TC nº 72-001.227.12-80

2º Julgado

RECURSO. EX OFFICIO. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que não acolheu o contrato dos serviços de apresentação musical e aplicou multa. SMC. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

2.919ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 10/11/2017

1º Julgado

ANÁLISE. CONTRATO. SMC. Serviços de apresentação musical. Artistas James Richard MC Kinney, Ashling Tara Cole, Larry Graham, Wilton James Rabb, David Earl Council e Brian Lee Braziel. Virada Cultural. 2012. Decorrente de inexigibilidade. NÃO ACOLHIDO. MULTA. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 12, Dec. Mun. 44.279/03. Arts. 26, 27, I, 28, III e 32, Lei 8.666/93. Lei Mun. 13.278/02. Art. 86, II, RITCMSP.

Relatório e voto englobado TCs 72-001.226.12-17 e 72-001.227.12-80

290ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos "ex officio", por regimental, e dos voluntários interpostos, pois preenchidos os requisitos de admissibilidade, e, quanto ao mérito, ponderando que os recursos interpostos não trouxeram novos elementos que pudessem infirmar o julgamento proferido no sentido da irregularidade do ajuste, em

negar-lhes provimento, mantendo-se a Decisão da Primeira Câmara recorrida, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em reiterar a determinação de encaminhamento de cópia integral dos autos à Secretaria Municipal de Justiça para apuração das eventuais responsabilidades do agente público responsável e da empresa contratada, revel no presente feito.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar à Coordenadoria Processual desta Corte que, após transitado em julgado este Acórdão, oficie-se ao Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania – DPPC, em atendimento à solicitação formulada nos autos.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de abril de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

ALEXANDRE CORDEIRO
Conselheiro Substituto
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO:

Trago a julgamento os recursos voluntários apresentados pela Procuradoria da Fazenda Municipal e por José Mauro Gnaspini, objetivando reforma das decisões proferidas pela Primeira Câmara deste Tribunal de Contas do Município nos TCs 72-001.226.12-17 e 72-001.227.12-80, que, por unanimidade, julgaram irregulares os Contratos 07/SMC-GP/2012 e 08/SMC-GP/2012, determinaram a remessa de cópia integral dos respectivos autos à Secretaria de Negócios Jurídicos para apuração da responsabilidade do agente público e da empresa contratada e impuseram a multa de R$ 611,00 (seiscentos e onze reais) ao Recorrente.

Firmaram os julgados, como razões de decidir, a ausência de comprovação regular de personalidade e habilitação jurídica pela empresa contratada, a ausência de compatibilidade entre o objeto social da empresa e o objeto da contratação, a constatação de que a sede da empresa é o endereço

residencial da sócia e representante legal desta, e, também, a inexistência de justificativa para os valores pagos, considerados desproporcionalmente altos para apresentações de apenas sessenta minutos.

Em breve síntese do constante do TC 72-001.226.12-17, referente ao Contrato 07/SMC-GP/2012, o recurso da Procuradoria da Fazenda Municipal reitera o posicionamento já expressado quando do exame do feito em sua fase instrutória, no sentido de que os atos praticados devem ser tidos como regulares, por considerar que as irregularidades revestiram-se de caráter formal, sem que houvesse prova de benefício indevido da Contratada ou de agentes públicos. Assevera, ainda, que não foi comprovado dano ao Erário, razão pela qual sustenta que, pela aplicação do princípio da razoabilidade, devem ser tidos como legítimos os atos praticados, ou, subsidiariamente, em função do princípio da segurança jurídica, reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais decorrentes da avença.

José Mauro Gnaspini, na qualidade de responsável pelo Contrato 07/SMC-GP/2012, também interpôs recurso ordinário afirmando que o evento "Virada Cultural" é realizado diretamente pelo serviço público municipal, com um número insuficiente de servidores para a demanda de tal trabalho, o que resulta em imperfeições e irregularidades formais. Alega ademais que, apesar de cópia simples do contrato social ter sido acostada aos autos, não há dúvidas de que a empresa possui personalidade jurídica, em razão dos demais documentos apresentados. Quanto à compatibilidade entre o objeto social e o da contratação, não havia motivo para que os servidores questionassem tal ponto, já que a expressão "produções artísticas" consta da própria razão social da empresa Contratada. Considera que não há impropriedade em ter efetuado o pedido de reserva de recursos, autorizado a contratação e assinado o contrato, pois tais ações seriam compatíveis com o cargo e com a função desempenhados à época. Afirma que a contratação ocorreu em tempo hábil e possível, diante das características do segmento artístico e da carga de trabalho da própria Pasta. Considera que houve critério na seleção dos artistas que se apresentaram e que o valor do espetáculo foi adequado ao formato da "Virada Cultural", tendo sido estimadas as despesas com base em uma equipe mínima que, em geral, acompanha o artista.

Iniciada a instrução recursal, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo recebimento das peças recursais interpostas, por considerar presentes os requisitos de admissibilidade. No mérito, posicionou-se pelo não provimento dos recursos, asseverando que as razões recursais de ambos os Recorrentes não trouxeram argumentação ou comprovação que pudesse alterar o julgado. A Especializada registrou que a falta de apresentação de cópia do contrato social registrado já seria uma irregularidade por si só, tendo sido a circunstância agravada pela constatação, a posteriori, de que o objeto social da empresa Contratada e o objeto da contratação eram incompatíveis entre si. Traz à colação julgado desta Corte em que tal incompatibilidade conduziu a um juízo de irregularidade da contratação, sem aceitação de efeitos financeiros e imposição de multa ao responsável.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral manifestou-se pelo conhecimento e improvimento dos recursos interpostos, acompanhando a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, e acrescentando que as informações trazidas em sede recursal não foram suficientes para comprovar e justificar o preço praticado na contratação.

Na sequência, passo a relatar o TC 72.001.227/12-80, referente ao 08/SMC-GP/2012. Nestes autos, a Procuradoria da Fazenda Municipal interpôs recurso com teor similar, pugnando pela declaração de regularidade da avença, por conta de reputar que as infringências constatadas se revestem de caráter meramente formal. Subsidiariamente, pleiteou a aceitação de efeitos financeiros e patrimoniais da avença, com fulcro na ausência de prejuízo demonstrado nos autos.

José Mauro Gnaspini, na qualidade de responsável pelo Contrato 08/SMC-GP/2012, interpôs recurso ordinário e, da mesma forma que a Procuradoria da Fazenda Municipal, reitera os argumentos apresentados no TC 72-001.226.12-17, tecendo considerações acerca das peculiaridades da "Virada Cultural" e as limitações que o serviço público possui para lidar com todas as atividades relacionadas à realização do evento. Assevera, ainda, que as despesas são razoáveis e que foram estimadas em relação ao número de profissionais que acompanharam o artista.

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos recursos interpostos, por reputar presentes os requisitos de admissibilidade. Quanto ao mérito, pugnou pelo não provimento de ambos, por considerar que as justificativas apresentadas pelo Recorrente, responsável pela despesa, são inaceitáveis e desprovidas de qualquer comprovação documental.

Acrescenta, ainda, que diante das infringências constatadas, a multa aplicada se revela razoável e proporcional.

Concluindo a instrução do segundo expediente, a Secretaria Geral manifestou-se pelo conhecimento e não provimento dos recursos, por entender que os argumentos apresentados em ambos os recursos já haviam sido minuciosamente examinados pela decisão prolatada, nos termos do voto do Conselheiro Relator.

Em ambos os processos examinados consta ofício oriundo da 1ª. Delegacia de Polícia do Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania – DPPC, solicitando informações sobre o julgamento dos processos que tratam das contratações ora analisadas.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Conheço dos recursos voluntários, posto que preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade.

Quanto ao mérito, há que se ponderar que os recursos interpostos não trouxeram novos elementos que pudessem infirmar o julgamento proferido no sentido da irregularidade dos Contratos 07/SMC-GP/2012 e 08/SMC-GP/2012.

A incompatibilidade entre o objeto social da Contratada, que seria dedicada à edição de livros, revistas e jornais, e o objeto da contratação propriamente dita, voltada à realização de apresentação musical de artistas estrangeiros para a "Virada Cultural", não pode ser tida como mera irregularidade formal.

O descompasso entre as atividades previstas no contrato social da empresa e as atividades de fato desempenhadas traz repercussões em face da disciplina legal.

No âmbito do direito privado, a violação do dever de registro, conforme disposição do art. 46, inciso I, do Código Civil, pode resultar inclusive em abuso da personalidade jurídica, por importar em atos que se desviam da finalidade social da empresa, o que gera a responsabilidade pessoal do gestor, nos termos previstos no art. 50 do mesmo Diploma.

No âmbito do direito público, dentre as várias possíveis repercussões, registre-se a questão da habilitação jurídica prevista no art. 28, inciso III, da Lei Federal 8.666/93, que exige a apresentação do ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado.

Muito embora o caso em tela seja uma contratação efetuada por inexigibilidade de licitação, impõe-se a realização da habilitação jurídica, com a apresentação de todos os documentos previstos no rol do art. 28 da Lei de Licitações, pois será esta documentação de habilitação jurídica que permitirá à Administração verificar se o potencial contratante realmente preenche os requisitos previstos no ordenamento jurídico necessário à contratação e à execução do objeto.

Marçal Justen Filho identifica com precisão essa convergência temática quando assim dispõe: "É impossível dispensar o particular de comprovar os requisitos de habilitação jurídica. O tema não tem pertinência com a disciplina da licitação propriamente dita. Sob o título ´habilitação jurídica´, indicam-se os pressupostos jurídicos indispensáveis à validade da contratação. Logo, sequer se trata de examinar se o sujeito é suficientemente ´idôneo´ para executar o objeto licitado. Trata-se de apurar se o sujeito pode praticar os chamados ´atos da vida civil´" (grifos nossos).[1]

---

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 549.

Diante da imprescindibilidade da documentação e do consequente exame que deve ser efetuado, a alegação recursal de que os agentes públicos não atentaram para a incompatibilidade relatada não justifica a falha. Pelo contrário, demonstra a existência de uma fragilidade em um dos controles básicos que deveria ocorrer em qualquer contratação realizada pela Origem.

Ressalte-se que, se a análise da documentação tivesse sido efetuada de forma adequada, a contratação não poderia ter ocorrido, o que demonstra que a falha não pode ser entendida como meramente formal.

Quanto ao segundo ponto mencionado nas razões de decidir do julgado recorrido, melhor sorte não assiste aos recorrentes. O Acórdão guerreado afirmava a ausência de justificativa para os preços praticados em ambos os contratos, ao que o Recorrente trouxe como argumento o fato de que as despesas incorridas nas contratações seriam compatíveis com a estadia dos músicos em São Paulo, já que, além do pagamento do cachê artístico, deveriam ser custeadas passagens aéreas, alimentação, hospedagem etc.

Por essa perspectiva, cabe reconhecer que o argumento é válido. No entanto, muito embora o alegado seja crível por hipótese, o Recorrente não trouxe qualquer documentação que possa amparar sua tese de defesa, visto que nenhum comprovante das despesas anunciadas foi trazido aos autos.

Da mesma forma, não há referências de preços (da época da contratação) que possam dar suporte às alegações do Recorrente. Neste particular, o art. 25, inciso III, combinado com o art. 26, parágrafo único, inciso III da Lei Federal 8.666/93, prevê que, para contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade, devem ser instruídos com a documentação que comprove, no antecedente, a singularidade do objeto e, no consequente, a devida justificativa razoável do preço.

Diante do exposto, CONHEÇO dos recursos voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e por José Mauro Gnaspini, e, no mérito, NEGO-LHES PROVIMENTO, mantendo as decisões proferidas pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Reitero a DETERMINAÇÃO de encaminhamento de cópia integral dos autos à Secretaria Municipal de Justiça para apuração das eventuais responsabilidades do agente público responsável e da empresa contratada, revel no presente feito.

Transitado em julgado o acórdão decorrente da decisão proferida nestes autos, oficie-se ao Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania – DPPC, em atendimento à solicitação formulada nos autos.

1º Julgado

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, não acolher o Contrato 08/SMC-GP/2012, por infringência aos artigos 27, inciso I, 28, inciso III, e 32 da Lei Federal 8.666/93, bem assim por ofensa aos artigos 26 da citada Lei Federal e 12 do Decreto Municipal 44.279/2003, que regulamentou dispositivos da Lei Municipal 13.278/2002.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, determinar a remessa de cópia integral do procedimento à Secretaria de Negócios Jurídicos, para apuração da responsabilidade do Servidor José Mauro Gnaspini, e, eventual, responsabilidade civil da contratada, revel no feito.

DECIDEM, ademais, à unanimidade, aplicar ao Senhor José Mauro Gnaspini a multa de R$ 611,00 (seiscentos e onze reais), com arrimo no artigo 86, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal.

Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, combinado com o artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

Presentes o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO e o Procurador JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de março de 2015.

EDSON SIMÕES
Vice-Presidente no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

O primeiro processo (TC n.º 72-001.226.12-17) trata do Contrato nº 07/SMC-GP/2012 pactuado pela Prefeitura do Município de São Paulo, através da Secretaria Municipal de Cultura, com a Empresa Wilwill Produções

Artísticas Ltda., objetivando a apresentação musical de artistas nominados no Instrumento, no evento "Virada Cultural 2012", no dia 06/05/12, no palco da Praça da República, pelo valor de R$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais), ao passo que o segundo TC nº 72-001.227.12-80 – cuida do Contrato nº 08/SMC-GP/2012, celebrado pela mesma Pasta com aquela Empresa, para igual evento no mesmo local e dia, ao preço de R$ 118.000,00 (cento e dezoito mil reais).

Os dois Ajustes foram autorizados pelo então Chefe da Assessoria Técnica do Governo Municipal José Mauro Gnaspini, com fundamento no artigo 25, III, da Lei Federal nº 8.666/1993[2] (inexigibilidade), e artigo 1º da Lei Municipal nº 13.278/2002[3], e artigos 16 e 17 do Decreto Municipal nº 44.279/2003[4] mediante Despachos exarados em 17/04/2012 e instrumentados em 20/04/2012, consoante cópias anexadas aos procedimentos.

Na análise efetuada a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade dos Contratos louvada nas seguintes irregularidades:

- ausência de cópia autenticada do Contrato Particular de Constituição da sociedade caracterizando ofensa aos artigos 27, I, 28, III, e 32 da Lei Federal 8.666/93[5];

- falta da comprovação da compatibilidade do objeto social da contratada com o objeto dos serviços contratados.

Essa conclusão foi partilhada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral, devido à gravidade do vício apontado, não aceitando, a exemplo dos agentes da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, que atuaram nos feitos, as justificativas da Pasta responsável, pela soma de contratações na área da cultura e do reduzido número de seus servidores.

---

[2] **Art. 25** - É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

[3] **Art. 1º** - As licitações e os contratos administrativos, no âmbito do Município de São Paulo, sujeitar-se-ão à legislação federal e às normas específicas desta lei.

[4] Art. 16. As contratações de natureza artística por inexigibilidade de licitação deverão ser precedidas de parecer, em que se ateste o reconhecimento, pela crítica ou pelo público, do artista a ser contratado.
Art. 17. O parecer, de que trata o artigo 16 deste decreto, será emitido por comissão especial ou permanente, de número ímpar de servidores, dos quais pelo menos dois sejam efetivos.

[5] **Art. 27** - Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
I - habilitação jurídica;
Art. 28 - A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:
III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;
Art. 32 - Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da Administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

A Procuradoria da Fazenda Municipal se limitou a opinar pela acolhida dos Contratos, diante das razões apresentadas pela Pasta e pelo caráter formal das impropriedades assinaladas, ou, alternativamente, pela aceitação dos efeitos financeiros, descartando, ainda, a ausência de má-fé e de prejuízos ao Erário.

É o relatório sucinto de ambos os feitos.

VOTO ENGLOBADO

A leitura atenta dos elementos informativos e instrutivos dos processos revela a existência de graves infrações nas duas Contratações examinadas nos procedimentos.

De início, os órgãos técnicos detectaram graves irregularidades, infringentes aos artigos 27, inciso I (Habilitação Jurídica), 28, inciso III (personalidade jurídica) e 32 (documentação) da Lei Federal nº 8.666/1993, na contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da mesma Empresa para os dois Ajustes Wilwill Produções Artísticas Ltda.-ME, ante a ausência de comprovação regular de sua personalidade e habilitação jurídica, com o registro de seus atos constitutivos no Registro do Comércio – JUCESP – e ausência de compatibilidade de seu objeto com o alvo dos pactos celebrados.

Da leitura efetuada, verifiquei também que a Contratada tem sua sede declarada na Rua Engenheiro Jorge Oliva 333, apto. 103 – Bloco A – Vila Mascote/SP, paradoxalmente o mesmo local de residência de sua sócia e representante Edilvania do Nascimento Sousa (fls. 08/13 dos TCs nºs 72-001.226.12-17 (item I) e 72-001.227.12-80 (Item II).

Aprofundando-me, ainda, no estudo dos elementos de instrução dos processos constatei que o mesmo servidor José Mauro Gnaspini atuou como Gerente de Projetos da Secretaria Municipal de Cultura no encaminhamento da solicitação de reserva de recursos à contabilidade da Pasta (fl. 45 do TC nº 72-001.226.12-17 e 46 do TC 72-001.227.12-80), como Chefe da Assessoria Técnica do Governo Municipal (fls. 52 e 51, idem) e representante da Secretaria Municipal de Cultura nos Contratos subscritos (fls. 60/62 e 59/61, idem).

Parece-me oportuno acentuar que todas essas operações foram realizadas nos dias 03/04 (solicitação de reserva), 17/04 (despachos de autorização) e 20/04/12 (assinatura dos Ajustes), no curto espaço de 17 dias, parecendo que todas essas atividades ocorreram a “toque de caixa”, como se diz na linguagem popular, para contratação de bandas estrangeiras.

Cabe, finalmente, o registro de que em tempo algum foram justificados adequadamente os altos valores pagos para apresentação musical de apenas 60 (sessenta) minutos no dia 06/05/2012, em ambos os casos, sendo R$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais) no Contrato formalizado através do PA nº 2012.094.428-8 (TC nº 72-001.226.12-17, fls. 60/62) e R$ 118.000,00 (cento e

dezoito mil reais) no PA nº 2012.0.094.406-9 (TC 72-001.227.12-80, fls. 59/61), caracterizando, ofensa ao artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93[6] e artigo 12 do Decreto Municipal nº 44.279/2003[7], que regulamentou dispositivos da Lei Municipal nº 13.278/2002.

As justificativas apresentadas pelo mesmo agente praticante dos atos relatados, de excesso de eventos culturais e de reduzido número de servidores (fls. 109/112 do TC nº 72-002.226.12-17 e 107/110 do TC nº 72-001.227.12-80) são inaceitáveis.

Assim, diante do quadro descortinado nesta declaração de voto, não acolho os Ajustes "sub examine", determinando a remessa de cópias integrais dos procedimentos à Secretaria de Negócios Jurídicos, para apuração da responsabilidade do servidor José Mauro Gnaspini, e, eventual, responsabilidade civil da contratada, revel nos feitos;

Outro tanto, aplico ao Sr. José Mauro Gnaspini a multa de R$ 611,00 (seiscentos e onze reais), com arrimo no artigo 86, inciso II, do Regimento Interno do Egrégio Tribunal.

É o voto.

---

[6] Art. 26 - As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único d o art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

[7] Art. 12. Nas hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, deverá ser autuado processo especial, visando à formalização da contratação direta, mediante perfeita caracterização da exceção prevista em lei, fundamentadas razões para escolha do contratado e justificativa do preço.