TC nº 72-005.971.04-25

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. TERMO ADITIVO. SPTURIS. Serviços de monitoria aquática. Evento "Viva São Paulo no Verão". Terceirização lícita. Precedente. ACOLHIDOS. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 37, XXI, § 6º, CF. Art. 6º, II, 13 e 71, § 1º, Lei 8.666/93. Art. 10º,§ 7º, Dec. Lei 200/1967. Instr. Norm. 02/2008. Art. 2º, Lei Mun. 13.652/03. Dec. 1º e 2º, Dec. 2.271/97. Art. 18, § 1º, Lei 101/00. Art. 1º, Lei Est. SP 2.846/81, Leis Muns. 11.003/97 e 11.004/97.

TCs citados: 72.000.928.360.98-09, 72.003.367.04-00, 72.001.562.05-95, 72.003.717.03-39.

Transitado em julgado em: 24.04.2013.

2.643ª Sessão Ordinária

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 acolher o procedimento licitatório Pregão Presencial 033/2003, o Contrato 001/04-GJU e o Termo Aditivo GJU/036/04, uma vez que se trata de terceirização lícita, que atendeu ao interesse público.

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, 24 de outubro de 2012.

EDSON SIMÕES – Presidente.

MAURÍCIO FARIA – Relator.

RELATÓRIO

Trata o presente da análise do Pregão Presencial n°033/2003, do Contrato GJU n°001/2004 e de seu respectivo Termo Aditivo GJU

n°036/2004, firmado entre Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo S/A (atual São Paulo Turismo S/A) e a empresa SFM Eventos Esportivos S/C Ltda., cujo objeto é a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de monitoria aquática para o evento **"Viva São Paulo no Verão"**.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, em sua manifestação inaugural, considerou irregular a licitação, pela ausência de publicação do edital em jornal de grande circulação. Entendeu, também, pela irregularidade do contrato e do termo aditivo por sucederem a licitação irregular. Propôs a oitiva da Assessoria Jurídica de Controle Externo para que se manifestasse sobre a legalidade da terceirização do serviço contratado.

A AJCE opinou pela relevação da falta de publicação do edital em jornal de grande circulação, uma vez que não houve prejuízo à competitividade, já que conforme consta da Ata n°001 (fls.64), dez empresas retiraram o edital. No tocante à terceirização dos serviços, muito embora tenha tecido algumas considerações, sugeriu a intimação da Origem antes de proferir parecer conclusivo.

Devidamente intimada, a Origem apresentou defesa e acostou documentos, alegando em síntese que:

1) A Anhembi Turismo (atual SPTuris) não possui em seus quadros a função de monitoramento aquático;

2) A contratação realizada diz respeito a serviços e não mão-de-obra. A menção aos horários foi necessária para que a empresa contratada pudesse prestar os serviços nos horários corretos, atendendo o inciso I, do §2° do art.7° da Lei 8.666/93, que prevê a necessidade de projeto básico com a descrição precisa dos serviços para a realização da licitação;

3) A Anhembi Turismo foi contratada pela Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação em 07/11/2003 para a prestação de diversos serviços elencados no Anexo ao Contrato n°21/SEME/2003, dentre eles, a implantação do Projeto "Viva São Paulo no Verão" nos clubes da cidade. O serviço foi necessário para que houvesse segurança na utilização das piscinas;

4) A prestação de serviços restringiu-se ao período de 15 de janeiro a 31 de maio de 2004, tendo sido plenamente cumprida pelos contratantes;

5) Eventuais questões atinentes à Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação não poderiam afetar a presente contratação, por ser ato jurídico perfeito;

6) O edital de pregão foi publicado no Diário Oficial do Município, bem como no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de São Paulo, atendendo ao disposto no art.24 do Decreto Municipal n° 44.279/2003. A Portaria mencionada pela Especializada não se aplica à SPTuris uma vez que só obriga os

órgãos que estão hierarquicamente subordinados à Prefeitura do Município de São Paulo.

Após a defesa apresentada pela Origem, a AJCE reiterou seu parecer pela relevação da ausência de publicação em jornal de grande circulação. Considerou, entretanto, que a manutenção no edital e no instrumento contratual de elementos como a jornada de trabalho, divisão de funcionários por turno, folgas e horários de almoço dão margem a questionamentos acerca da existência de contratação de mão-de-obra e não, propriamente, de prestação de serviços, fato este que poderia confrontar com o que dispõe o art. 37, II da Constituição Federal e art.18, §1° da Lei de Responsabilidade Fiscal, além de eventuais problemas de responsabilidade trabalhista para o Município.

Devidamente intimados, os Ordenadores de Despesas e o representante legal da Contratada apresentaram argumentos semelhantes aos alegados pela Origem. Destaca-se, apenas, um novo argumento apresentado pelo Sr. Celso Oliveira Marcondes de Faria, ex-Diretor Presidente da São Paulo Turismo S/A, acerca da desnecessidade de observância da Lei de Responsabilidade Fiscal, tendo em vista a autonomia e independência econômica da Origem em relação à Administração Direta. Concluiu que *"a São Paulo Turismo S/A configura-se empresa **'não dependente do Estado'**, haja vista que não recebe recursos da Administração Pública à qual está vinculada, para sua sobrevivência." (grifo original)*

Instada a se manifestar, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu que a irregularidade no tocante à ausência de publicação em jornal de grande circulação não chegou a prejudicar a competitividade do procedimento licitatório. No que concerne à terceirização dos serviços, entendeu que por se tratar de questão eminentemente jurídica, deveria ser submetida às considerações da AJCE.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo em parecer conclusivo, reiterou seu posicionamento acerca da relevação da ausência de publicação em jornal de grande circulação. No que se refere à terceirização, afastou o argumento acerca de autonomia e independência da Anhembi (atual São Paulo Turismo S/A) à época da contratação, citando o TC n° 72.001.562.05-95 (balanço referente ao exercício de 2004), que a considerou como empresa estatal dependente. Demais disso, entendeu que o objeto do contrato, nos moldes da legislação vigente, configurou substituição de servidores públicos da Administração Direta, infringindo o art.18, §1° da Lei Complementar n°101/00.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu a relevação das falhas pontuadas e o reconhecimento da regularidade dos instrumentos.

Por fim, a Secretaria Geral acompanhou as conclusões exaradas pela AJCE, alertando para aspectos referentes à aceitação dos efeitos financeiros do contrato, em razão do Princípio da Segurança Jurídica.

Solicitei à Especializada informações atualizadas sobre o constatado no relatório do TC n° 72.003.717.03-39, cujo objeto era a contratação de

monitoramento aquático para os CEUs, em especial quanto ao número de cargos de Operador de Piscina e Salva Vidas, preenchimento dos mesmos e data do último concurso público, bem como eventual conversão em lei do Projeto de Lei n° 01-0412/2003, que pretendia extinguir os cargos mencionados dos quadros de servidores da Administração Pública Municipal. Solicitei, ainda, que se apurasse junto à Origem a ocorrência de eventual condenação subsidiária decorrente do presente ajuste.

Em resposta, a SFC informou que:

1) Os cargos de Salva Vidas e Operador de Piscina foram criados, respectivamente, pelas Leis Municipais nº 11.003/91 e nº 11.004/91, não sendo alteradas e continuando em vigor até a presente data;

2) Em entrevista com a Sra. Darlene da Fonseca Fabri Dendini, Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Cultura – SEME, constatou-se que os serviços de Operador de Piscina e Salva Vidas são prestados, atualmente, por empresa contratada;

3) Constatou-se, ainda, que o último concurso foi realizado em 26/06/1992 para o cargo de Operador de Piscina e 27/06/92 para o cargo de Salva Vidas, portanto, sem alteração em relação aos apontamentos feitos no referido TC;

4) O projeto de lei foi apresentado à Câmara Municipal de São Paulo, porém não foi convertido em lei, tendo sido arquivado no dia 17/05/2004, conforme fls. 283/284;

5) Constatou-se à fl. 285, que não existe reclamação trabalhista envolvendo a empresa SFM. Eventos Esportivos S/C Ltda. e a São Paulo Turismo S/A.

É o relatório.

VOTO

A execução indireta de atividades da Administração Pública é expressamente prevista no art. 37, XXI, da CF, bem como nos arts. 6°, II e 13 da Lei 8.666/93.

Na Administração Pública a terceirização de serviços teve como marco legislativo o Decreto–Lei n° 200/1967, que em seu art. 10, §7º assim dispôs:

> ***Art. 10.*** *A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.*
>
> ***§ 7º*** *Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com*

> *o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.*

No âmbito municipal, a Instrução Normativa n°02, de 30 de abril de 2008, que define regras e diretrizes para a contratação de serviços, estabelece 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 aos clubes municipais durante o evento "Viva São Paulo no Verão", objeto do referido pregão.

O argumento de existência de cargos de Operadores de Piscina e Salva Vidas na Administração Direta não inviabiliza a possibilidade da terceirização destes serviços pela Origem, pelos motivos que passo a relatar.

Primeiramente, é relevante salientar que os cargos mencionados, bem como outros cargos de nível básico constantes no quadro de pessoal do Município, foram transformados em cargos multifuncionais de agente de apoio, conforme o disposto no art.2° da Lei Municipal n° 13.652/2003, sendo certo que a maioria destas atividades passou a ser terceirizada pela Administração, na busca de economia de custos.

Pela análise dos autos, verificou-se que desde 1992 não são abertos concursos públicos para o provimento destes cargos na Administração Direta, restando clara a intenção da Administração Pública de extingui-los dos quadros da Municipalidade, tendo sido, inclusive, apresentado projeto de lei neste sentido. É sabido que os cargos de Salva Vidas e Operador de Piscinas inserem-se no conceito de atividade-meio, configurando serviço de apoio à atividade administrativa podendo, por isso, ser perfeitamente terceirizados.

Relevante frisar que o Tribunal de Contas da União, em julgamento proferido nos autos do TC n° 928.360/98-9, publicado no DOU do dia 04/02/2000, ressaltou que a Corte vem adotando posição mais flexível em relação à terceirização de serviços, conforme dispôs o Relator Min. Benjamin Zymler:

> *"A execução indireta de serviços no âmbito da Administração Pública tem se firmado cada vez mais como tendência inexorável,*

consentânea ao novo modelo de Estado que vem sendo implantado no atual Governo.

*0 TCU mostra-se alinhado a esta tendência**, já tendo admitido, inclusive, a contratação de pessoal para a realização de atividades compatíveis com as atribuições de cargos previstas no plano de cargos e salários do órgão ou entidade jurisdicionado**, ao dar provimento a recurso interposto pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO (Decisão n° 885197 - Relator Min. Carlos Átila Álvares de Silva; Ata na 53/97 - Plenário), em vista do caráter especializado de que se revestiam as atividades de operador de PABX e telefonista.*

Entendo que a flexibilização dispensada no precedente citado é bastante salutar e vai ao encontro das diretrizes que norteiam a moderna Administração Pública e dos pilares jurídicos estatuídos nos §§ l° e 2° do Decreto n° 2.271/97. Não obstante, devo asseverar que o elastecimento na contratação de execução indireta de serviços na Administração Pública deve circunscrever-se a atividades de caráter inequivocamente ancitar. Ressalte-se que atividades dessa natureza exteriorizam-se através de atos materiais, meramente executórios, e não por atos administrativos stricto sensu."

Corroborando o entendimento supracitado, acrescentando, ainda, a necessidade de soluções razoáveis a fim de não engessar a máquina administrativa, não vislumbro infringência ao art.37, II da Constituição Federal.

A indicação no edital do turno de trabalho, dia de folga e intervalo 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, não indicando contratação de mão-de-obra ao invés de serviços.

Em relação à infringência ao art.18, §1° da Lei de Responsabilidade Fiscal, entendo que a referida lei trata da terceirização que implica em substituição de mão-de-obra e, nessa hipótese define como devem ser contabilizadas as despesas e o seu limite máximo. Todavia, o caso relatado nos autos cuida da terceirização de serviços e não de mão-de-obra, não se enquadrando neste dispositivo legal.

Importante mencionar, ainda, que a contratação ocorreu para atender a necessidade temporária da Administração Pública, tendo em vista que o período de execução dos serviços ocorreu de 15 de janeiro até 31 de maio de 2004, computada a prorrogação, período esse em que as piscinas dos clubes municipais recebem mais visitantes, necessitando, portanto, de maior monitoramento. Logo, não há justificativa para o dispêndio de recursos públicos para a contratação efetiva destes profissionais por concurso público, uma vez que durante boa parte do ano as piscinas públicas ficam inoperantes.

Demais disso, o art.1° da Lei Estadual Paulista n° 2846/1981, exige a presença de salva-vidas nas piscinas de uso público, na

proporção de um para cada 300 m2. Assim, cabe à São Paulo Turismo, como empresa prestadora de serviços públicos, o dever de zelar pela segurança dos usuários das piscinas municipais, garantindo a continuidade do serviço de evidente relevância.

No tocante à eventual responsabilidade trabalhista, imperioso mencionar a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que a fim de coibir eventuais fraudes e regulamentar o instituto da terceirização nas relações de trabalho, previa responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, inclusive quanto aos órgãos da Administração Pública.

Entretanto, no dia 24 de novembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal colocou uma pá de cal na questão envolvendo a responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas da Contratada, por meio da ação declaratória de constitucionalidade (ADC n°16) movida pelo Governador do Distrito Federal, declarando, então, a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

> *"**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." – destacou-se*

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 e subsidiária, 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, visto que se trata de atividade-meio, sem pessoalidade ou subordinação.

Por fim, no tocante à falta de publicação do edital em jornal de grande circulação, entendo tratar-se de falha meramente formal, que não prejudicou a competitividade do procedimento licitatório. Demais disso, o pregão foi

noticiado no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de São Paulo, bem como no DOC, sendo certo que 10 empresas o consultaram, merecendo ser relevada.

Diante do exposto, seguindo posicionamento por mim adotado em caso análogo no TC n°72.003.367.04-00**, ACOLHO** os instrumentos em análise, uma vez que se trata de terceirização lícita, que atendeu interesse público evidente.