TC nº 72-000.038.06-23

ANÁLISE. CONTRATO. SME. Realização de espetáculos artísticos nos CEUs. Programa "São Paulo é uma Escola". Exclusividade comprovada. REGULAR. Votação por maioria. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 25, III, Lei 8.666/93. Art. 61, Lei 4.320/64. Art. 5º, Dec. Mun. 23.639/87**.**

2.772ª Sessão Ordinária

Transito em julgado: 04/08/2015

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro JOÃO ANTONIO – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.756ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, consoante declaração de voto apresentada, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, em julgar regular o Contrato 85/SME/2005.

Vencido o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, nos termos do seu relatório e voto, que julgou irregular o ajuste.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em acolher os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste, tendo o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator o feito excepcionalmente, uma vez que o procedimento não demonstrou, no caso concreto, má-fé ou prejuízo ao erário, conforme foi apontado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo desta Corte.

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

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de outubro de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

RELATÓRIO

Trata-se da análise do Termo de Contrato 85/2005, celebrado pela Secretaria Municipal de Educação, por inexigibilidade de licitação fundamentada no inciso III do artigo 25 da Lei Federal 8.666/93 com a Cooperativa Paulista de Teatro, no valor total de R$ 856.800,00 (oitocentos e cinquenta e seis mil e oitocentos reais), para a "realização de espetáculos artísticos nos CEUs, em cumprimento à programação de atividades afeta à execução do Programa 'São Paulo é uma Escola'", de 23/09 a 18/12/05, totalizando 504 (quinhentos e quatro) apresentações.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle opinou pela irregularidade do ajuste em razão da emissão extemporânea da Nota de Empenho, contrária ao artigo 61 da Lei Federal 4.320/64 e ao artigo 5º do Decreto Municipal 23.639/87, bem como pelo atraso no encaminhamento das informações do ajuste, via SERI, descumprindo a Instrução 01/02 e a Resolução 05/02 deste Tribunal.

Oficiada, a Origem informou que a extemporaneidade no envio das informações se deu pelo *"acúmulo de trabalho (...); a cessação de portaria da funcionária que desenvolvia este serviço; o processo de designação de nova funcionária para a função"*. Por outro lado, a emissão extemporânea da Nota de Empenho – efetivada em 26/09/2005 (segunda-feira), enquanto o contrato foi celebrado dia 23/09/2005 (sexta-feira) – teria ocorrido *"devido à falta de energia elétrica no prédio de CONAE/SME",* na tarde do dia 23/09, impedindo acesso ao sistema.

Com base no acrescido, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou suas conclusões no sentido da irregularidade do ajuste, destacando, no que se refere à emissão extemporânea da Nota de Empenho, que o Despacho de Autorização havia sido assinado apenas dois dias antes do início do período de realização (23.09.05), motivo pelo qual entendeu que *"para evitar atrasos, a Origem deveria ter providenciado a autorização para ajuste com maior antecedência".*

A Assessoria Jurídica de Controle Externo relevou as irregularidades apontadas pelos auditores, pois defendeu que três dias de atraso na emissão da Nota de Empenho – dos quais dois são sábado e domingo – seria um prazo diminuto; a remessa de informações via SERI tratar-se-ia *"de relação entre Auditor/Auditada, não afeta ao Contrato"*. Todavia, ainda que também tenha considerado atendida a exigência legal da

inexigibilidade de licitação *"no que se refere ao quesito apresentação de documentos, que atestem a consagração pela crítica especializada e opinião pública"*, sugeriu nova manifestação da origem, uma vez que segundo o dispositivo legal que fundamentou a contratação (inciso III do artigo 25 da Lei Federeral 8.666/93), se esta não for feita diretamente com o artista, deverá ser feita com "*empresário exclusivo"*, o que não teria ficado evidenciado com relação à Contratada.

Em resposta ao novo ofício, a Origem informou que *"à época da contratação, exigiu-se das companhias fossem apresentadas declarações que comprovassem que a Cooperativa Paulista de Teatro era seu empresário, e que seria por meio dela que a contratação se efetivaria. Todavia, não constou de maneira expressa nas prefaladas declarações a exclusividade do empresário".* Por outro lado, defendeu que *"a lei não arrola o contrato, declaração ou outro documento equivalente que ateste a condição de empresário exclusivo do profissional do setor artístico contratado pela Administração Pública como elemento indispensável à instrução do processo de inexigibilidade de licitação, (...), não sendo, desta feita, uma falha sua ausência".*

A Assessoria Jurídica de Controle Externo enfatizou a necessidade da comprovação de exclusividade do empresário para satisfazer o quanto exigido pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos para os casos de contratações diretas dessa natureza. Contudo, entendeu que o ajuste pode ser acolhido excepcionalmente, uma vez que a Contratada, além de representar as companhias de teatro, tem como objetos sociais atividades inerentes à produção e manifestação artística, ligadas às artes cênicas, *"aliado às finalidades das cooperativas, dentre as quais a de inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico, e a situação conjuntural em que se encontra a classe e as produções artísticas"*. Ainda assim, recomendou que, em contratações artísticas futuras, por inexigibilidade de licitação, a Origem exija a comprovação de exclusividade do empresário, quando por ele se der a contratação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, acompanhando a posição da Assessoria Jurídica de Controle Externo, sugeriu fossem relevadas as falhas apontadas e, consequentemente, julgado regular o ajuste em tela.

A Secretaria Geral relevou a extemporaneidade na emissão da Nota de Empenho e na remessa de informações a esta Corte de Contas. Por outro lado, entendeu que não há provas de que a Contratada tivesse a exclusividade exigida para a regularidade da contratação direta. E que, ao contrário, ela teria sido *"mera intermediária para aqueles eventos, sem se vislumbrar sê-la empresária exclusiva dos grupos teatrais"*, motivo pelo qual concluiu que a contratação *"mediante inexigibilidade de licitação, não poderia ter sido firmada"*.

É o relatório

VOTO

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle e a Secretaria Geral opinaram pela irregularidade do Contrato 85/2005, cujo signatário e ordenador da despesa é o então Secretário Municipal da Educação, falecido, José Aristodemo Pinotti.

A Auditoria entendeu que *"o Contrato 85/SME/2005 (...) encontra-se irregular",* apontando, dentre outros aspectos, a "*infringência ao artigo 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e ao artigo 5º do Decreto Municipal nº 23.639/87 pela emissão da Nota de Empenho (26.09.05) após o início de vigência (23.09.05)".*

A Secretaria Geral entendeu que *"a presente contratação direta para realização de espetáculos nos CEUs, através da Cooperativa Paulista de Teatro, mediante inexigibilidade de licitação, não poderia ter sido firmada, posto que não é a referida Cooperativa empresária exclusiva dos referidos grupos teatrais".*

Com base nos referidos pareceres que passam a integrar o presente voto, julgo irregular o Contrato 85/2005.

Todavia, considerando que o procedimento, *"embora irregular, não demonstra, no caso concreto, má-fé ou prejuízo ao Erário"*, conforme apontou a Assessoria Jurídica de Controle Externo, que concluiu *"pelo acolhimento da contratação, em caráter excepcional",* acolho, excepcionalmente, os efeitos financeiros produzidos. **(2.756ª S.O.)**

Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro João Antonio:

Cuida o presente de análise do Termo de Contrato 85/SME/2005, firmado por inexigibilidade de licitação, baseado no artigo 25, inciso III da Lei Federal 8.666/93, celebrado entre a SME – Secretaria Municipal de Educação e a Cooperativa Paulista de Teatro, objetivando a realização de espetáculos artísticos nos CEUs, em cumprimento à programação de atividades afeta à execução do Programa 'São Paulo é uma Escola', com a realização compreendida entre 23/09/2005 a 18/12/2005, para os alunos da Rede Municipal de Ensino.

A Auditoria apontou irregularidade na contratação por atraso no encaminhamento das informações do ajuste via SERI e pela emissão extemporânea da Nota de Empenho em infringência à Instrução 01/02

e à Resolução 05/02 deste Tribunal e ao artigo 61 da Lei Federal 4.320/64 e ao artigo 5º do Decreto Municipal 23.639/87.

A Origem, ao justificar que o atraso na emissão do empenho se deu por 3 (três) dias, por queda de energia, impedindo o acesso ao sistema, sendo que 2 (dois) deles tratou-se de final de semana e que o SERI em atraso se deu pela motivação do acúmulo de trabalho, fez com que a AJCE – Assessoria Jurídica de Controle Externo e a SG – Secretaria Geral opinassem pela relevação da irregularidade, posto não afetar o Contrato, nem indicar dolo ou má-fé.

Em relação ao apontamento trazido face aos fundamentos exigidos pelo instituto da inexigibilidade de licitação quando se tratar de contratação de setor artístico, ficou demonstrada a comprovação profissional referente a consagração pela crítica especializada e opinião pública; apenas restando o preenchimento ao item do disposto legal face à exclusividade da representação da Cooperativa Paulista de Teatro durante o período de realização dos espetáculos.

A cláusula de exclusividade se assemelha àquela que pode verificar-se no tocante à aquisição de bens. Por isso a AJCE – Assessoria Jurídica de Controle Externo indica jurisprudência do Tribunal de Contas do Distrito Federal manifestando entendimento de que o atestado de exclusividade do fornecedor deve se referir à época da realização da despesa (Processo 2110/94. Decisão 6785/94).

O que exatamente verificamos no caso em tela, pois ao compulsarmos a documentação juntada aos autos, destacamos que todas as companhias de teatro elencadas para a prestação do serviço apresentaram autorização à Cooperativa Paulista de Teatro para que as representassem especificamente perante a Secretaria Municipal de Educação no tocante à execução dos espetáculos respectivos a cada uma delas (documentos juntados às fls. 11, 26, 37, 48, 58, 68, 79, 88, 89, 111, 129, 154, 160, 167, 175, 190, 203, 219, 229, 238, 247, 255 e 257).

Dessa forma, não há que se considerar que a ausência da palavra específica 'exclusiva' nas declarações acostadas possa inviabilizar o enquadramento do caso em tela no dispositivo relacionado à inexigibilidade de licitação para contratação de profissional de setor artístico. Ademais, ainda a própria AJCE observa que as companhias de teatro estão todas reunidas em uma Cooperativa que as representa, no presente caso, e que tem como objetos sociais elencados em seu Estatuto (anexado aos autos às fls. 262/278), atividades ligadas à produção e manifestação artísticas ligadas às artes cênicas, fazendo com que opinasse pelo acolhimento da presente contratação.

Ainda cabe notar que o projeto em si, ao oferecer oportunidades de enriquecimento cultural aos alunos da rede municipal de

ensino, promovendo acesso amplo à produção de qualidade, de modo a desenvolver o senso crítico e a reflexão do pensamento social, cumpriu seu papel no desenvolvimento pedagógico inerente ao processo educacional.

Nesse sentido, JULGO REGULAR o Contrato 85/SME/2005, celebrado entre a SME – Secretaria Municipal de Educação e a Cooperativa Paulista de Teatro, objetivando a realização de espetáculos artísticos nos CEUs, em cumprimento à programação de atividades afeta à execução do Programa 'São Paulo é uma Escola'. Esta é a minha Declaração de Voto, Senhor Presidente.