TC nº 72-001.352.03-80

AUDITORIA. CMSP. Verificação de possíveis irregularidades no edital de Concorrência. Serviços para operação, produção e geração de programas televisivos. CONHECIDA. PARCIALMENTE PROCEDENTE. Votação unânime.

Relatório e Voto englobado TC: 72.003.218.03-79

Transitado em julgado em: 29.06.2012.

Referência Especial:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados englobadamente com o TC 3.218.03-79 e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Roberto Braguim.

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 da auditoria realizada, instaurada diante de denúncia formulada pelo Vereador Dalton Silvano, postando-se pela procedência parcial da mesma, a qual, todavia, não teve o condão de macular o certame licitatório e o contrato examinados no processo TC 3.218.03-79.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, Maurício Faria e Yara Tacconi.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva Moccia.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 21 de março de 2012.

Edson Simões
Presidente.

Roberto Braguim
Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

O TC n.º 72-003.218.03-79 trata do exame da Concorrência n. º 2/2002, promovida pela Câmara Municipal de São Paulo, objetivando a contratação de empresa prestadora de serviços para operação,

produção e geração de programas televisivos relacionados à pauta legislativa ou outros temas de interesse da população, para transmissão ao vivo ou em gravação, diretamente às operadoras de TV a cabo da Cidade, e do Contrato n. º 9/2003, dela decorrente, celebrado entre a Edilidade e NDEC – Núcleo de Desenvolvimento Estratégico de Comunicação Ltda., no valor de R$ 2.196.000,00 (dois milhões, cento e noventa e seis mil reais).

Em primeira manifestação a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Procuradoria da Fazenda Municipal posicionaram-se pelo acolhimento do Certame e do Ajuste.

Paralelamente, o Vereador Dalton Silvano denunciou que pairavam suspeitas a respeito da licitante vencedora do Certame, cujo endereço coincidia com o da Global Serge, empresa fantasma que prestou, por emergência, serviços complementares de limpeza pública, cujo contrato acabou rompido. Além disso, a empresa vencedora, valendo-se do nome fantasia VBC, foi uma das produtoras de campanhas da candidata Marta Suplicy, e seu capital social não seria suficiente para participar da concorrência.

O Excelentíssimo Senhor Presidente desta Casa determinou, tão logo tomou conhecimento da denúncia, pela imprensa, fosse apurado, mediante a realização de auditoria, o conteúdo da notícia, ensejando a abertura do TC n.º 72.001.352.03-80, item II da pauta.

Naquele processado constatou-se, em essência, que, efetivamente, havia a coincidência de endereços, fato que, contudo, não maculou, por si só, nem a Concorrência nem o Ajuste; concluiu-se, ainda, que não procedia a denúncia quanto à insuficiência de capital para a NDEC participar do Certame e que não se detectou favorecimento à empresa.

Afora as questões examinadas por força da denúncia, foi detectado que o edital da Licitação não exigiu, para fins de habilitação, a competente comprovação de regularidade fiscal das licitantes perante o Município de São Paulo, em descumprimento aos artigos 23 e 24 da Lei Municipal n. º 13.278/02 c/c com o artigo 36, inciso V, e 37 do Decreto Municipal n. º 41.772/02, então em vigor, bem como ao artigo 193 do Código Tributário Nacional.

Tal entendimento acabou carreado para os presentes autos, levando a Subsecretaria de Fiscalização e Controle e a Assessoria Jurídica de Controle Externo, em novo pronunciamento, a reverem suas posições anteriores, para opinarem pela rejeição do Certame e do Contrato dele decorrente.

A Edilidade foi chamada a apresentar os esclarecimentos pertinentes diante das conclusões alcançadas pelos Órgãos Técnicos do Tribunal.

A Câmara apresentou suas razões às fls. 145/149, debatendo exclusivamente a questão relativa à necessidade de exigir-se, em edital,

a comprovação de regularidade fiscal perante o Município de São Paulo, sem adentrar nos aspectos que emergiram da denúncia.

Ouvida mais uma vez, a Assessoria Jurídica de Controle Externo não vislumbrou, nas razões aduzidas pela Câmara, motivos para modificar seu posicionamento pela rejeição do Procedimento Licitatório e do Ajuste.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, por sua vez, insistiu no acolhimento dos atos praticados e propôs a relevação da impropriedade apontada, ante a sua natureza meramente formal.

Finalizando a instrução do feito, foi ouvida a Secretaria Geral, que se postou pela procedência parcial da denúncia, no que diz respeito à coincidência de endereços da Global Serge e da NDEC, vencedora da Licitação, e ao fato da NDEC ter atuado na campanha da então candidata Marta Suplicy. Todavia, não se constatou favorecimento à NDEC ao longo do processamento do Certame. No que tange à insuficiência de capital social da NDEC para participar da Licitação, a denúncia seria impertinente, na forma demonstrada pelos técnicos desta Casa.

Por outro lado, a Secretaria Geral comungou com o entendimento da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, para propor o não acolhimento do Certame e do Contrato que dele decorreu, uma vez que o edital não observou o disposto na legislação pertinente acerca da comprovação da regularidade fiscal dos licitantes perante o Município de São Paulo.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

A situação retratada nos autos do TC n.º 72-003.218.03-79 é curiosa: em primeira manifestação, todos os órgãos desta Corte posicionaram-se pelo acolhimento do Certame e do Ajuste, sem nenhum reparo, por regulares, inclusive, quanto ao teor do edital.

Depois da denúncia formulada pelo Vereador Dalton Silvano, foi detectada falha no edital, até então não notada pelas unidades que sobre ele se pronunciaram.

Feita essa observação preliminar, passo a debater a legalidade dos atos sob análise.

Quanto ao TC n.º 72-001.352.03-80, que cuida da Auditoria instaurada diante de denúncia formulada pelo Vereador Dalton Silvano e publicada no Diário de São Paulo, cumpre destacar as seguintes conclusões,

consubstanciadas no Relatório de Inspeção de fls. 61/67v° e manifestação de fls. 107/116:

a) a denúncia é parcialmente procedente, pois a NDEC e a Global Serge, pelo menos em algum momento, tiveram o mesmo endereço;

b) empresa VBC também teve o mesmo endereço que as outras duas empresas mencionadas;

c) a denúncia é descabida no tocante à insuficiência do capital social da NDEC, pois ficou comprovado que tal aspecto do Edital foi integralmente atendido.

Cumpre ressaltar que, ao longo das análises perpetradas, detectou-se que o Edital estaria eivado de vício insuperável, pertinente à falta de exigência de comprovação de regularidade fiscal junto ao Município de São Paulo, de acordo com a legislação já mencionada no corpo do relatório que antecede a este voto.

Obviamente que tais conclusões foram transpostas e consideradas para efeito de reanálise do Certame e respectiva contratação, fato esse que levou à revisão dos posicionamentos anteriores da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, agora pela rejeição dos atos praticados, postura essa, como já mencionado anteriormente, assumida pela Secretaria Geral.

Meu entendimento sobre a legalidade da Concorrência nº 2/2002 e do Contrato nº 9/2003 vai ao encontro das conclusões das unidades técnicas desta Corte, pois não resta dúvida que a Edilidade está sujeita não só às normas municipais sobre licitação e contratos, pelo menos até que edite ato próprio regulando a matéria em seu âmbito, enquanto Poder autônomo e independente, como também à norma geral federal, no caso, o Código Tributário Nacional, cujo artigo 193 assim dispõe:

> *"**Art. 193 –** Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre."*

Acresça-se a isso, a propósito, que, embora posteriormente à abertura do Certame em discussão, a Câmara Municipal, por força do Ato da Mesa n. º 79/2003, publicado em 15 de abril de 2003, houve por bem adotar o Decreto Municipal n. º 41.772/02, vigente à época, que assim dispunha sobre a matéria ora em pauta:

> *"**Art. 36 –** Nas modalidades de Concorrências Públicas e Tomadas de Preço, para fins de demonstração da regularidade fiscal dos licitantes, deverão ser exigidos os documentos que comprovem:*
> *.....*
>
> ***V –** regularidade com a Fazenda do Município de São Paulo, relativa aos tributos relacionados com a prestação licitada;*
>
> *.....*
>
> ***Art. 37 –** A exigência do inciso V do artigo 36 deste decreto, é aplicável também aos licitantes com sede fora do Município de São Paulo.*
>
> ***Parágrafo único –** Caso não estejam cadastrados como contribuintes neste Município, deverão apresentar declaração, firmada pelo representante legal, sob as penas da lei, do não-cadastramento e de que nada devem à Fazenda do Município de São Paulo relativos aos tributos relacionados com a prestação licitada."*

Não há dúvida, a meu ver, que o Edital em estudo contém impropriedade, que, a princípio, poderia levar à sua rejeição bem como dos demais atos sob exame. Essa questão, todavia, será examinada mais adiante.

Acerca da denúncia formulada causa estranheza a coincidência dos endereços denunciada. Entretanto, a NDEC, vencedora do Certame, está regularmente constituída e não foram carreados aos autos indícios, sequer, de que tenha sido favorecida ao longo da Licitação.

De outra parte, o fato da NDEC ter realizado campanhas da candidata Marta Suplicy, não determina que essa empresa, que opera normalmente no mercado, esteja impedida de participar de licitações porque realizou, profissionalmente, a campanha deste ou daquele candidato. Ressalto, novamente, que não foi detectado qualquer favorecimento à NDEC, pois, segundo as análises constantes dos autos, tal empresa disputou em igualdade de condições o Certame, vencendo-o pelo menor preço.

Por fim, ainda a respeito da denúncia, mostrou-se essa infundada quanto à suposta insuficiência de patrimônio líquido da NDEC para participar da disputa, como demonstram os números constantes do Relatório de Inspeção inserto às fls. 61/67v° do TC n.º 72-001.352.03-80.

Desse modo, considerando todos os elementos que instruem o processo e norteando-me pelas manifestações dos Órgãos Técnicos que

integram este Tribunal de Contas, conheço da Auditoria realizada no âmbito do TC nº 72.001.352.03-80, postando-me pela procedência parcial das denúncias, as quais, todavia, não tiveram o condão de macular o Certame e o Contrato dele decorrente.

De outra parte, como bem apontado nos pronunciamentos antes mencionados, o Edital não foi elaborado observando-se rigorosamente a legislação aplicável, ao não exigir a comprovação de regularidade fiscal dos licitantes perante o Município de São Paulo, na forma estatuída pelas normas federal e municipal que regram a matéria.

Entretanto, compulsando os autos, verifica-se que a falha apontada não restringiu a participação dos interessados, cujo número chegou a 14 (quatorze) licitantes. Além disso, não consta ter havido nenhuma impugnação ao edital no tocante a esse aspecto do instrumento convocatório.

Acresça-se, ainda, que a empresa vencedora do Certame apresentou, de fato, o melhor preço dentre as participantes.

A esse contexto, por outro lado, é salutar deixar consignado que as licitantes observaram estritamente os termo do instrumento convocatório, criando certo embaraço exigir dos certamistas documento não previsto pela própria Administração, o que vale dizer que os licitantes não podem ser punidos pela não apresentação de certidão cujo oferecimento a Edilidade entendeu não ser necessária.

Desse modo, aquilo que em tese poderia vir a macular o Edital e, portanto, o Certame e a Contratação dele decorrente, “in casu”, teve sua natureza transubstanciada em falha meramente formal, diante dos contornos que os fatos conferiram ao objeto destes autos, os quais apontaram, de maneira insofismável, que a impropriedade detectada não restringiu a competitividade da licitação; que a NDEC ofertou, de fato, a proposta de menor preço, não acarretando, por conseguinte, prejuízo ao Erário; e que, por fim, não vislumbrei conduta dolosa ou eivada de má-fé da parte dos agentes públicos envolvidos.

Isto posto, acolho, em caráter excepcional, à luz das peculiaridades dos fatos retratados nos autos, a Concorrência n.º 2/2002 e o Contrato 9/2003, recomendando à Edilidade que observe, com o máximo rigor, a legislação aplicável às contratações públicas, especialmente quanto à documentação a ser exigida para tanto.

Por fim, determino mais duas providências: que o 1º Termo de Aditamento ao Contrato n. º 9/2003, que segue em pasta apartada, seja encartado ao presente, para análise e oportuno julgamento, e que, endossando proposta do Senhor Secretário Geral, seja apurado como transcorreu a execução do contrato ora acolhido, com o propósito de esta Corte cumprir por completo a averiguação determinada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente.