TC nº 72-001.542.05-88

2º Julgado

RECURSO. PFM. Decisão que julgou irregular o contrato, o termo aditivo e aplicou multa. Implantação de infraestrutura de suporte técnico. GP Brasil - F1 – 2004. SEME. Efeitos financeiros aceitos. CONHECIDO. PROVIDO PARCIALMENTE. Votação unânime. Irregularidade e multa MANTIDAS. Votação por maioria.

2.560ª Sessão Ordinária

1º Julgado

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. TA. SEME. Serviços de implantação de infraestrutura de suporte técnico. GP Brasil F1/2004. Ausência de certidão FGTS. Art. 29, IV, cc art. 55, XIII, ambos da Lei 8.666/93. Art. 2º, Lei 9.012/95. Concorrência ACOLHIDA. DETERMINAÇÃO. Votação unânime. Contrato e TA IRREGULARES. MULTA. Votação por maioria.

Trânsito em julgado: 05.12.2013

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 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 do recurso interposto pelo Órgão Fazendário, por presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 140 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, também, à unanimidade, quanto ao mérito, em dar provimento parcial ao apelo, para o fim de aceitar os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos pelos ajustes.

ACORDAM, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, do Conselheiro Substituto

MOACIR MARQUES DA SILVA – Revisor e do Conselheiro DOMINGOS DISSEI, em manter a irregularidade dos ajustes, bem como a multa aplicada ao signatário dos instrumentos, entendendo não assistir razão à Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, eis que a sanção pecuniária tem caráter personalíssimo e o apenado, apesar de intimado da R. Decisão "a quo", deixou de apresentar recurso, denotando, com isso, sua aceitação tácita em relação à decisão que o afetou.

Vencido, em parte, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, que, nos termos de seu voto apresentado em separado, deu provimento integral ao recurso da PFM.

Participaram do julgamento o Conselheiro Substituto MOACIR MARQUES DA SILVA – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" FÁBIO COSTA COUTO FILHO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 15 de maio de 2013.

EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, em oposição ao v. Acórdão de fls. 452/453 que, por maioria, acolheu a Concorrência nº 002/SEME/2004 e julgou irregular o Contrato nº 032/SEME/2004, pela falta de apresentação de certidão de regularidade da Contratada junto ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, na data da celebração do ajuste, em desacordo com o disposto no inciso IV do artigo 29, combinado com o inciso XIII do artigo 55, ambos da Lei Federal nº 8666/93[1], violando, ainda, o artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95[2], os quais proíbem a pessoa jurídica em débito com a Seguridade Social e com o referido Fundo de participar de licitação e de contratar com a Administração Pública. A r. decisão também julgou

---

[1] ***Art. 29 - A documentação relativa à regularidade fisca e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:***
IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.
Art. 55 - São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

[2] Art. 2º As pessoas jurídicas em débito com o FGTS não poderão celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, bem como participar de concorrência pública.

irregular o Termo Aditivo nº 032/2004, por sucesão, não aceitando os efeitos financeiros produzidos por ambos. Em consequência, aplicou multa de R$ 435,00 (quatrocentos e trinta e cinco reais), nos termos do estabelecido no inciso II do artigo 52 da Lei Municipal nº 9.167/80, ao responsável, Sr. Julio Filgueira, signatário dos mencionados ajustes.

Em suas razões (fls. 454/463), o Órgão Fazendário argumenta que, apesar de restar comprovada a ausência de certidão de regularidade da contratada junto ao FGTS, na data da assinatura do Contrato, isto é, 17 de setembro de 2004, há comprovação de regularidade em período subsequente, ou seja, em 06 de outubro de 2004. Ressalta que os instrumentos sob exame merecem ser acolhidos, porquanto as incorreções apontadas deveriam ser relevadas, na medida em que não causaram prejuízo ao Erário, não se vislumbrando, também, a existência de dolo ou má-fé por parte do Agente Público responsável. Requer o provimento do Recurso, para o fim de reformar parcialmente o v. Acórdão, de modo a declarar regulares os instrumentos examinados, ou, alternativamente, solicita que os efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados sejam reconhecidos, cancelando-se a multa aplicada ao Ordenador de Despesa, pois não houve qualquer gravame à Municipalidade de São Paulo.

O Órgão Auditor ponderou que o Recurso interposto pela PFM contra o r. decisum não apresenta entendimento divergente das suas manifestações, apesar da ausência de certidão na data da assinatura do contrato.

Por sua vez, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento do Recurso interposto por preencher os pressupostos de admissibilidade e, no mérito, pelo seu provimento parcial, para aceitar os efeitos financeiros produzidos, mantendo-se, no mais, a Decisão recorrida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, a Secretaria Geral manifestou-se também pelo conhecimento do Recurso e, no mérito, pelo seu provimento parcial, para aceitar os efeitos financeiros produzidos, mantendo-se, no mais, o v. Acórdão.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 140 do Regimento Interno, conheço do Recurso interposto pelo Órgão Fazendário.

No que pertine ao mérito, entendo que se impõe a prova de regularidade fiscal para contratação com a Administração e, no caso, a Contratada incorreu em desobediência à legislação vigente, nos termos do estabelecido no artigo 29, inciso IV, combinado com o artigo 55, inciso XIII, ambos da Lei Federal nº 8.666/93 e no artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95, que proíbem a

pessoa jurídica em débito com a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço de contratar com o Poder Público, por não se encontrar em situação regular na data da contratação.

Todavia, “in casu”, inclino-me, revendo minha posição anterior, e fundamentado nos pareceres exarados pelos órgãos técnicos deste Tribunal e pela Secretaria Geral, a aceitar os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos.

Assim o faço por dois motivos.

O primeiro, porque, apesar da não apresentação da Certidão na data da assinatura do Ajuste, a regularidade fiscal da Contratada restou comprovada em 06/10/04, sanando, assim, o vício apontado. Considerando que a regularidade fora atestada também para o período imediatamente anterior – de 18/08 a 16/09/04 – o pequeno lapso de tempo decorrido até a formalização do Contrato – em 27/09/04 – permite a sua relevação.

O segundo, porque os serviços foram devidamente prestados, não havendo indícios de dolo ou má-fé do Agente Público e nem de prejuízo ao Erário.

No que tange à multa, porém, entendo não assistir razão à recorrente, eis que a sanção pecuniária tem caráter personalíssimo e o apenado, apesar de intimado da decisão deixou de apresentar recurso, denotando, com isso, sua aceitação tácita em relação à decisão que o afetou.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao Recurso, para aceitar os efeitos financeiros e patrimoniais gerados pelo Contrato nº 032/SEME/2004 e pelo Termo de Aditamento, mantendo-se irretocáveis, porém, os demais termos do v. acórdão, por seus jurídicos fundamentos.

É como voto.

VOTO EM SEPARADO apresentado pelo Conselheiro Maurício Faria

Conheço do Recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal e, no mérito, julgo-o procedente para reconhecer a regularidade do contrato e do respectivo termo de aditamento, nos termos do voto por mim proferido quando do julgamento original do feito.

Impende salientar que, a meu ver, os aspectos de irregularidade apontados pelos Órgãos Técnicos desta Corte de Contas foram superados no decorrer da instrução processual, uma vez que as justificativas apresentadas pela Origem foram consideradas suficientes e satisfatórias para o devido esclarecimento e afastamento das referidas irregularidades, o que culminou

na manifestação unânime dos Órgãos Técnicos pelo acolhimento da licitação, do contrato e do termo de aditamento.

O aspecto relacionado ao período contratual sem a devida comprovação de regularidade com o FGTS foi objeto de apontamento inicial pela Auditoria, que, no caso, considerou aceitável a situação e, ainda, sugeriu que fosse feita recomendação para que, no futuro, a Origem passasse a exigir a apresentação de certidão válida por ocasião da lavratura do ajuste.

Por essa razão, os interessados, ao apresentarem suas razões de defesa, não abordaram tal aspecto, que foi objeto de manifestação conclusiva apenas por parte da Secretaria Geral, no mesmo sentido inicialmente apontado pela Auditoria, qual seja, que fosse feita recomendação sobre a obrigatoriedade da exigência de apresentação das certidões de regularidade fiscal.

Além disso, é de se considerar que o Contrato nº 032/SEME/2004 foi celebrado em 27/09/2004, data em que não restou comprovada a situação de regularidade da contratada com o FGTS. No entanto, constam dos autos, como bem demonstrou o voto do relator original do feito, duas certidões. A primeira com data de validade até o dia 16/09/2004 e a segunda com data de validade com início em 06/10/2004, restando claro e inequívoco o período descoberto de 19 dias, a demonstrar, inclusive, a inexistência da regularidade na data da celebração do ajuste.

Desta feita, como se percebe, há comprovação de regularidade em período subsequente, demonstrando que a situação foi regularizada nove dias após a celebração, de forma que, embora a Origem não tenha cumprido com a obrigação de exigir a certidão, não parece se tratar de falha apta a ensejar a invalidação do ajuste. Por essa razão, dou integral provimento ao recurso.

1º JULGADO

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EURÍPEDES SALES – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.457ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em acolher a Concorrência 002/SEME/2004.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, EURÍPEDES SALES e ROBERTO

BRAGUIM, em julgar irregulares o Contrato 032/SEME/2004 – pela falta de certidão comprovando a regularidade da contratada junto ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na data da celebração do ajuste, em desacordo com o disposto no inciso IV do artigo 29, combinado com o inciso XIII do artigo 55, ambos da Lei Federal 8.666/93, violando, ainda, o artigo 2º da Lei Federal 9.012/95, os quais proíbem a pessoa jurídica em débito com aquele sistema fundiário de participar de licitação e de contratar com a Administração Pública – e o Termo Aditivo 032/2004, por sucedê-lo, não aceitando os efeitos financeiros produzidos por ambos.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, à vista da mencionada impropriedade, em aplicar ao signatário dos mencionados ajustes a multa no valor de R$ 435,00 (quatrocentos e trinta e cinco reais), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

Vencido, em parte, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, que, consoante voto apresentado em separado, entendendo que a comprovação de regularidade em período posterior supre a falta de documentos à época da contratação, relevou aquela impropriedade e julgou regulares os citados contrato e termo aditivo, sem aplicação de penalidade.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação – Seme que, em ajustes futuros, proceda em estrita conformidade com os ditames legais, notadamente quanto à exigência de apresentação das certidões válidas, ao tempo da contratação, que atestem a regularidade fiscal da empresa.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 1º de junho de 2011.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Vice-Presidente no exercício da Presidência.

EDSON SIMÕES
Relator.

RELATÓRIO

Trata o presente da análise da licitação na modalidade Concorrência nº **2/04**, do Contrato nº **32/04** e seu Termo de Aditamento nº **32/04**, dela decorrentes, celebrados pela Prefeitura do Município de São Paulo, por intermédio da Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação, com a Vértice

Engenharia e Arquitetura Promocional Ltda., objetivando a prestação de serviços de implantação de infra-estrutura de suporte técnico necessários à realização do Grande Prêmio Brasil de Fórmula I – 2004, para o Autódromo José Carlos Pace, totalizando o valor de R$ 4.081.671,04 (quatro milhões, oitenta e um mil, seiscentos e setenta e um reais e quatro centavos).

O instrumento convocatório, o contrato e o termo aditivo supra mencionados, foram analisados pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, gerando relatórios individuais conclusivos pela irregularidade de todos, em razão dos seguintes fundamentos:

a) quanto à licitação, pelo fato da alteração feita no edital não ter sido publicada e, por conseguinte, não ocorrer a reabertura do prazo inicialmente estabelecido, consoante determinação legal;

b) no tocante ao contrato, por suceder à concorrência irregular, **relevando o fato de não haver Certificado de Regularidade Fiscal de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, válido à época do ajuste lavrado em 27/09/2004, eis que apresentados comprovantes com validade até 16/09/04 e outro com início a partir de 06/10/04**.

c) quanto ao termo de aditamento por também suceder à concorrência considerada irregular, além da extemporânea publicação do ajuste na imprensa oficial. (**1**) folhas 317 a 323.

Sob o fundamento de que a alteração promovida pelo Comunicado 001, destinou-se a corrigir erro material, perceptível a qualquer licitante, não implicando modificação que afetasse o interesse dos participantes e de outros eventuais interessados, por isso descabida a exigência de publicação em jornal de grande circulação e de reabertura de prazo, a Assessoria Jurídica de Controle Externo**, reputou o contrato regular, sem considerar a questão da ausência de comprovação da regularidade da Contratada junto ao FGTS, à época da contratação**.

No tocante ao termo de aditamento, considerou-o irregular por ter sido lavrado em menos de 30 dias do ajuste principal, aumentando quantitativos e alterando qualitativamente o objeto, revelando falha na elaboração do projeto básico, em comprometimento à vantajosidade do certame. E, a respeito da publicação extemporânea, entendeu não ter ocorrido, face ao erro material contido na data lançada no instrumento, 21/09/04, quando o ajuste principal foi lavrado em 27/09/04, não sendo lógico o aditamento ser celebrado anteriormente à lavratura do ajuste aditado. (**2**) folhas 326 a 332.

Após a apresentação da defesa e justificativas, a Especializada, em diligência junto à Origem, obteve cópia da documentação referente à pesquisa de preço realizada por ocasião do aditamento, concluindo que os valores avençados foram inferiores ao preço médio pesquisado, resultando na observância ao princípio da economicidade. Ao ensejo retificou seu posicionamento

exarado nos relatórios de análise de folhas 317/322 e, à luz das considerações da Assessoria Jurídica e dos exames posteriores, concluiu pela regularidade da licitação, do contrato e do termo aditivo. Sugeriu, afinal, a expedição de recomendação à Origem para que exija certidões válidas quando da celebração dos ajustes. (**3**) folhas 372/373 - 381 a 383.

Em nova manifestação, a Área Jurídica considerou válido o argumento das defesas quanto à alteração contratual dar-se por exigência dos promotores do evento, sem responsabilidade da Origem pelas mudanças que motivaram a lavratura do termo de aditamento e, diante da constatação de que o valor do aditivo atendeu ao princípio da economicidade, opinou pelo acolhimento do certame e dos instrumentos sob exame, entendimento acompanhado pela Procuradoria da Fazenda Municipal. (**4**) folhas 386 a 388 – 391/394.

Encerrando a fase de instrução, a Secretaria Geral exarou entendimento pela regularidade tanto do edital quanto do contrato em questão e do termo de aditamento, com a recomendação sugerida pela Especializada no tocante à necessidade de apresentação de certidões válidas, **justamente em razão da inexistência de documento hábil a provar a situação regular da Contratada quanto aos depósitos vinculados ao FGTS, eis que as certidões apresentadas não abrangeram a data da formalização do ajuste.** (**5**) folhas 396 a 398.

É o Relatório.

VOTO

Considerando o teor das manifestações dos Órgãos Técnicos desta Corte, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, **ACOLHO** por **REGULAR** a Concorrência nº 002/04.

Quanto ao Contrato nº 32/2004, faltou a certidão comprovando a regularidade da Contratada junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, na data de sua celebração, em desacordo com o disposto no inciso IV do artigo 29, , combinado com o inciso XIII do artigo 55, ambos da Lei Federal nº 8.666/93, violando, ainda, o artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95, que proíbem a pessoa jurídica em débito com aquele sistema fundiário de participar de licitação e de contratar com a Administração Pública.

No presente caso, não há que se compadecer com o argumento de haver certidões atestando a regularidade da empresa até 16/09/2004 e a partir de 06/10/2004, ficando a descoberto por 19 (dezenove) dias quando, em 27/09/2004, data da contratação, inexiste comprovação de que estivesse em dia com os depósitos fundiários e, não havendo previsão legal para a regularidade presumida, somente mediante a apresentação de prova documental válida dá-se o cumprimento da exigência contida nos dispositivos legais supra referidos.

Assim, sendo inconteste que à época da assinatura do ajuste, a Contratada não demonstrou sua pontualidade com os encargos relativos aos depósitos no FGTS, julgo **IRREGULAR** o Contrato ora em exame.

E, em razão do Termo de Aditamento nº 32/04 suceder ao contrato não acolhido, igualmente, julgo-o **IRREGULAR**, deixando de aceitar os efeitos financeiros produzidos por ambos.

Considerando o ato impróprio cometido referente à ausência de prova de inexistência de débito perante o FGTS, violando os dispositivos legais retro citados, **APLICO** ao signatário dos mencionados ajustes a multa de R$ 435,00 (quatrocentos e trinta e cinco reais), nos termos do inciso II, do artigo 52, da Lei número 9.167/80.

Determino seja oficiada à Origem para que em ajustes futuros proceda em estrita conformidade com os ditames legais, notadamente quanto à exigência de apresentação das certidões válidas ao tempo da contratação, que atestem a regularidade fiscal da empresa.

VOTO em separado proferido pelo **Conselheiro Maurício Faria**

Os aspectos de irregularidade apontados pelos Órgãos Técnicos desta Corte de Contas, a meu ver, foram superados no decorrer da instrução processual, uma vez que as justificativas apresentadas pela Origem foram acatadas, posto que consideradas suficientes e satisfatórias para o devido esclarecimento e afastamento das referidas irregularidades, o que culminou na manifestação unânime dos Órgãos Técnicos pelo acolhimento da licitação, do contrato e do termo de aditamento.

O aspecto relacionado ao período contratual sem a devida comprovação de regularidade com o FGTS foi objeto de apontamento inicial pela Auditoria, que, no caso, considerou aceitável a situação e, ainda, sugeriu que fosse feita recomendação para que, no futuro, a Origem passasse a exigir a apresentação de certidão válida por ocasião da lavratura do ajuste.

Por essa razão, os interessados, ao apresentarem suas razões de defesa, não abordaram tal aspecto, que foi objeto de manifestação conclusiva apenas por parte da Secretaria Geral, no mesmo sentido inicialmente apontado pela Auditoria, qual seja, que fosse feita recomendação sobre a obrigatoriedade da exigência de apresentação das certidões de regularidade fiscal.

Todavia, o Nobre Conselheiro Relator votou pela irregularidade do ajuste e do termo de aditamento, em razão da inexistência de documento hábil a demonstrar a situação regular da contratada quanto aos depósitos vinculados ao FGTS, já que as certidões apresentadas não abrangeram a data da formalização do ajuste.

Desta forma, cumpre, nesta oportunidade, abordar este específico aspecto da contratação.

O Contrato nº 032/SEME/2004 foi celebrado em 27/09/2004, data em que não restou comprovada a situação de regularidade da contratada com o FGTS. Constam dos autos, como bem demonstrou o voto do Ilustre Relator, duas certidões. A primeira com data de validade até o dia 16/09/2004 e a segunda com data de validade com início em 06/10/2004, restando claro e inequívoco o período descoberto de 19 dias, a demonstrar, inclusive, a inexistência da regularidade na data da celebração do ajuste.

Todavia, como se percebe, há comprovação de regularidade em período subsequente, demonstrando que a situação foi regularizada nove dias após sua celebração, de forma que, embora a Origem não tenha cumprido com a obrigação de exigir a certidão, não parece se tratar de falha apta a ensejar a invalidação do ajuste.

A regularidade das obrigações tributárias não é questão secundária ou irrelevante, mas, na específica situação, considero que o vício pode ser relevado exatamente em face da demonstração de que a situação foi sanada. Neste mesmo sentido, já se manifestou a Secretaria Geral, nos autos do TC nº 72.000.024.05-38, entendendo que a comprovação de regularidade em período posterior supre a falta dos documentos à época da contratação, permitindo a relevação da falha.

Diante do exposto, acompanho as manifestações da Auditoria e da Secretaria Geral, no sentido de relevação da falha pontuada, e voto pela regularidade da licitação, do contrato e do termo de aditamento dele decorrente. Não obstante, determino o encaminhamento de ofício à Origem, dando ciência do conteúdo da presente decisão, com determinação para que exija a apresentação das certidões de regularidade fiscal, por ocasião da celebração dos ajustes. **(2.560ª Sessão Ordinária – 01.06.2011)**.