TC nº 72-000.010.09-57

PETIÇÃO. MPSP. Verificação de informações sobre contratos de serviços de operacionalização de equipamentos de som instalados nos CEUs. SME. Valor praticado superior ao de mercado e não justificado. CONHECIDA. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 72.000.485.09-34, 72.000.402.09-07 e 72.000.010.09-57

2.762ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 18/09/2015

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Maurício Faria, após vista que lhe fora concedida na 2.752ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros Edson Simões – Relator e João Antonio – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros Edson Simões – Relator, com relatório e voto, João Antonio – Revisor e Maurício Faria, consoante declarações de voto apresentadas, e Domingos Dissei, em conhecer da solicitação do Ministério Público do Estado de São Paulo.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar o arquivamento destes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de setembro de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trata o TC 010/09 de solicitação encaminhada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo acerca de eventual apreciação do Contrato 014/SMC/2004, firmado entre a Secretaria Municipal de Cultura – SMC e a empresa Phobus Promoções e Produções Artísticas Ltda., como também sobre a apreciação do Contrato 084/SME/2005, celebrado pela Secretaria Municipal da Educação com a empresa Phobus Promoções e Produções Ltda. Já o TC 485/09-34 cuida da análise do Pregão Presencial 09/SMC/2004, do Contrato 14/SMC/2004 e dos Termos de Aditamento números 09, 53 e 81, todos de 2005, firmados entre a Secretaria Municipal de Cultura – SMC e a empresa Phobus Promoções e Produções Artísticas Ltda., no valor de R$ 1.708.784,00 (um milhão, setecentos e oito mil, setecentos e oitenta e quatro reais), tendo por objeto a operacionalização e manutenção de equipamentos de som instalados em CEUs – Centros Educacionais Unificados.

Os serviços, objeto da licitação e do contrato referidos, compreendem a montagem e desmontagem de equipamentos para a realização de eventos que venham a ocorrer nesses Centros Educacionais, como também a gravação de debates, shows musicais em mds, cdr e/ou mp3, incluindo a operacionalização de mesa de som, conforme justificativa constante da folha 04 dos autos.

A partir do Pregão Presencial 06/SMC/2004, o objeto licitado foi adjudicado à empresa Phobus Promoções e Produções Artísticas Ltda. na data de 27.5.2004, no valor de R$ 59,50/h (cinquenta e nove reais e cinquenta centavos/hora), para o quantitativo de 320 horas mensais. (TC 485/09: 27.5.2004 – folhas 12 e 13) Em 02.06.2004, a Diretoria do Departamento de Ação Cultural Regionalizada da Secretaria Municipal de Cultura informou ter revisto a grade de horas, concluindo ser excessiva a carga de 320 horas mensais.

Os cálculos deveriam ter sido realizados, segundo avaliou, para o máximo de 220 horas. Diante disso, solicitou a anulação do Pregão 06/SMC/2004. Em 16.06.2004 foi publicado o despacho de anulação do certame. (TC 485/09: 02.06.2004 – folhas 14/16) A nova licitação operou-se mediante Pregão Presencial 09/SMC/2004, culminando na celebração do Contrato 014/SMC/2004, que estabeleceu o preço por hora trabalhada em R$ 73,00 (setenta e três reais) para o máximo de 220 horas, com pagamento efetuado com base nas horas efetivamente trabalhadas, com mínimo mensal de 120 (cento e vinte) horas, com o total mensal estimado de R$ 337.260,00 (trezentos e trinta e sete mil e duzentos e sessenta reais), atendendo a 21 (vinte e um) CEU's. (TC 485/09: 21.7.2004 – folhas 131/133 e 02.8.2004 – folhas 137/146)

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou a irregularidade do Edital do Pregão Presencial 09/SMC/2004 por estabelecer regra prevendo o pagamento mínimo de 120 horas, ainda que as horas efetivamente

trabalhadas não atinjam tal montante, o que, segundo entendeu, contraria os princípios da vedação do enriquecimento sem causa e da moralidade. Afora isso, verificou que o preço adjudicado e homologado no Pregão 09/SMC/2004, no importe de R$ 73,00/h (setenta e três reais/hora), não se encontra justificado, sendo superior ao verificado na licitação anulada (Pregão 06/SMC/2004), em que o preço fixado era de R$ 59,50/h (cinquenta e nove reais e cinquenta centavos/hora), significando, assim, um acréscimo de 22,8% em menos de 02 (dois) meses (de 27.5.2004 a 21.7.2004).

Constatou, ainda, o Órgão Auditor que as contratações que se seguiram ao Contrato 014/SMC/2004, ora analisado, tiveram preços sucessivamente menores, ou seja:

1. o Contrato 014/SMC/2004, com preço de R$ 73,00/h (setenta e três reais/hora), foi substituído pelo Contrato 084/2005 da Secretaria Municipal de Educação, firmado em 16.9.2005 com a mesma empresa Phobus (analisado no TC 402/09-07), com o preço contratual de R$ 67,45/h (sessenta e sete reais e quarenta e cinco centavos/hora);

2. esse último contrato (84/SME/2005) foi substituído pelo Contrato 155/SME/2005, firmado em 16.12.2005 com a mesma empresa Phobus, sendo o preço contratado de R$ 63,16/h (sessenta e três reais e dezesseis centavos/hora);

3. o Contrato 155/SME/2005, por sua vez, foi substituído pelo Contrato 199/SME/2006 (contratação emergencial analisada no TC 02.849/07-68), firmado em 28.12.2006 com a empresa Loja do Teatro Luz e Som Ltda., ME, com preço contratado de R$ 32,20/h (trinte e dois reais e vinte centavos/hora);

4. e o Contrato 199/SME/2006 foi substituído pelo Contrato 118/SME/2007 (contratação emergencial analisada no TC 2.723/07-20), firmado em 05.6.2007 com a empresa Loja do Teatro Luz e Som Ltda., ME, com o preço de R$ 31,78 (trinta e um reais e setenta e oito centavos).

Diante disso, concluiu a Especializada que o preço adjudicado e homologado no Pregão 09/SMC/2004 não se encontra justificado, sendo superior ao verificado na licitação anulada e nos contratos subsequentes, o que fere o princípio da economicidade. (TC 485/09: folhas 238/242 verso)

Em análise do Contrato 014/SMC/2004, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou-o irregular, tendo em vista:

1. derivar de licitação considerada irregular;

2. conter regra determinando o pagamento mínimo de 120 horas, ainda que as horas efetivamente trabalhadas não totalizem essa quantidade, o que ofenderia os princípios da vedação do enriquecimento sem causa e da moralidade;

3. que o preço contratado não se encontra justificado, sendo superior ao previsto na licitação anulada e nos contratos posteriores, em descompasso, portanto, com o princípio da economicidade. (TC 485/09: folhas 243/245)

Quanto aos Aditamentos 09, 53 e 81 ao Contrato 014/SMC/2004, após análise de seus termos, concluiu a Especializada pela irregularidade de todos eles, por derivarem de licitação e contrato irregulares e por conservarem o mesmo preço contratado, com exceção, nesse último aspecto, do Aditamento 81. Esse último termo de aditamento previu efeitos financeiros retroativos: o despacho de autorização foi emitido em 13.7.2005, reduzindo o valor da hora trabalhada de R$ 73,00 (setenta e três reais) para R$ 71,00 (setenta e um reais), que passou a ser o novo Po (preço inicial), e retroagindo seus efeitos a 01.5.2005. Estariam os dois primeiros Aditamentos ferindo o princípio da economicidade, e todos eles, por manterem a previsão de pagamento mínimo de 120 horas, ainda que as horas efetivamente trabalhadas não atinjam tal montante, em choque com os princípios da vedação do enriquecimento sem causa e da moralidade.

Como última irregularidade, apontou o Órgão Auditor a remessa extemporânea das informações do Termo Aditivo 09, via SERI – Sistema Eletrônico de Remessa de Informações, infringindo a Resolução 05/02 e instruções 01/02, todas do TCMSP. (TC 485/09: folhas 246/248, 249/251 e 252/255 verso)

Após devidamente intimados, e com argumentos similares, apresentaram defesa os integrantes da Comissão de Licitação do Pregão Presencial 09/SMC/2004: Katya Maria Rivero; Carlos Eduardo Santos; Laura Maria Alejandra R. Porta; Célia Regina Nicodemo; Antonio Caetano da Silva; a signatária do instrumento contratual, Weildya Fátima Vieira Michiles; e a signatária do Termo Aditivo 09/SMC/2005, Neli Aparecida de Faria. Sustentaram os agentes responsáveis que o mínimo e máximo de horas mensais a serem trabalhadas serviram como orientação para que as partes contratantes pudessem realizar a composição de seus preços, prevendo, por exemplo, despesas trabalhistas, previdenciárias, tributárias, dissídios coletivos e até horas extras, "já que no edital está implícito que a Administração não ficaria responsável pelo pagamento de eventuais horas extras, uma vez que a execução dos serviços poderia se dar das 8h30 às 22 horas". Alegaram, ainda, que "a Unidade Requisitante garantiu um mínimo de 120 horas mensais a serem trabalhadas, tendo por base uma ampla programação artística planejada para os equipamentos dos CEUs".

Informaram que, em toda a vigência do contrato, não ocorreu prestação de serviços mensais inferior a 120 horas, ressaltando que, durante a contratação, a empresa somente recebeu pelas horas efetivamente trabalhadas. Sustentaram que, para definir enriquecimento ilícito, impõe-se demonstrar o prejuízo efetivamente ocorrido, o que não se verificou no cumprimento do contrato em exame, e sim plena observância do princípio da moralidade, buscando preservar o interesse público, como também a vantajosidade econômica para a Administração. Com referência ao preço adjudicado e homologado no certame, aduziram os agentes

responsáveis que este resultou do menor lance obtido dentre as propostas das três empresas participantes, sendo ainda "inferior ao menor preço apresentado na pesquisa de mercado realizada pela Unidade Requisitante, que tem a finalidade de servir de parâmetro para a Comissão, conforme entendimento esboçado nos acórdãos do Tribunal de Contas da União".

Afirmaram, com isso, que a adjudicação do preço se deu com base em pesquisa prévia de mercado, estando perfeitamente justificado. Respeitante ao preço adjudicado no Pregão Presencial 09/2004, superior ao do certame anulado, argumentaram que se deve "destacar que a média da pesquisa de preços do pregão anulado foi R$ 71,70 (setenta e um reais e setenta centavos) para o máximo de 320 horas mensais e 20 CEU's e o preço adjudicado no pregão 09/2004 – SMC, para o máximo de 220 horas mensais de 21 CEU's foi de R$ 73,00 (setenta e três reais), ou seja, ínfima perante a recomposição que os preços ofertados sofreram".

Concluíram os agentes públicos responsáveis que a vantajosidade da contratação para a Administração Pública foi duplamente atingida: empresa contratada pelo menor preço ofertado com execução eficiente das atividades pactuadas.

O Ordenador da Despesa, em referência ao Contrato 014/SMC/2004, alegou "que o pagamento mínimo de 120 horas não configura enriquecimento sem causa e burla ao princípio da moralidade, posto que, independente das horas efetivamente trabalhadas, a manutenção de estrutura mínima reservada à Administração necessariamente depende da fixação de um custo fixo para a mesma".

Argumentou que a fixação de horas mínimas (120 horas) representa regra da média ponderada necessária a custear a manutenção daquela estrutura mínima reservada à Administração, entendendo que o enriquecimento ilícito somente se configuraria na hipótese de restar "patente a ocorrência de locupletamento do particular em detrimento do Poder Público".

Quanto à alegada não justificação do preço contratado e acima dos valores constantes da licitação anulada, como também das contratações posteriores, afirmou que: "A mera comparação genérica não serve para tal conclusão, muito menos serve de instrumento para apuração de ilegalidade em certame, que reclama procedimento próprio previsto na Lei das Licitações".

E considerou tão só irregularidades formais, incapazes de anular ou macular os atos da Administração, a ausência de data no Edital e a remessa extemporânea das informações e do termo aditivo, via SERI. (TC 485/09: 26.6.2009 – fls. 278/287)

Já a Origem, Secretaria Municipal de Cultura, alegou inicialmente "que foi feita a estimativa de utilização de 120 até o máximo de 220 horas por mês, para todos os equipamentos listados na especificação técnica do

Edital". Argumentou que "nesse tipo de contrato a estimativa de horas, além de servir de parâmetro para a composição do preço, serve principalmente para a empresa organizar seus recursos materiais e humanos para que lhe seja possível cumprir todas as obrigações decorrentes do contrato".

Ponderou ainda que, nessa modalidade de contrato por estimativa, e com os serviços prestados sem terceirização, fica a empresa contratada obrigada a manter equipamentos, materiais e recursos humanos à disposição da Administração, independentemente da efetiva utilização dos serviços. Assim, com a previsão contratual de horas mínimas, na hipótese de não serem atingidas, restaria garantido o pagamento mínimo à empresa, "já que a empresa evidentemente possui um custo fixo para poder se responsabilizar pelo cumprimento do contrato e atendimento das necessidades da Administração em cada um dos CEU's".

Com isso, entendeu a Origem haver justificativas para a previsão de pagamento mínimo e que essa previsão não significa necessariamente ofensa ao princípio da moralidade ou da legalidade. Em referência ao preço adjudicado, superior ao da licitação anulada, fez notar "que o objeto foi adjudicado ao vencedor em razão da conformidade do preço ofertado com a pesquisa de mercado realizada. Da mesma forma, todos os aditamentos que observam o limite máximo de sessenta meses previsto no artigo 57 da Lei 8.666/93, foram precedidos de regular pesquisa de mercado, pelas quais se verificou que os valores estavam de acordo com os praticados e que a manutenção do contrato se mostrava vantajosa e econômica para a Administração".

Agregou ainda a Origem que os valores obtidos no pregão anterior anulado não valem como base de comparação, de sorte a medir a economicidade do preço obtido no pregão seguinte, que gerou a contratação efetiva dos serviços. Assim entendeu, uma vez que as "especificações do objeto no pregão anterior eram muito diferentes, tanto em relação à quantidade de equipamentos como à estimativa de horas, o que influencia nos custos e preços ofertados pelas empresas. Ademais, os pisos mínimos das categorias envolvidas na prestação dos serviços já tinham sido reajustados".

E finalizou alegando: "(...) verifica-se que o contrato era econômico e decorreu de regular processo de licitação, motivo pelo qual não há que se falar de qualquer impedimento a sua celebração e prorrogações". (TC 485/09: 13.8.2009 – folhas 428/433)

Em exame das defesas apresentadas, ao manifestar-se a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, assinalou, inicialmente, que a regra prevista no item 1.1.3 do Edital do Pregão 14/2004, determinando o pagamento mínimo de 120 horas, independentemente da efetiva prestação do serviço contratado, só por si, já contraria os princípios da moralidade e do enriquecimento sem causa. Qualquer exceção ao dever da Administração de somente pagar pelos serviços efetivamente prestados deve ser plenamente justificada.

E argumentou: "Alega-se que o pagamento mínimo de 120 horas é previsão necessária para assegurar o custo da empresa na disponibilização de serviço de manutenção da estrutura mínima reservada à Administração, independentemente das horas efetivamente trabalhadas. Contudo, não ficou demonstrado qual seria esse custo e muito menos o que compreenderia o 'serviço de manutenção da estrutura mínima', capaz de justificar a previsão de pagamento mínimo das 120 horas".

No que diz respeito ao preço adjudicado, superior à licitação anterior e acima de todos os preços das contratações subsequentes, sustentou que as alegações formuladas não apresentam justificativa para o preço contratado. Assinalou ainda ter sido constituída, no âmbito da Secretaria Municipal de Educação, Comissão de Apuração Preliminar, visando apurar fatos sobre denúncia formal de superfaturamento dos Contratos 115/SME/2005 e 156/SME/2005, definindo eventuais responsabilidades, tendo concluído haver fortes indícios de ocorrência de responsabilidade funcional, envolvendo a contratação das empresas Som Lux Spotlight Ltda. e Phobus Promoções e Produções Ltda. Houve, ademais, instauração de sindicância pelo Departamento de Procedimentos Disciplinares da Secretaria de Negócios Jurídicos (05.10.2008), bem como de dois inquéritos civis, no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, para apurar aquelas contratações.

Aduziu, por fim, que, anteriormente a essas medidas investigatórias, os setores técnicos da Secretaria Municipal de Educação realizaram pesquisa de preço em 28.11.2006, aferindo que os valores praticados nos contratos acima citados eram superiores aos praticados no mercado (TC 402.09-07 – folha 149). No que se refere aos Termos de Aditamento 09/SMC/2005, 53/SMC/2005 e 81/SMC/2005, reiterou a Especializada os argumentos já empregados na análise do Pregão 09/2004 e do Contrato 14/SMC/2004, de sorte a considerá-los igualmente irregulares. Finalizou o Órgão Auditor que as defesas apresentadas não trouxeram fato novo ou justificativa capaz de alterar o quanto constatado, com o que manteve suas conclusões constantes das folhas 238/254 dos autos. (TC 485/09: 09.4.2010 – folhas 464/470)

Segundo a Assessoria Jurídica de Controle Externo, tanto a licitação como a contratação encontram-se formalmente de acordo com os regramentos contidos no instrumento convocatório. Considerou, contudo, "que os parâmetros apresentados pela Unidade Requisitante não foram os mais vantajosos para a Administração" (...). Acompanha as considerações da Especializada no tocante à evidência de superfaturamento, tal como apontado às folhas 242 verso. Quanto ao envio em atraso das informações referentes aos ajustes ora analisados, por meio do Sistema Eletrônico de Remessa de Informações – SERI, entendeu a Assessoria Jurídica tratar-se de "falha de cunho eminentemente formal, passível de relevação". Posicionou-se, ao final, pelo não acolhimento do Pregão Presencial 09/2004, como também do Contrato 14/SMC/2004 e dos Termos Aditivos 09/SMC/005, 53/SMC/2005 e 81/SMC/2005, sem prejuízo de eventuais determinações consideradas cabíveis. (TC 485/09: 28.7.2010 – 478/482)

A Procuradoria da Fazenda Municipal entendeu que as irregularidades havidas no certame não ensejam, obrigatoriamente, a ocorrência de vícios no contrato e seus termos aditivos. Argumentou não ser aplicável, como regra geral, o princípio do Direito Contratual Civil, segundo o qual "a sorte do acessório acompanha a do principal", notadamente considerando a análise de contratos administrativos. Assim entendeu, uma vez que "o interesse público aliado à complexidade do ato administrativo não referenda a aplicação imediata da tese, absolutamente dominante e remansosa, que afirma que a anulação da licitação condena inexoravelmente o consequente contrato ou que a anulação de um contrato fulmina os demais atos dele derivados". A aplicação pura e simples da teoria civilista da acessoriedade, segundo afirmou a Fazenda, parece não levar em conta a alta complexidade das relações com a Administração Pública. E ponderou que, no presente caso, "a razoabilidade do procedimento aponta ao menos na direção da aceitação dos efeitos econômicos dos atos em exame". Amparando-se no teor das defesas apresentadas, tendo em vista, ademais, a presunção de legalidade que todo ato administrativo possui e, finalmente, considerando "a ausência de registro de comportamento indevido de quem quer que seja", requereu a Fazenda Pública Municipal o reconhecimento dos efeitos econômicos dos atos em exame. (TC 485/09: 09.8.2010 – folhas 485/499)

A Secretaria Geral iniciou suas apreciações anotando não restar demonstrada a vantajosidade da contratação em exame para a Administração Pública, notadamente ante o que prescreve o artigo 3º da Lei Federal 8.666/93. Considerou ainda irrefutável a afirmativa da Auditora ao alegar ausência de justificativa do preço contratado, comprovadamente superior ao fixado na licitação anulada e nas contratações posteriores, em confronto com o princípio da economicidade, uma vez que tal princípio "visa aferir a relação entre o custo e o benefício em conjunto com o resultado obtido pelo administrador, objetivando a melhor utilização dos recursos públicos. Deve ser analisada juntamente com os princípios da eficiência e da razoabilidade, portanto significa: gastar bem, atendendo às necessidades a um custo razoável". Entendendo que o princípio da economicidade pode ser considerado um dos vetores inerentes à boa e regular gestão de bens e recursos públicos, afirmou não ter como negar no caso em apreço a aplicação do princípio da acessoriedade no tocante aos instrumentos que sucederam o procedimento licitatório. Com isso, e valendo-se das manifestações dos órgãos técnicos desta Corte, opinou a Secretaria Geral pela irregularidade dos atos examinados no presente processo, "sem embargo das recomendações e/ou determinações cabíveis". (TC 485/09: 19.11.2010 – folhas 501/505)

O TC 402/09 ocupa-se da análise do Contrato 84/SME/2005, firmado em 16.9.2005 entre a Secretaria Municipal de Educação – SME e a empresa Phobus Promoções e Produções Artísticas Ltda., com dispensa de licitação ante o disposto no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93 e na Lei Municipal 13.278/2002, tendo por objeto a operacionalização e manutenção de equipamentos de som instalados em 21 CEUs – Centros de Educação Unificados, no valor de R$ 1.002.846,60 (um milhão, dois mil, oitocentos e quarenta e seis reais e sessenta centavos). (TC 402/09: 16/9/2005 – folhas 92/100)

O Relatório da Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou justificada a contratação emergencial a teor do parecer de folhas 62 da Secretaria Municipal de Educação, que assumiu a titularidade da contratação anterior, transferida da Secretaria Municipal de Cultura a partir de 01.09.2005, quando já havia expirado o prazo de vigência contratual, ocorrido em 31.08.205.

A empresa contratada foi então selecionada por já prestar o serviço e por ter apresentado o menor preço. Todavia, entendeu a Especializada irregular o referido contrato por conflitar com o princípio da economicidade, uma vez que as contratações que a ele se seguiram, tendo o mesmo objeto, indicaram preços sucessivamente menores, conforme demonstrado à folha 118, item 16.3, dos autos, como segue:

1. o Contrato 84/SME/2005, em exame, assinado em 16.9.2005 com o preço contratado de R$ 67,45/h (sessenta e sete reais e quarenta e cinco centavos/hora) (folha 95), foi substituído pelo Contrato 155/SME/2005, decorrente do Pregão 69/2005 (analisado no TC 698.06-22), firmado em 16.12.2005, com a mesma empresa Phobus, com o preço contratado de R$ 63,16/h (sessenta e três reais e dezesseis centavos/hora);

2. esse último Contrato, por sua vez, foi substituído pelo Contrato 199/SME/2006 (contratação emergencial analisada no TC 849.07-68), firmado em 28.12.2006 com a empresa Loja do Teatro Luz e Som Ltda. ME, fixado o preço em R$ 32,20/h (trinta e dois reais e vinte centavos/hora);

3. e o Contrato 199/SME/2006 foi substituído pelo Contrato 118/SME/2007 (contratação emergencial analisada no TC 2.723.07-20), firmado em 05.06.2007 com a empresa Loja do Teatro Luz e Som Ltda. ME, adotando o preço de R$ 31,78/h (trinta e um reais e setenta e oito centavos/hora). (TC 402/09: 11/03/2009 - folhas 114/119)

Concluiu ainda a Auditoria pela irregularidade do Contrato 84/SME/2005, uma vez verificada a publicação extemporânea de seu instrumento, o que fere o disposto no artigo 26 da Lei Municipal 13.278/2002, e a sua remessa por meio do Sistema Eletrônico de Remessa de Informações – SERI foi efetuada fora do prazo estabelecido na Resolução TCMSP 05/02 e Instrução 01/02.

Restou determinada a reunião do presente processo com o TC 485/09-34, que analisa o Contrato 014/SMC/2004, em que figura a Secretaria Municipal de Cultura como Contratante e a empresa Phobus Promoções e Produções Artísticas Ltda. como Contratada, tratando do mesmo objeto, e tendo em vista que ambos resultaram de Ofício expedido pelo Ministério Público (Ofício 08474/2008, constante do TC 010/09-57), visto que a convicção desta Corte de Contas deverá ser formada a partir da análise de ambos os processos. (TC 402/09: 03/06/2009 – folha 122)

Em manifestação sobre a conclusão da Especializada, informou a Origem, Secretaria Municipal de Educação:

1) Em 09/08/2006, no Processo Administrativo 2005-0210.131-4, foi noticiado superfaturamento nos Contratos 115/SME/2005 e 156/SME/2005, entabulados com as empresas Phobus Promoções e Produções Artísticas Ltda. e Somlux Spotlight Ltda., para prestação de serviços de operacionalização e manutenção preventiva dos equipamentos de som e iluminação dos CEUs.

2) os Processos Administrativos 2005-0.210.131-4 e 2005-0215.899-5 (tratando da contratação emergencial com a mesma empresa Phobus, e mesmo objeto) foram encaminhados para o Departamento de Procedimentos Disciplinares da Secretaria Municipal de Negócios Jurídicos em 05/06/2008.

3) As medidas relativas à apuração de responsabilidade funcional estão sendo tratadas por meio de sindicância (PA 2007-0.211.314-6). (TC 402/09: 22/7/2009 – folhas 128/129)

4) Em apuração das denúncias de superfaturamento, os setores técnicos da Secretaria Municipal de Educação iniciaram pesquisa de mercado, concluindo em 28/11/2006 que os valores constantes do contrato estavam superiores aos praticados no mercado. O valor médio total apurado na pesquisa para a contratação dos dois serviços conjuntamente foi de R$ 338.800,00 (trezentos e trinta e oito mil e oitocentos reais). O contrato firmado com a empresa Phobus Promoções e Produções Artísticas Ltda. foi encerrado em 15/12/2006; e o com a empresa Somlux Spotlight Ltda., em 31/12/2006. Nessa ocasião, foi decidido não prorrogar os contratos então vigentes, mas celebrar contrato emergencial por três meses (199/SME/2006) com a empresa Loja do Teatro Luz e Som Ltda., no valor mensal de R$ 159.600,00 (cento e cinquenta e nove mil reais e seiscentos reais) para cada atividade (som e iluminação).

5) Paralelamente, foi constituída Comissão de Apuração Preliminar no âmbito da Secretaria Municipal de Educação visando apurar os fatos e eventuais responsabilidades decorrentes da execução daqueles contratos. No relatório final da Comissão foi sugerido o encaminhamento do processo administrativo (PA 2007-0211.314-6) à Secretaria Municipal de Negócios Jurídicos em razão de entender "haver fortes indícios de ocorrência de responsabilidade funcional que exigem complementação das investigações através de sindicância" e "em face da necessidade de uma análise técnico/contábil visando apurar a existência das supostas irregularidades citadas na inicial" (...). O Departamento de Procedimentos Disciplinares da Secretaria de Negócios Jurídicos instaurou sindicância em 5 de maio de 2008 "para melhor definição de fatos e de eventuais responsabilidades funcionais em relação à notícia de superfaturamento"; (...).

6) Em 05 de junho de 2008, o Processo Administrativo 2005-0.210.131-4, que cuidou da análise do Contrato 84/SME/2005, foi encaminhado para o Departamento de Procedimentos Disciplinares. Em 17/12/2009 a Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Educação solicitou esclarecimentos à PROCED sobre as conclusões alcançadas na sindicância, recebendo informação de que o processo se encontrava em fase de instrução.

7) No âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, foram instaurados dois inquéritos civis para apurar as contratações em questão: a) PJC-CAP 476/2007 da 3ª PJ; e b) 680/2008 da 9ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social. (TC 402/09: 29/12/2009 - folhas 149/151)

A Assessoria Jurídica de Controle Externo ponderou que a Origem justificou a contratação emergencial, corporificada no Contrato 84/SME/2005, ante a transferência de titularidade do ajuste anterior, passando da Secretaria Municipal de Cultura para a Secretaria Municipal de Educação, ocasião em que já havia expirado o prazo de vigência contratual, conforme registrado à folha 61 dos autos, sendo então selecionada a empresa que já prestava serviço, detentora do menor preço. Considerou, ademais, que a programação dos eventos nos teatros dos CEUs não poderia sofrer descontinuidade, o que, certamente, causaria prejuízo à população.

Entendeu, assim, que a contratação em caráter emergencial obedeceu aos pressupostos de legalidade. Com referência à evidência de superfaturamento apontado pela Especializada, a Assessoria Jurídica acompanhou esse Órgão Auditor ante os fundamentos ali expressos. No que atine à publicação extemporânea do ajuste, não obstante em desconformidade com o disposto no artigo 26 da Lei Municipal 13.278/2002, entendeu que, embora tardia, a publicação atingiu o objetivo legal de fornecer eficácia ao contrato.

Quanto às informações referentes ao Contrato em análise terem sido encaminhadas a destempo a esta Corte de Contas, considerou que se trata de falha formal, passível de relevação. Concluiu, por fim, pelo não acolhimento do Contrato 84/SME/2005, sem prejuízo das determinações que a Relatoria entender necessárias. (TC 402/09: 28/7/10 – folhas 195/198)

A Procuradoria da Fazenda Municipal limitou-se a requerer a aceitação dos efeitos econômicos do contrato em exame diante da "ausência de comprovação de ato indevido de quem quer que seja". (TC 402/09: 09/8/2010 – folhas 201/204)

A Secretaria Geral expressou entendimento de que a "(...) publicação feita com atraso teve, assim, função sanatória do defeito, não podendo ser confundida com o próprio defeito sanado". Adotou o mesmo entendimento quanto à remessa extemporânea do contrato a este Tribunal de Contas. Em conclusão, no entanto, considerou não atendido o princípio da economicidade na contratação em questão, uma vez que o preço praticado foi superior ao verificado nos contratos subsequentes, afirmando que "o princípio da economicidade pode ser considerado um dos vetores inerentes à boa e regular gestão de bens e recursos públicos". Opinou, assim, seguindo a manifestação dos órgãos técnicos desta Corte, pela irregularidade do contrato em análise. (TC 402/09: 19/11/2010 – folhas 213/217)

Não consta dos autos manifestação do agente público autorizador da despesa e da contratação em exame, vez que, após devidamente

oficiado, foi este Tribunal informado de seu falecimento, consoante registro de folha 130.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Processo 485/09-34: análise do Pregão Presencial 09/SMC/2004, Contrato 14/SMC/2004 e Termos de Aditamento 09/SMC/2005, 53/SMC/2005 e 81/SMC/2005, firmados entre a Secretaria Municipal de Cultura e Phobus Promoções e Produções Artísticas Ltda., tendo por objeto a prestação de serviços de operacionalização dos equipamentos de som instalados em CEUs.

O contrato envolve o valor de R$ 1.708.784,00 (um milhão, setecentos e oito mil, setecentos e oitenta e quatro reais). Processo 402/09-07: análise do Contrato 084/SME/2005, no valor de R$ 1.002.846,60 (um milhão, dois mil, oitocentos e quarenta e seis reais e sessenta centavos), com dispensa de licitação, firmado entre a Secretaria Municipal de Educação e Phobus Promoções e Produções Artísticas Ltda., tendo por objeto a prestação de serviços de operacionalização e manutenção dos equipamentos de som instalados em 21 (vinte e um) CEUs. Processo 010/09-57: ofícios do Ministério Público do Estado de São Paulo dirigidos ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo solicitando informações sobre os Contratos 014/2004 e 084/2005, celebrados pela Secretaria Municipal da Cultura e Secretaria Municipal da Educação com a empresa Phobus Promoções e Produções Ltda. Preliminarmente, registre-se que a análise tanto do Contrato 014/SMC/2004 como do Contrato 084/SME/2005, respectivamente tratados nos TCs 485/09-34 e 402/09, é resultado da solicitação feita pelo Ministério Público do Estado de São Paulo nos autos do TC 010/09, ora julgado em conjunto. Consideraram os órgãos opinantes desta Corte de Contas irregulares o Pregão Presencial 09/2004, o Contrato 014/SMC/2004 e os respectivos Termos Aditivos, como também o Contrato 084/SME/2005.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade do Pregão 09/SMC/2004 em razão dos seguintes motivos: 1) "O Edital contempla regra que determina o pagamento mínimo de 120 (cento e vinte) horas, mesmo que as horas efetivamente trabalhadas não totalizem esta quantidade, o que contraria os princípios da vedação do enriquecimento sem causa e da moralidade". 2) "o preço adjudicado e homologado, fixado em R$ 73,00/h (setenta e três/hora), vem a ser superior aos estabelecidos em todas as contratações posteriores, envolvendo o mesmo objeto e a mesma empresa contratada, chegando a contratação mais recente a estabelecer o valor contratado em R$ 32,20h (trinta e dois reais e vinte centavos/hora). (...) o preço adjudicado e homologado não está justificado e é superior ao verificado na licitação anulada e nas contratações subsequentes, o que fere o princípio da economicidade".

Sobre o Contrato 014/SMC/2004, a Auditoria o considerou irregular por: 1) derivar de licitação irregular, reproduzindo os defeitos ali verificados, ou seja, o pagamento mínimo de 120 (cento e vinte) horas, ainda que as horas

efetivamente trabalhadas não totalizem esta quantidade; 2) e o preço contratado não se encontra justificado, sendo superior aos da licitação anulada e dos contratos subsequentes, ou seja: Quanto aos Aditamentos 09, 53 e 81 ao Contrato 014/SMC/2004, concluiu a Especializada pela irregularidade de todos eles, por derivarem de licitação e contrato irregulares e por conservarem o mesmo preço contratado, com exceção, nesse último aspecto, do Aditamento 81. Assim, os dois primeiros Aditamentos afrontam o princípio da economicidade, e todos eles, por manterem a previsão de pagamento mínimo de 120 horas, ainda que as horas efetivamente trabalhadas não atinjam tal montante, agridem os princípios da vedação do enriquecimento sem causa e da moralidade.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu também pela irregularidade do Contrato 84/SME/2005 por não justificação do preço adotado, uma vez que as contratações que a ele se seguiram, tendo o mesmo objeto, indicaram preços sucessivamente menores, como segue: - o Contrato 84/SME/2005, em exame, teve o preço contratado de R$ 67,45/h (sessenta e sete reais e quarenta e cinco centavos/hora), foi substituído pelo Contrato 155/SME/2005, também firmado com a empresa Phobus, com o preço contratado de R$ 63,16/h (sessenta e três reais e dezesseis centavos/hora); - esse último Contrato, por sua vez, foi substituído pelo Contrato 199/SME/2006, firmado com a empresa Loja do Teatro Luz e Som Ltda. ME, fixado o preço em R$ 32,20/h (trinta e dois reais e vinte centavos/hora); - e o Contrato 199/SME/2006 foi substituído pelo Contrato 118/SME/2007, firmado com a empresa Loja do Teatro Luz e Som Ltda. ME, adotando o preço de R$ 31,78/h (trinta e um reais e setenta e oito centavos/hora).

Em todos os TCs a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela irregularidade do Contrato 014/SMC/2004 e seus Termos de Aditamento, ressaltando: "(...) os parâmetros apresentados pela Unidade Requisitante não foram os mais vantajosos para a Administração (...)", levando a concluir: "Pelo exposto, posicionamo-nos pelo não acolhimento do Pregão Presencial 09/2004, do Contrato 14/2004 e dos Termos Aditivos (...)". Quanto ao Contrato 84/SME/2005, a Jurídica também o considerou irregular por ofensa ao princípio da economicidade por restar evidenciado que "(...) as contratações que seguiram o Contrato 84/05 da Secretaria Municipal de Educação ora em análise, tiveram preços sistematicamente menores. (...) encontra-se IRREGULAR pois fere o princípio da economicidade (....)".

A Secretaria Geral, por sua vez, quanto aos Contratos 014/SMC/2004 e 84/SME/2005, afirmou nas análises de ambos os ajustes: "(...) opino pela irregularidade do ato 'sub examine' (...)" por não atenderem ao princípio da economicidade, já que o preço neles praticado foi superior ao verificado nos contratos subsequentes, afirmando quanto ao primeiro ajuste: "Irrefutável a afirmativa da Auditoria no tocante a ausência de justificativa do preço contratado, já que comprovadamente superior ao verificado na licitação anulada e nas contratações subsequentes ferindo, por consequência, o princípio da economicidade".

Assim, por todo o exposto, com base nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle

Externo e da Secretaria Geral, CONHEÇO da solicitação objeto do TC 10/09-57 e julgo IRREGULARES o Pregão 09/SMC/2004, o Contrato 014/SMC/2004, assim como os Termos de Aditamento 09, 53 e 81, todos de 2005, como também o Contrato 084/SME/2005.

Deixo de aceitar os efeitos financeiros de ambos os ajustes por adotarem preço da hora trabalhada não justificado, situado bem acima do valor fixado nas contratações subsequentes, que tiveram preços consideravelmente inferiores, em ofensa aos princípios da moralidade e da economicidade, além de o Contrato 014/SMC/2004 prever o pagamento de horas mínimas, ainda que efetivamente não trabalhadas, afrontando igualmente a esses princípios.

DETERMINO a expedição de Ofício endereçado à Secretaria Municipal de Cultura a fim de que adote as providências necessárias para eventual responsabilização dos agentes públicos envolvidos. Considerando já haver instauração, no âmbito da Secretaria Municipal de Educação, de uma Comissão de Apuração Preliminar para averiguar eventuais responsabilidades.

DETERMINO que seja encaminhada a este Tribunal de Contas a conclusão alcançada pela referida Comissão.

DETERMINO, ainda, o envio de cópia do presente relatório e voto, como também do Acórdão a ser proferido, para a Procuradoria Geral do Município a fim de acompanhar os trabalhos da aludida Comissão de Apuração Preliminar e promover as medidas cabíveis para eventual ressarcimento do Erário. Oficie-se o Ministério Público Estadual, de sorte a tomar conhecimento da decisão ora proferida, com remessa da cópia do seu inteiro teor, em resposta à solicitação constante do TC 010/09-57, apensado aos presentes autos, a ser arquivado após a expedição desses ofícios.

Após, cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos. (**2.752ª S.O.**)

Declaração de voto englobado apresentada pelo Conselheiro João Antonio:

O primeiro ponto apresentado como irregular consiste na previsão de horas máximas e mínimas no edital, em que a Especializada entendeu como um parâmetro que poderia ensejar eventual enriquecimento sem causa por parte da CONTRATADA, em prejuízo aos cofres públicos.

A prestação de serviço precisa ser balizada por meio de uma concorrência, uma vez que a disputa deve se ater a quantidade de horas a serem prestadas, como forma de indicar aos participantes dados suficientes para formulação de suas propostas. Cabe à Administração fornecer parâmetros seguros aos interessados.

Em um certame visa-se a apresentação de propostas adequadas a execução do serviço pretendido, de maneira que as mesmas atendam em sua totalidade ao interesse da Administração. No Pregão Presencial 09/2004 – SMC, os parâmetros foram apresentados pela Unidade Requisitante, que por meio da estipulação de horas de serviço embasou a formulação das cláusulas atacadas, quando informou que "a empresa deverá executar uma carga de no máximo 320 noras mensais e o mínimo de 120 horas mensais" e depois em manifestação datada de 02/06/2004 esclareceu que 220 horas mensais seriam suficientes para atender ao interesse da Administração.

Como bem frisou a Procuradoria da Fazenda Municipal, a informação de número mínimo e máximo de horas mensais a serem trabalhadas como uma orientação para que pudessem realizar a composição de seus preços, prevendo, por exemplo, despesas trabalhistas, previdenciárias, tributárias, dissídios coletivos e até horas extras, já que no edital está implícito que a Administração não ficaria responsável pelo pagamento de eventuais horas extras, uma vez que a execução dos serviços poderia se dar das 8h30 às 22 horas.

O número de horas mínimas previstas na cláusula 1.1.3, foi fixado com fundamento na experiência da Origem e com a praxe acadêmica de apresentações e utilização dos serviços, ou seja, encontra todo amparo necessário para demonstrar aos interessados, em participar da licitação, uma base segura para formação de pessoal para prestação do serviço.

A redação da cláusula 1.1.3 do Anexo II do Edital teve a intenção de evitar o descumprimento contratual por parte da Administração e evitar problemas com a rescisão contratual, pagamento de indenizações e até a falta de economicidade na realização de um novo procedimento licitatório, para suprir a prestação de um contrato rescindido. Restou demonstrado nos autos que não houve nenhuma indicação de prestação de horas inferiores às 120 horas indicadas, razão pela qual não existe a irregularidade por mera suposição. Como destacou a PFM, as relações de extratos dos empenhos relativos ao período de 2005 a 2007 demonstram que a empresa prestou o serviço dentro dos padrões previstos, por isso não se pode falar em enriquecimento sem causa.

Quanto à indicação de eventual preço superior, temos que não prosperam os argumentos da Especializada. Restou demonstrado nos autos que o preço adjudicado e homologado no certame foi o resultante do menor lance obtido entre as propostas das três empresas participantes, após a realização de todos os procedimentos descritos na legislação que regula a licitação na modalidade pregão, sendo inferior ao menor preço apresentado na pesquisa de mercado realizada pela Unidade Requisitante, que tem a finalidade de servir de parâmetro para a Comissão. Por fim, a irregularidade apontada de que o preço adjudicado foi superior ao do certame anulado não prospera, uma vez que partem de objetos diferentes.

O pregão anulado previa como objeto a prestação de serviços em 20 CEU's, com uma margem de horas superior na efetivação do contrato, enquanto o Pregão Presencial 09/2004 fixou as horas prestadas no máximo

de 220 horas e para prestação em 21 CEUs. Destarte, não existe um parâmetro adequado para firmar que os preços foram apresentados de forma antagônica.

Ainda, como bem colocado pela Procuradoria da Fazenda Municipal, deve-se destacar que a média da pesquisa de preços do pregão anulado foi de R$ 71,70 (setenta e um reais e setenta centavos) para o máximo de 320 horas mensais em 20 CEU's e o preço adjudicado no Pregão 09/2004, para o máximo de 220 horas mensais e 21 CEU's foi de R$ 73,00 (setenta e três reais), ou seja, ínfima perante a recomposição que os preços ofertados sofreram. As demais falhas indicadas no Pregão Presencial 09/2004 são meramente formais devendo ser superadas.

Ante o exposto, VOTO PELA REGULARIDADE do pregão presencial, do contrato e dos termos aditivos. (**2.752ª S.O.**)

Declaração de voto englobado apresentada pelo Conselheiro Maurício Faria:

Da análise dos autos, com relação aos TCs 485/09-34 e 402/09-07, acompanhando o eminente Conselheiro Relator, voto pela irregularidade dos instrumentos em julgamento.

Contudo, divirjo, parcialmente dos fundamentos invocados pelo eminente Relator, senão vejamos: Os órgãos preopinantes apontaram a irregularidade do Pregão Presencial ora examinado, por estabelecer regra prevendo o pagamento mínimo de 120 horas, ainda que as horas efetivamente trabalhadas não atingissem tal montante, o que, conforme entenderam, contraria os princípios da vedação do enriquecimento sem causa e da moralidade. No entanto, em que pese a impropriedade de tal cláusula, restou demonstrado nos autos que durante toda a vigência do contrato não ocorreu prestação de serviços mensal inferior a 120 horas. Durante toda a contratação, a empresa somente recebeu pelas horas efetivamente trabalhadas.

Por tal razão, na medida em que os pagamentos realizados corresponderam às horas efetivamente trabalhadas, a sistemática prevista na cláusula 1.1.3 do Edital não operou nenhum efeito, motivo pelo qual, não tem o condão de macular a licitação e o contrato. Os órgãos técnicos concluíram também pela irregularidade dos instrumentos, por não restar justificado o preço adjudicado e homologado, fixado em R$ 73,00/h, superior ao estabelecido na licitação anulada (Pregão 06/SMC/2004), em que o preço fixado era de R$ 59,50/h. Constatou, ainda, que as contratações posteriores envolvendo o mesmo objeto, tiveram preços sucessivamente menores, chegando a contratação mais recente (contrato 118/2007) a estabelecer o valor contratado em R$ 32,20/h, em ofensa ao princípio da economicidade.

Saliente-se a correspondência entre a licitação em julgamento e a licitação anulada, as quais possuem a mesma natureza, diferenciando-se apenas no que diz respeito ao quantitativo de unidades (21 CEUs,

no pregão anulado, e 20 CEUs no pregão em julgamento) e de horas mensais (320 horas, no pregão anulado, e 220 horas no pregão em julgamento), não havendo justificativa para a considerável diferença de valores apresentada.

Demais disso, a discrepância entre os valores do contrato 118/2007, no importe de 31,78/h, e dos contratos em julgamento (14/2004 e 84/2005) no importe de 73,00/h e 67,45/h, respectivamente, com a regular execução de tais contratos, torna irrefutável a afirmação dos órgãos técnicos no tocante à ausência de justificativa do preço contratado.

Pelo exposto, voto pela irregularidade dos instrumentos em julgamento nos Processos TCs 485/09-34 e 402/09-07.