TC nº 394/2008

ANÁLISE. ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONVÊNIO. TERMOS ADITIVOS. SMADS. Serviços técnicos de consultoria. Programa Ação Família. Viver em Comunidade. Ausência de termos de recebimento provisório e definitivo, atraso na fiscalização das medições, omissão na exigência da documentação atinente à regularidade fiscal. TA's ACOLHIDOS. Execução ACOLHIDA excepcionalmente. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

3.004ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 2.910ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator e MAURÍCIO FARIA – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos do Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Relator, com relatório e voto, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO, em acolher os termos de aditamento.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em acolher excepcionalmente a Execução Contábil/Financeira do Contrato 28/SMADS/2007, no período e valor analisados, relevando as impropriedades constatadas, por serem de caráter formal e não afetarem o resultado do trabalho prestado.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor que, consoante voto proferido em separado, não acolheu os termos aditivos e a execução contábil/financeira.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em acolher os efeitos financeiros da avença.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, em determinar à Origem que, de futuro, adote providência para não se repetirem as falhas constatadas.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após as medidas regimentais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente à sessão, nesta data, o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO, sem direito a voto, uma vez que o mesmo foi proferido pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, na 2.910ª S.O.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de outubro de 2018.

ROBERTO BRAGUIM
No exercício da Presidência.

DOMINGOS DISSEI
Relator

RELATÓRIO

Trata o presente da análise da Execução do Contrato 28/SMADS/2007, celebrado entre a Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social – SMADS e a Fundação Instituto de Administração – FIA, por dispensa de licitação fundamentada no inciso XIII, do artigo 24, da Lei Federal 8.666/93 e alterações posteriores, objetivando a prestação de serviços técnicos de consultoria visando o "Acompanhamento da Execução das Ações de Monitoramento e Avaliação do Programa Ação Família – Viver em Comunidade".

Na 2.664ª Sessão Ordinária, o Contrato 28/SMADS/2007 foi acolhido, excepcionalmente, com determinação para a realização do acompanhamento da execução contratual.

Votaram na Sessão, além deste Relator, os conselheiros Roberto Braguim e Eurípedes Salles, que acolheram excepcionalmente o Contrato, e o conselheiro Maurício Faria, na qualidade de revisor, que julgou irregular, mas aceitou os efeitos financeiros.

A Secretaria de Fiscalização e Controle examinou os Termos Aditivos 30/SMADS/07, 15/SMADS/08, 27/SMADS/08 e 05/SMADS/09, bem como a execução contábil/financeira, abrangendo o termo de contrato e os termos aditivos, apresentando as conclusões a seguir:

a) Termo de Aditamento 30/SMADS/07: inobservância ao princípio da anualidade e ao disposto no "caput" do artigo 60, da Lei Federal 4.320/64;

b) Termo de Aditamento 15/SMADS/08: publicação extemporânea do termo, em inobservância ao disposto no artigo 26 da Lei Municipal 13.278/02;

c) Termo de Aditamento 27/SMADS/08: não foram encontradas infringências;

d) Termo de Aditamento 05/SMADS/09: os documentos fiscais (CND e FGTS) estavam com as validades vencidas na data da assinatura do termo;

e) Execução Contábil Financeira:

1. Não houve o cumprimento do prazo regular de cinco dias úteis para que a fiscalização atestasse as medições, exceto na primeira, décima quinta e décima sexta parcelas do Contrato; na segunda parcela do TA 30/SMADS/07 e na primeira parcela do Termo de Aditamento 15/SMADS/08. A demora injustificada afronta ao disposto no § 2º do art. 13 do Decreto Municipal 49.129/08. Ressalta-se que não consta no processo de pagamento relativo à 2º parcela o documento de solicitação da contratada, ficando, assim, prejudicada a verificação de prazo;

2. Na sexta, sétima, décima terceira, décima quinta e décima sexta parcelas do contrato, bem como na primeira e terceira do TA 15/SMADS/08, e nas duas parcelas TA 27/SMADS/08, não foi cumprido o prazo de 30 dias para pagamento em desacordo com o disposto no item 2.2 da Cláusula Segunda do contrato;

3. Falta de evidências junto aos processos de pagamento de que tenha havido a consulta ao CADIN, em infringência ao inciso II do Art. 3º da Lei Municipal 14.094/05. Também não constatamos que tenha havido a verificação de regularidade com Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), a exceção na nona, décima e décima primeira medições do Contrato. A falta de verificação de regularidade previdenciária desatende o inciso II, Art. 40 do Decreto Municipal 44.279/03 c/c inciso XIII, Art. 55 da Lei Federal 8.666/93;

4 - Não consta do PA, emissão de Termo de Recebimento Provisório do objeto contratual, em infringência à alínea a, inciso I do art. 73 da Lei Federal 8.666/93 e art. 50 do Decreto Municipal 44.279/03;

5 - Não consta do PA da contratação o Termo de Recebimento Definitivo, assinado pelas partes, em descumprimento ao disposto na alínea b do inciso I do art. 73 da Lei Federal 8.666/93 e art. 51 do Decreto Municipal 44.279/03.

A Origem e a Contratada, após intimadas, prestaram esclarecimento que foram submetidos a análise de SFC que ratificou seu posicionamento anterior quanto as irregularidades apontadas, exceto quanto a validade dos documentos fiscais (CND e FGTS) e a publicação extemporânea do TA 15 que considerou sanadas.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo em sua análise opinou pelo acolhimento dos Termos de Aditamento 15/SMADS/09, 27/SMADS/08 e 05/SMADS/09, relevando as infringências apontadas de extemporaneidade da publicação do instrumento e apresentação posterior dos documentos relativos à regularidade fiscal por entenderem formais e pela irregularidade do Termo de Aditamento 30/SMADS/07 e da execução contábil financeira do ajuste repisando os apontamentos da Auditoria.

O Assessor Jurídico Chefe da AJCE ressalvou que a insuficiência de empenho atinente ao Termo de Aditamento 30/SMADS/07 pode ser relevado, conquanto os prazos de vigência, os valores envolvidos em cada orçamento e a liquidação das despesas foram respeitados.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento da execução em exame, com os aditamentos ou na hipótese de rejeição o acolhimento dos efeitos financeiros decorrentes.

A Secretaria-Geral opinou pela regularidade dos Termos Aditivos e não acolhimento da execução contábil financeira à vista dos apontamentos da Secretaria de Fiscalização e Controle.

A empresa contratada foi novamente oficiada para prestar esclarecimentos acerca das manifestações dos órgãos técnicos quanto ao Aditamento 30/SMADS/2007 bem como a execução contratual.

A Contratada quanto aos apontamentos da Execução Contábil Financeira esclareceu que "não obstante a execução do contrato não estar em conformidade com as cláusulas contratuais, ressaltou que o não cumprimento pela SMADS do prazo de cinco dias úteis para aceite dos relatórios foi equacionado pelas partes e em nada prejudicou o resultado do trabalho.

Quanto aos apontamentos dos Termos Aditivos consignou que eventuais inconformidades já foram relevadas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

A Secretaria de Fiscalização e Controle manteve seu posicionamento pela irregularidade enquanto a Assessoria Jurídica de Controle Externo manteve seu parecer anterior pelo acolhimento dos Termos de Aditamento e não acolhimento da Execução.

A Procuradoria da Fazenda requereu o acolhimento dos ajustes tendo em vista que os apontamentos remanescentes não são suficientes para macular os procedimentos em análise.

A Secretaria-Geral opinou pela regularidade dos Aditamentos e pelo não acolhimento da execução contábil financeira tendo em vista que a contratada não trouxe elementos novos capazes de sanar as irregularidades apontadas.

É o relatório.

VOTO

1 - Nesta oportunidade, julga-se além da execução Contábil do Contrato 28/SMADS/2007, que foi acolhido excepcionalmente por esta Corte, seus Termos de Aditamento.

2 - A Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria-Geral se manifestaram pela regularidade dos Aditivos analisados, pois as falhas inicialmente apontadas foram superadas após os esclarecimentos da Origem.

3 - No tocante à execução contábil financeira, verificou-se nos autos remanescerem alguns apontamentos, mesmo após as justificativas trazidas pela Origem e pela Contratada, tais como: 1. falta de lavratura dos termos de recebimento provisório e definitivo; 2. atraso nas medições; 3. atraso nos pagamentos; e 4. não apresentação das certidões de regularidade fiscal.

4 - Entretanto, as falhas ocorridas não impediram a adequada execução do objeto contratado, não tendo sido apontado por qualquer dos órgãos desta Corte de Contas situação de inadimplência da Contratada.

5 - Relevo a falha atinente às certidões de regularidade fiscal, uma vez constatado que a Contratada se encontrava em situação regular perante o FGTS e o INSS em período posterior às medições.

6 - Do exposto, ACOLHO os Termos de Aditamento 30/2007, 15 e 27/2008 e 05/2009, e ACOLHO EXCEPCIONALMENTE a Execução Contábil/Financeira do aludido Contrato, no período e valor analisados, relevando as impropriedades apontadas, por serem de caráter formal e não afetarem o resultado do trabalho prestado.

7 - DETERMINO à Origem que, de futuro, adote providência para não se repetirem as falhas apontadas. 8 - Após as medidas regimentais, arquivem-se os autos.

É o meu voto. (2.910ª S.O.)

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Esta Relatoria possui o entendimento de que, muito embora a Lei Federal 8.666/93 preveja, em seu artigo 49, § 2º, que a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, o que atingiria o contrato e os termos aditivos analisados nestes autos, deve prevalecer a corrente de pensamento esposada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem, em algumas hipóteses, a acessoriedade automática deve ser afastada, chegando-se a "outra solução pela intepretação baseada em princípios outros que fazem parte do ordenamento jurídico, além do princípio da legalidade em sentido estrito".[1]

Num sentido, não há que se falar em comprometimento automático de termo aditivo pelo simples fato de que o contrato detém impropriedades.

Aliás, isso fica claro em situações que o termo aditivo até mesmo para lidar e corrigir aspectos negativos da impropriedade originária.

De outra parte, não se pode genericamente negar a possibilidade de que existirão situações cuja irregularidade mostra-se imbricada no contexto que envolve a interação do contrato e do termo aditivo.

Pois bem, esse segundo cenário de interação representa a situação analisada nos presentes autos. Senão vejamos:

Por ocasião do julgamento do Contrato 28/SMADS/2007, proferi voto no sentido de considerar a avença irregular, em razão da ausência de discriminação da quantidade de horas por consultores, de acordo com suas categorias (pleno e sênior), ausência de estimativa da quantidade de horas de treinamento e defasagem da pesquisa do preço da hora-atividade de consultores, realizada em 2006, para uma contratação efetivada mais de um ano depois, em 2007.

Neste ponto, é inarredável a conclusão de que as irregularidades vislumbradas na contratação acabaram por causar efeitos nos termos aditivos, já que elas possuíam caráter estrutural, tanto em relação à quantificação e à forma dos serviços prestados, como também no tocante à própria precificação da consultoria realizada. Os termos aditivos firmados, que ajustaram o objeto da contratação, realizando acréscimos e diminuições do objeto, não só foram alcançados pelas falhas iniciais, como destas decorrem diretamente, pois as inconsistências de estimativa da contratação foram determinantes para que houvesse a necessidade de correção, que se processou por meio dos aditivos. Tivesse a contratação sido corretamente estipulada em termos de números de horas por categoria profissional, dificilmente os termos aditivos ora analisados teriam sido firmados.

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. Interesse Público, nov./dez. v.15, f. 82, Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 44-45.

Desta forma, pela repercussão das falhas da contratação, os termos aditivos não merecem acolhimento.

Passando à execução contábil-financeira, verifica-se que as falhas constatadas levaram todos os Órgãos Técnicos desta Corte a se pronunciar pelo seu não acolhimento. Em tais infringências, predomina a responsabilidade da Origem, já que estas se referem à ausência de termos de recebimento provisório e definitivo, ao atraso na fiscalização das medições e à omissão na exigência da documentação atinente à regularidade fiscal.

Muito embora as falhas sejam imputáveis à Administração, e não à Contratada, reputo-as relevantes o suficiente para determinar o não acolhimento da execução.

Por derradeiro, atento às ponderações dos Órgãos Técnicos desta Corte, da Origem, da Contratada e da Procuradoria da Fazenda Municipal, verifico que apesar das inconformidades constadas, não há indícios de que tenha havido prejuízo ao Erário ou que as condutas dos agentes públicos e particulares envolvidos tenham sido praticadas com dolo ou má-fé. Assim, na mesma linha do voto proferido por ocasião do julgamento do termo contratual, acolho os efeitos financeiros decorrentes dos instrumentos.

Do exposto, NÃO ACOLHO os Termos de Aditamento 15/SMADS/08, 27/SMADS/08, 05/SMADS/09 e 30/SMADS/07 referentes ao Contrato 28/SMADS/2007, nem a execução deles decorrentes. Todavia, ACEITO OS EFEITOS FINANCEIROS produzidos pelos referidos instrumentos. (2.910ª S.O.)