TC nº 72-000.039.06-96

ANÁLISE. CONTRATO. SME. Curso de especialização para diretores de CEIs. Programa de Formação. Gestão Escolar para a Educação Básica. Ausência de regularidade fiscal. CND. INSS. Precedentes. IRRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

TCs citados 72-003.407.05-03, 72-004.237.05-28, 72-000.585.08-06, 72-003.933.03-84 e 72-004.287.03-87

Legislação citada: Art. 24, XIII e 26,, Lei 8.666/93. Art 195, § 3°, CF. Art. 1°, Lei Mun. 11.184/92. Instr. 01/02 e Res. 05/02-TCMSP.

2.765ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 07/04/2016

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregular o Contrato 81/SME-G/2005, em razão da ausência de comprovação da regularidade fiscal do contratado.

ACORDAM, entretanto, à unanimidade, em acolher os efeitos financeiros do ajuste, ante a ausência de constatação de prejuízo ao erário e, ainda, tendo em vista os argumentos trazidos pela Secretaria Municipal de Educação e pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – UNIFMU no sentido de demonstrar a impossibilidade momentânea na obtenção da certidão de regularidade fiscal por força de auditoria fiscal previdenciária pela qual passava o UNIFMU e, também, por demonstrar as ações promovidas pelo contratado objetivando o parcelamento de parte da dívida com a Previdência Social, o qual não teria sido obtido, tempestivamente e, juntado aos autos, em virtude de greve na Secretária de Arrecadação e, ainda, diante da criação do programa "Super-Receita".

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em deixar de aplicar a penalidade de multa, em razão do falecimento do responsável, Dr. José Aristodemo Pinotti.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, uma vez cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

Ausente o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, por motivo previamente justificado.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de setembro de 2014.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro mais antigo, no exercício da Presidência, em cumprimento ao que dispõe o artigo 14 do Regimento Interno desta Corte

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos da análise do Contrato nº 81/2005, firmado, com dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, inciso XIII, da Lei Federal 8.666/93 entre a Secretaria Municipal de Educação e o Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas – UNIFMU tendo por objeto a prestação de serviços que consistem em proposta de formação em “gestão escolar para educação básica” dos diretores dos equipamentos CEIS (Centros de Educação Infantil), no período de 15 de setembro de 2005 a 15 de maio de 2007, no valor de R$ 572.256,00 (quinhentos e setenta e dois mil duzentos e cinquenta e seis reais).

A conclusão inicial da Subsecretaria de Fiscalização e Controle foi pela irregularidade do Contrato, em razão da não apresentação da CND à época da lavratura do ajuste, de modo a infringir o disposto no § 3° do artigo 195 da Constituição Federal e no artigo 1° da Lei Municipal n° 11.184/92. Ressalvou, ainda, o atraso no encaminhamento das informações pelo SERI, contrariando as Instruções nº 01/02 e a Resolução nº 05/02, ambas deste Tribunal de Contas.

Registrou, todavia, que o motivo pela não apresentação da Certidão Negativa de Débito, perante o Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, decorreu da auditoria fiscal previdenciária pela qual passava a UniFMU, à época da contratação, conforme declaração juntada sob folha 236 (folhas 239/242).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo consignou, preliminarmente, que se encontravam presentes os requisitos para a configuração da dispensa de licitação, quais sejam, Instituição brasileira sem fins lucrativos; objeto da instituição voltado à pesquisa, ao ensino ou ao desenvolvimento institucional; e reputação ético-profissional inquestionável da Instituição.

Entendeu, também, existente a pertinência lógica entre a natureza da instituição e o objeto a ser contratado (inclusive em concordância com o quanto firmado pelo TCU – BLC agosto/2000, pagina 445).

Com relação à justificativa dos preços pactuados e da escolha da Contratada, em atendimento ao exigido no artigo 26 da Lei Federal 8.666/93, considerou que ambos os pressupostos foram atendidos pela pesquisa de preços juntada à folha 85, demonstrando a compatibilidade dos preços com os praticados no mercado, bem como em virtude das explicações de folhas 89/90, em que se afirma ter sido escolhida a contratada em face da sua proposta pedagógica, seu fácil acesso ao público e à sua previsão orçamentária.

No que se refere ao atraso no envio das informações via SERI, entendeu tratar-se de falha inapta a ocasionar lesão a interesse público ou prejuízo ao Erário, motivo pelo qual poderia ser relevada.

Finalmente, quanto à ausência de CND, consignou ser esta apta a macular a contratação. Contudo, tendo em vista a informação de folhas 235/236, no sentido de que a devida certidão só não havia sido apresentada em decorrência da impossibilidade de se processar qualquer documento fiscal, em razão de uma auditoria Fiscal Previdenciária pela qual passava a Origem à época dos fatos, propôs fosse a Secretaria Municipal de Educação oficiada (folhas 243/251).

Oficiada, a Secretaria Municipal de Educação ofereceu esclarecimentos às folhas 255/ 262, alegando, em síntese, que o atraso no envio das informações por meio do SERI se deu por um equívoco, reiterando a justificativa para a não juntada tempestiva da CND aos autos.

Intimados, a Ordenadora da Despesa e o Signatário do Contrato, Secretário de Educação à época, ambos apresentaram defesa, respectivamente às folhas 273/297 e às folhas 298/317, juntando, entre outros documentos, certidão positiva com efeitos de negativa, relativa ao INSS da UniFMU, emitida em 31 de agosto de 2006, com validade até 27 de fevereiro de 2007.

Alegaram, também, sobre a questão da regularidade fiscal, que, tendo em vista o acolhimento das alegações da UNIFMU, quais sejam, (I) declaração datada de 16 de setembro de 2005 sobre a impossibilidade da obtenção da CND, dada a greve que paralisou parcialmente a Secretaria de Arrecadação de INSS; (II) certidão positiva com efeito de negativa com vencimento em 9 de março de 2005; (III) pedido de parcelamento de débito perante o INSS em 8 de abril de 2005; (IV) alegação de paralisação do pedido de parcelamento em função da greve na citada Secretaria, durante o período de 4 de agosto de 2005 a 31 de dezembro de

2005; e (V) procedimento de Auditoria instaurada na Universidade no período de 4 de agosto de 2005 a 31 de dezembro 2005, a Secretaria Municipal de Educação, com base no princípio da razoabilidade, teria deixado de exigir a certidão negativa de débito perante o INSS da Contratada (folhas 273/297/317).

Em nova manifestação, a Coordenadoria III entendeu que, por se tratar, a exigência da CND, de ato vinculado para a Administração, não se aplica à Administração o princípio da razoabilidade.

No mais, entendeu que os argumentos colacionados pela Contratada apenas foram apresentados no dia seguinte ao da assinatura do contrato e não comprovaram a realização do pedido de parcelamento na data indicada, demonstrando, do contrário, sua situação de débito perante o INSS.

Dessa forma, manteve a conclusão precedente pela irregularidade do Contrato, ante a ausência de comprovação da regularidade fiscal, mediante a apresentação da certidão negativa de débito perante o Instituto Nacional de Seguridade Social, infringindo o disposto no § 3º do artigo 195 da Constituição Federal. Ressalvou, ainda, a intempestividade no envio das informações via SERI (folhas 323/326).

Instada a se pronunciar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que a irregularidade até poderia ser relevada se tivesse sido juntado aos autos prova da regularidade fiscal abrangendo a data da contratação. Contudo, como não foi feita tal prova nos autos, opinou pela irregularidade do Contrato (folhas 329/333).

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pelo acolhimento do Contrato pelas seguintes razões:

a.) os serviços em questão eram absolutamente indispensáveis, visto que necessários à formação de profissionais da educação;

b.) tais serviços – até prova em contrário – foram prestados corretamente pela entidade contratada;

c.) a entidade contratada possui idoneidade e respeitabilidade perante a Sociedade;

d.) não houve qualquer restrição quanto aos preços praticados e/ou quantidade dos serviços prestados;

e.) não há indício de desvio de recursos públicos em favor de terceiros;

f.) não há prova de que os agentes públicos responsáveis tenham se beneficiado dos atos praticados;

g.) as impropriedades havidas foram de ordem formal, não comprometendo a eficácia e validade do ajuste;

h.) não há notícia nos autos da existência de prejuízo concreto à Municipalidade em face dos atos praticados;

i.) não se constatou dolo, má-fé ou culpa por parte dos agentes públicos (folhas 335/338).

A Secretaria Geral opinou pela regularidade do ajuste, tendo em vista que foi apresentada cópia de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, emitida em 31 de agosto de 2006 e com validade até 27 de fevereiro de 2007, ou seja, abrangendo o período de vigência do contrato (15 de setembro de 2005 a 15 de maio de 2007).

Destacou que acerca da certidão positiva com efeitos de negativa, o artigo 206 do Código Tributário Nacional indica que a mesma possui os efeitos da certidão negativa, comprovando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com relação às contribuições previdenciárias.

Consignou que aquela Secretaria Geral já havia pacificado entendimento nos autos do TC 3.504/07-21, em que concluiu que a apresentação posterior da CND supre a ausência na época da formalização do ajuste.

Naquela oportunidade, entendeu que "a regularidade posterior quanto aos débitos fiscais supre a falta de apresentação de CND de período anterior".

No TC 2.414/02, a Secretaria Geral adotou idêntico parecer, nos seguintes dizeres:

"*O fato de tais certidões terem sido exibidas após a celebração do contrato não desfigura a situação demonstrada. Pois, quer a situação estivesse regular, quer não, na época da celebração do contrato, o fato é que ela se encontra regularizada.*

Demais disto, esta unidade já defendeu, em expedientes anteriores, a tese de que a certidão expedida posteriormente à celebração do contrato cobre todo o período anterior, com certeza real" (folhas 340/343).

É o Relatório.

VOTO

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade do Contrato em razão da ausência da comprovação de regularidade fiscal da Contratada perante o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), na data da celebração do ajuste, infringindo o § 3º do artigo 195 da Constituição Federal que veda que "a *pessoa jurídica em débito com a seguridade social receba incentivos fiscais ou creditícios do Poder Público*".

No mesmo sentido opinou a Assessoria Jurídica de Controle Externo:

"opinamos pela irregularidade do Contrato n° 81/SME/2005, fundamentalmente, pela não apresentação da CND à época da lavratura do ajuste em discordância com o artigo 195, § 3° da Constituição Federal e ao artigo 1° da Lei Municipal n° 11.184/92".

A comprovação da situação de regularidade fiscal é indispensável àquele que pretende contratar com o Poder Público. A jurisprudência já firmou entendimento segundo o qual a constatação de que existe o parcelamento do débito, a discussão administrativa, o debate judicial, a execução fiscal, a suspensão da exigibilidade do débito ou a apresentação da certidão positiva de débito com efeito de negativa demonstra a situação de regularidade da contratada.

No caso dos autos, a Origem não conseguiu demonstrar, mesmo que extemporaneamente, a situação regular da Contratada perante o INSS na data da celebração do ajuste e, em parte de sua vigência que foi de 15/09/2005 a 15/05/2007.

Isso porque a certidão positiva de débito com efeito de negativa apresentada pela Contratada foi emitida em 31 de agosto de 2006, com validade até 27 de fevereiro de 2007. Portanto, além de atingir apenas parte da vigência contratual, não alcançou a data da lavratura do Contrato.

Diante do exposto, com amparo nos pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e da Assessoria Jurídica de Controle Externo e em coerência com o posicionamento por mim adotado nos TCs 3.407.05-03, 4.237.05-28, 585.08-06, 3.933.03-84 e 4.287.03-87 (que cuidam da mesma irregularidade), cujos fundamentos adoto como razão de decidir, passando a integrar o presente, julgo irregular o contrato nº 81/2005.

Todavia, acolho os efeitos financeiros do ajuste, ante a ausência de constatação de prejuízo ao erário nos autos e ainda, tendo em vista os argumentos trazidos pela Origem e pela Contratada no sentido de demonstrar a impossibilidade momentânea na obtenção da certidão de regularidade fiscal por força de Auditoria Fiscal Previdenciária por qual passava o Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas – UNIFMU e, também, por demonstrar as ações

promovidas pela Contratada objetivando o parcelamento de parte da dívida com a Previdência, o qual não teria sido obtido, tempestivamente (e juntado aos autos), em virtude de greve na Secretária de Arrecadação e, ainda, diante da criação do programa “Super-Receita”.

Assim, *in casu*, os fatos e documentos apresentados tornam possível a aceitação dos efeitos financeiros produzidos. Nesse diapasão foi o parecer da Secretaria Geral que opinou pelo “*acolhimento (excepcional) da contratação”.*

Deixo de aplicar a penalidade de multa, em razão do falecimento do Responsável.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.