, como também não me parece caracterizada a situação de emergência, invocada no Despacho do titular da Pasta, bastando atentar para o fato de que o ajuste prevê o fornecimento de pessoal até para creche em construção, (fl.150), o que, positivamente, escapa, "permissa venia", do conceito de imediatidade e urgência.

Em outras palavras, a urgência deverá ser concreta, efetiva e capaz de eliminar o risco de dano para a Administração Pública, o que não é a hipótese vertente. Por fim, o ajuste não tem, "data maxima venia", a coloração que lhe dá a douta Instituição Fazendária, em seu alentado parecer de fls. 300/311, posto conter VÍCIO SUBSTANCIAL e impossível de ser convalidado juridicamente, ainda que cumprido integralmente.

Complementarmente, o princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, consumado no tempo, não pode servir de justificativa, no âmbito da Administração Pública, para preservação de seus efeitos financeiros e patrimoniais, quando o ato é substancialmente inválido e contrário aos princípios implícitos e explícitos no artigo 37 da Constituição Federal.

Dentro desse panorama, NÃO ACOLHO o Contrato nº 14/01, instrumentado às fls. 145/150, cominando ao titular da Secretaria, à época, Sr. Evilásio Cavalcante de Farias, que autorizou a contratação, pela ilegalidade praticada, a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), em conformidade com o disposto no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal nº 9.167/80, c/c o artigo 86, inciso II, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução TCM nº 03/2002, e com a Portaria nº SG/GAB-01/2007, expedida pela Douta Presidência desta Casa.