TC nº 72-000.077.04-13

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SEME. Serviços de Difusão Esportiva. Projeto Mais Esporte. Reajuste irregular, relevado. Art. 65, §8º, Lei 8.666/93. APROVADO excepcionalmente, com DETERMINAÇÃO. Votação por maioria.

Relatório e Voto englobado: TC 72-002.824.02-22

ACÓRDÃO

Vistos, relatados englobadamente com o TC 2.824.02-22, e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Roberto Braguim – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.409ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro Maurício Faria – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Maurício Faria – Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim – Revisor, nos termos de sua declaração de voto apresentada, Eurípedes Sales e Antonio Carlos Caruso, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, em aprovar a execução contratual, com despesa liquidada no valor de R$ 739.890,45 (setecentos e trinta e nove mil oitocentos e noventa reais e quarenta e cinco centavos), tendo em vista que a falta de formalização de competente termo de aditamento para a aplicação do reajuste do valor contratado constituiu falha formal, bem como considerando o princípio da razoabilidade, a ausência de dolo, má-fé ou mesmo de notícias de prejuízo ao Erário, tendo o Conselheiro Maurício Faria – Relator consignado o caráter excepcional da aprovação, por entender que, como o subitem 4.5 da cláusula quarta do contrato não havia estipulado com precisão a possibilidade de incidência de reajuste no preço contratado após o período de doze meses, impunha-se a celebração de termo de aditamento com esse fim.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar, sob pena de responsabilização, à Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação – Seme que: 1) formalize, mediante termo de aditamento, os reajustes aplicados aos contratos e quaisquer outras alterações contratuais, conforme previsto na legislação; 2) aperfeiçoe os controles para a adequada fiscalização dos contratos.

Acordam, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim – Revisor, Eurípedes Sales e Antonio Carlos Caruso, em não determinar o retorno dos autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte, após o trânsito em julgado do presente Acórdão, para análise de outros aditamentos ao Contrato 26/SEME/2002 e exame da execução contratual no período de sua abrangência, proposta pelo Conselheiro Maurício Faria – Relator, vencido, portanto, neste particular.

Participaram do julgamento os Conselheiros Roberto Braguim – Revisor, Eurípedes Sales e Antonio Carlos Caruso.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de novembro de 2008.

Edson Simões – Presidente.

Maurício Faria – Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Nos autos do TC n° 2.824.02-22, examinam-se os Termos de Aditamento n° 009/2003 e 12/2003 ao Contrato n° 26/SEME/02, ajuste este acolhido por esta Corte consoante Acórdão proferido em 18 de dezembro de 2002 (fls. 263). No TC n° 077.04-13, examina-se a execução do referido contrato.

O Termo de Aditamento n° 009, firmado em 30 de abril de 2003, objetivou o acréscimo de R$ 61.893,00 (sessenta e um mil, oitocentos e noventa e três reais) ao valor contratual, equivalente a 25% do seu valor inicial e justificado diante do acréscimo de 13 (treze) novos difusores esportivos, consoante se constata pelos documentos que instruíram o referido aditamento. Já o Termo de Aditamento n° 12, firmado em 10 de julho de 2003, prestou-se a prorrogar o prazo contratual pelo período de 12 meses, tendo sido realizada pesquisa prévia de mercado demonstrando a vantajosidade da prorrogação do ajuste (fls. 274).

Os órgãos técnicos preopinantes manifestaram-se pela regularidade do TA n° 09 e pela irregularidade do TA n° 12, em face da não comprovação da regularidade da contratada junto ao INSS e FGTS na data da celebração do ajuste, infringindo o artigo 195, § 3°, da Constituição Federal. A Auditoria apontou, ainda, o atraso na publicação do TA n° 12/2003.

As defesas apresentadas pela Origem e pelo ordenador da despesa, à época, são praticamente idênticas, tendo por argumentos: greve iniciada no INSS em 8 de julho de 2003; equívoco cometido pela Prefeitura Municipal de São Paulo no que concerne ao número de inscrição no CNPJ da Cooperesportes, relativamente a recolhimentos da contribuição ao INSS em períodos de 2002 e 2003, mas cujos pagamentos foram feitos; lapso quanto à não apresentação do CRF relativo ao FGTS, juntando comprovação da situação de regularidade da Cooperativa no mês da celebração do ajuste e esclarecendo possuir a Cooperesportes apenas um trabalhador; atraso de apenas um dia na publicação, atribuído a lapso ocasionado por deficiência na infra-estrutura administrativa e pelo grande fluxo dos trabalhos.

Tanto AUD como AJCE entenderam que as defesas não tiveram o condão de modificar seu entendimento precedente, razão pela qual ratificaram suas conclusões pela regularidade do TA n° 09 e irregularidade do TA n° 12, ressalvando contudo o atraso na publicação, por não afetar a validade do ato. Ressaltou a AJCE que a greve no INSS não seria obstáculo para a obtenção da certidão, que pode ser feita automaticamente pela Internet. Quanto ao equívoco no recolhimento do INSS por parte da Origem, apontou que a contratada somente começou a tomar providências em março de 2004, mesmo se tratando de pagamentos referentes a 2002 e 2003. Ressaltou, ainda, que poderia a contratada valer-se do Judiciário para suspender a exigibilidade do débito enquanto seu processo junto ao INSS não se finaliza, garantindo liminarmente o seu direito no que concerne à contratação com o Poder Público.

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pelo acolhimento de ambos os Termos de Aditamento, mediante a relevação ou convalidação das impropriedades apontadas, por entendê-las justificadas, sem embargo de recomendações. Sucessivamente, na hipótese de rejeição, requereu, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, o acolhimento dos efeitos financeiros decorrentes dos aditamentos sob exame, dada a impossibilidade de retorno ao "statu quo ante" e a ausência de notícia de prejuízo ao erário ou de má-fé.

A Secretaria Geral opinou pela relevação da irregularidade relativamente ao atraso na publicação e ao FGTS, por entender que a situação de regularidade da contratada restou demonstrada nos autos. Quanto à ausência de CND, destacou que a norma constitucional é complementada, no que tange à prova de inexistência de débito, pela Lei Federal n° 8.212/91, que impõe a apresentação da Certidão Negativa de Débito. Concluiu, assim, pela regularidade do TA n° 09 e pela irregularidade do TA n° 12/03.

Quanto ao acompanhamento da execução contratual tratada no TC 077.04-13, a Auditoria, em seu Relatório, referente ao período de abrangência de 10 de julho de 2003 a 31 de dezembro de 2003, considerou ser positivo o trabalho dos difusores, encontrando apoio da população atendida. Apontou, no entanto, falhas no controle exercido pela coordenação do programa, a saber: falta de coerência no que se relaciona ao controle de freqüência dos difusores e não uniformização de procedimentos entre os equipamentos esportivos; não cumprimento, por parte de SEME, do papel de gerenciador/fiscalizador do contrato; falta de documentação suporte para o reajuste aplicado a partir de agosto de 2003; ausência de controle mais efetivo sobre os serviços prestados. Concluiu a Auditoria que a execução do Contrato, com despesa liquidada de R$ 739.890,45, encontra-se regular no valor de R$ 632.385,00 e irregular quanto ao reajuste no valor de R$ 107.505,45, por não estar suportado em documento hábil.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle e a Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanharam as conclusões alcançadas por AUD. A Sra. Assessora Subchefe de Controle Externo considerou que as falhas no controle interno podem implicar pagamento a maior pela Origem, uma vez que o pagamento do ajuste está diretamente relacionado ao controle da presença dos difusores.

Acrescentou que o reajustamento de preços não poderia ser automático, porque não previsto no contrato, pois este estabeleceu apenas que, em caso de prorrogação de prazo, poderá incidir reajuste conforme disposto na Portaria SF 054/95 e Decreto n° 25.236/97 e Portaria 1.285/91 e que para tanto seriam utilizados índices referentes ao INPC/IBGE. Entendendo a Especializada que as irregularidades apontadas impedem o acolhimento da execução contratual em análise, propôs intimação da Origem.

Diante das defesas e justificativas apresentadas pelos responsáveis, AUD e AJCE ratificaram suas conclusões precedentes. A Procuradoria da Fazenda Municipal considerou que as referidas falhas dizem respeito a aspectos de controle que não acarretaram dano ao erário e opinou pelo acolhimento da execução contratual, sem embargo de recomendação para que sejam aperfeiçoados esses mecanismos de controle.

A Secretaria Geral entendeu que as falhas apontadas possuem caráter formal, não havendo elementos no processo capazes de demonstrar a ocorrência de prejuízo ou dano ao Erário. Observou não ser aplicável, no caso, o art. 65, § 8°, da Lei Federal n° 8.666/93, referido na defesa de fls. 57/58, tendo em vista que o índice utilizado para o reajuste não foi o pactuado no contrato e também por não haver notícias de eventual apostilamento. Todavia, concluiu que o interesse público foi atendido, pois o valor do reajuste foi mais benéfico à Administração, com uma economia de 1,32% ao mês. Assim, e considerando não haver nos autos notícias de dolo ou má-fé, opinou pelo acolhimento excepcional da execução contratual, com as recomendações pertinentes, especialmente no sentido de que seja readequado o controle interno da gestão contratual.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Dos elementos constantes dos autos do TC n° 2.824.02-22, ressaltam duas questões relacionadas ao Termo de Aditamento n° 12/2003, uma passível de relevação, considerando-se que o atraso de apenas um dia na publicação não se demonstra falha suficiente, por si só, para ocasionar prejuízo ao princípio da publicidade, e outra que, ao contrário, impede o acolhimento do ato, visto que produzido em desconformidade com a Constituição Federal e com a Lei Federal n° 8.212/91, em virtude da não apresentação da CND do INSS e CRF relativo ao FGTS em nome da contratada por ocasião da lavratura do ajuste.

Com efeito, não obstante as razões de defesa e os documentos com ela carreados aos autos, restou patente que a situação de regularidade da contratada perante o INSS e FGTS deixou de ser verificada pela Origem na ocasião da prorrogação do Contrato. Comungo, pois, dos entendimentos expressados nos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo a fls. 378 a 382, relativizando, contudo, a afirmação peremptória de que a CND pode ser obtida de maneira automática pela Internet nos períodos de greves no âmbito do INSS, por considerar que a anomalia desses períodos acaba por acarretar a precariedade dos

serviços em geral. Entrementes, frente às irregularidades constatadas, julgo irregular o Termo de Aditamento n° 12/2003.

Contudo, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e da necessidade da estabilidade das relações jurídicas, bem como considerando que dos elementos constantes dos autos é possível constatar-se a ocorrência de circunstâncias que revelam a boa-fé dos contratantes, e, também, que os serviços foram prestados e pagos, reconheço os efeitos financeiros do ajuste.

Quanto ao Termo de Aditamento n° 009/2003, acompanho a manifestação dos órgãos preopinantes e voto pelo seu acolhimento.

Relativamente ao exame da execução do Contrato objeto do TC 077.04-13, cuja irregularidade da despesa apontada pela Auditoria decorre da não formalização do competente termo de aditamento para aplicação do reajuste do valor contratado, filio-me às considerações feitas pelos órgãos preopinantes, uma vez que, nos termos da Lei Federal n° 8.666/93, é solene a forma dos contratos da Administração Pública, sendo nulo e de nenhum efeito o contrato verbal, à exceção dos casos previstos no referido diploma legal (art. 60 e parágrafo único), cuja ressalva, todavia, não alcança o contrato de que cuidam os presentes autos.

Ora, não tendo o Contrato n° 26/SEME/2002 estipulado com precisão a possibilidade da incidência de reajuste no preço contratado após o período de 12 meses, ante a redação dada ao subitem 4.5 da Cláusula Quarta, impunha-se à Origem, após justificativa acerca da necessidade da aplicação do reajuste para manutenção da relação contratual encargo/remuneração, celebrar o correspondente termo de aditamento.

Não obstante, a análise dos elementos constantes dos autos leva-me a crer que a ausência de formalização do ato por ocasião da aplicação do reajuste do valor contratual decorreu da equivocada interpretação da Origem relativamente ao estabelecido no artigo 65, § 8°, da Lei n° 8.666/93, em contraposição ao que foi consignado no Contrato. Com efeito, e conforme relatado por AUD, a variação do índice de reajuste previsto foi observado, tendo sido aplicado, após negociação com a contratada, um percentual de reajuste menor e, por conseguinte, mais benéfico para a Administração. Por outro lado, no Relatório de AUD estão especificadas as Notas de Empenho emitidas para suporte das despesas (fls. 29).

Destarte, considerando o princípio da razoabilidade e levando em conta a ausência de dolo ou má-fé ou mesmo de notícias de prejuízo ao Erário, aprovo excepcionalmente a despesa liquidada no valor de R$ 739.890,45.

Contudo, determino à Origem que, doravante, formalize os termos de aditamento sempre que estes se fizerem necessários nos termos da legislação, pois a impropriedade verificada nestes autos não mais será tolerada. Quanto às demais falhas constatadas pela Auditoria, determino à Origem que adote imediatas providências para aperfeiçoamento do sistema de controle interno da

gestão contratual, sob pena de, no futuro, vir a ser responsabilizada por esta Corte de Contas.

Por fim, em face de o documento de fls. 45/46 do TC 077.04-13 noticiar a existência de outros aditamentos ao Contrato n° 026/SEME/2002, determino o retorno dos autos à SFC, após o trânsito em julgado da decisão que resultar do presente julgamento, para análise dos propalados aditamentos e exame da execução do contrato no período de sua abrangência **(2.409ª S.O.)**.

DECLARAÇÃO DE VOTO APRESENTADA PELO CONSELHEIRO ROBERTO BRAGUIM

Nesta fase processual, em que se examinaram os Termos de Aditamentos n.ºs 09 e 12, ambos de 2003, referentes ao Contrato n.º 26/SEME/2002, os órgãos técnicos desta Corte de Contas não constataram qualquer empecilho ao acolhimento do Primeiro Aditivo.

Todavia, no que pertine ao Segundo Aditivo, os referidos órgãos técnicos e a Secretaria Geral posicionaram-se contrariamente à sua aceitação, tendo em vista não restar comprovada nos autos a regularidade da contratada perante o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, vez que não foi apresentada, para lavratura do ajuste, a Certidão Negativa de Débitos – CND, infringindo, assim, o disposto no artigo 195, § 3º, da Constituição da República **(nota 4)**, irregularidade que impede o seu acolhimento.

É que se trata de exigência constitucional que deve ser atendida pelos agentes nas contratações da Administração, vez que o dispositivo referido veda a contratação, pelo Poder Público, de pessoa jurídica em débito com o sistema da Seguridade Social e, ainda, a concessão, a estes entes, benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Nesta senda, coerente com votos por mim proferidos anteriormente, não posso dar acolhida ao Termo Aditivo n.º 12/03, por violar o mencionado dispositivo da Lei Maior.

Quanto à não apresentação do Certificado de Regularidade Fiscal do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, as alegações da Secretaria e dos responsáveis pelas avenças esclareceram a matéria, vez que a contratada demonstrou o recolhimento das importâncias devidas a título de contribuição, comprovando, destarte, sua regularidade.

Desta forma, a não apresentação do Certificado de Regularidade Fiscal - CRF pode, a meu ver, ser relevada, assim como a publicação extemporânea do ajuste, por constituírem falhas formais, insuficientes para levar à sua rejeição.

No que concerne à execução contratual, as falhas constatadas relativas à fiscalização deficiente das cláusulas ajustadas não impedem a sua aprovação.

De um lado, para sanar as falhas, a Secretaria, visando ao aperfeiçoamento dos controles e à uniformização dos procedimentos fiscalizatórios, transferiu o gerenciamento do contrato para outra unidade, o Departamento de Unidades Esportivas Autônomas – DUEAT.

De outra parte, a polêmica surgida acerca do reajuste concedido foi suficientemente esclarecida nos autos, posto que, embora não formalizada em Termo a sua concessão, o índice aplicado – 17% (dezessete por cento) – foi inferior ao permitido no contrato, que previa a utilização dos índices referentes ao Índice Nacional de Preço ao Consumidor e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - INPC/IBGE, que atingiram 18,32% (dezoito inteiros e trinta e dois centésimos por cento), representando, desta forma, uma economia para o erário da ordem de 1,32% (um inteiro e trinta e dois centésimos por cento) ao mês.

Assim sendo, a impropriedade apontada, a par de formal, não representou prejuízo aos cofres públicos.

Sob esse aspecto, portanto, discordo do nobre Relator, por entender que a Cláusula 4.5 da avença permitia o reajuste.

Acresce ressaltar, ainda, que a auditoria anotou que o resultado do trabalho dos difusores é positivo, merecendo apoio da população destinatária, restando, assim, atendido o interesse público.

Por todo exposto, acolho o Termo Aditivo n.º 09/2003 e rejeito o de n.º 12/2003, aceitando, porém, seus efeitos financeiros, em razão da inexistência de dolo, má-fé ou prejuízo ao erário e, também, em razão de os serviços terem sido prestados a contento.

Também pelos motivos já aduzidos, aprovo a execução contratual.

Determino, porém, à Secretaria que, sob pena de responsabilização:

I) exija, nos ajustes futuros, inclusive nos aditamentos contratuais, a apresentação das certidões relativas ao Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, consoante a legislação em vigor.

II) Formalize, mediante Termo de Aditamento, os reajustes aplicados aos contratos e quaisquer outras alterações contratuais, conforme previsto na legislação.

III) Aperfeiçoe os controles para a adequada fiscalização dos contratos.

Nota:
(4) Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)
§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.