EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-001.664.08-08

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SPTURIS. Serviços de criação, planejamento, produção e veiculação de projetos e realização de ações para campanha de divulgação. ACOLHIDO. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TC 72-001.019.08-86 e 72-001.664.08-08

2.969ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente os TCs 72-001.019.08-86 e 72-001.664.08-08 e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

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 execução contratual examinada, no valor de R$ 10.969.714,24 (dez milhões, novecentos e sessenta e nove mil, setecentos e quatorze reais e vinte e quatro centavos), até porque se trata de serviços prestados e pagos, relevando excepcionalmente as impropriedades constatadas, ante a ausência nos autos de notícias de prejuízo ao erário e/ou de indícios de dolo, má-fé ou fraude por parte dos agentes envolvidos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDSON SIMÕES e ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 7 de março de 2018.

JOÃO ANTONIO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

O TC n° **72-001.019.08-86** versa acerca do exame da Concorrência n° 006/2005, levada a efeito pela SPTuris, tendo por objeto a contratação de empresa para prestação de serviços técnicos especializados de publicidade, abrangendo criação, planejamento, produção e veiculação de projetos e realização de ações para campanha de divulgação, envolvendo assessoria na formulação de estratégia de comunicação social, propaganda institucional e publicidade de atos, obras, serviços e campanhas da SPTuris. Nesses autos examinam-se, ainda, o Termo de Contrato decorrente, de n° GJU 117/2005, e os Termos de Aditamentos n°s. GJU 005/06, de acréscimo de valor, 070/06 e 098/07, ambos de prorrogação de prazo, todos firmados com a empresa 3 P Comunicação Ltda. – MPM. De outra parte, o TC n° **72-001.664.08-08** cuida do acompanhamento do referido Contrato, com o fito de verificar se o ajuste estava sendo executado de acordo com as normas legais pertinentes e em conformidade com as cláusulas nele estabelecidas.

No âmbito do TC n° **72-001.019.08-86**, a Auditoria considerou irregulares os atos examinados pelas seguintes razões:

1- Concorrência n° 006/05 - em virtude da não previsão, para habilitação dos interessados, da comprovação do disposto no artigo 7°, inciso XXXIII, da Constituição Federal;

2- Contrato n° GJU 117/05 - por decorrer de licitação considerada irregular e por não conter Certidão da Dívida Ativa da União, com validade na data da contratação;

3- Termos de Aditamento n°s GJU 005/06 e 070/06 - devido à irregularidade da contratação, à efetivação da garantia prevista nos Termos de Aditamento após a data da assinatura dos mesmos e à ausência das Certidões dos Tributos Federais e da Dívida Ativa da União;

4- Termo de Aditamento n° GJU 098/07 - dada a irregularidade da contratação e ante a ausência das Certidões dos Tributos Federais e da Dívida Ativa da União.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 449/457, entendeu relevável a omissão do Edital da Concorrência em relação à questão afeta à habilitação, sem prejuízo de recomendação. Ressaltou não haver nos autos justificativas para a obtenção do valor estimado da contratação, entendendo que as

manifestações da Origem no tocante à estimativa dos custos envolvidos não demonstram como foram obtidos os valores ali referidos, carecendo de uma melhor fundamentação. Considerou que, apesar de haver sido comprovada a regularidade fiscal da licitante vencedora durante o certame licitatório, não houve comprovação por ocasião da formalização do Contrato e de seus Aditamentos. Quanto ao atraso na prestação da garantia contratual, anotou tratar-se de fato que não pode ser desconsiderado, observando que, no caso do Contrato e do último aditivo, o hiato existente entre a assinatura e a prestação da garantia se mostrou minimamente razoável.

Regularmente intimados, apresentaram defesas praticamente idênticas a Origem, fls. 505 a 523, e o ordenador da despesa à época dos fatos, fls. 524 a 532, bem como a empresa contratada, MPM Propaganda Ltda. (nova razão social da 3P Comunicações Ltda.-MPM), acompanhada dos documentos relativos à prestação dos serviços objeto do contrato (fls. 533/1.285).

A AUD, fls. 1.290/1.292, e a AJCE, fls. 1.295/1.300, mantiveram seus posicionamentos precedentes, no sentido da irregularidade dos atos examinados.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, fls. 1.302/1.308, requereu o acolhimento da Concorrência e dos ajustes dela decorrentes, com relevação ou convalidação das impropriedades formais, visto que destituídas de repercussões materiais no Erário; sucessivamente, pleiteou o acolhimento dos efeitos financeiros produzidos, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e em razão da impossibilidade de retorno ao *statu quo ante*.

A Secretaria Geral, fls. 1.327/1.331, acompanhando o entendimento da AJCE, opinou pela irregularidade dos atos examinados, sem embargo de recomendações e/ou determinações cabíveis.

Passo, a seguir, a relatar o TC n° **72-001.664.08-08**.

A Auditoria, no Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual de fls. 432/438, concluiu que, do montante analisado, R$ 10.969.714,24 (dez milhões, novecentos e sessenta e nove mil, setecentos e quatorze reais e vinte e quatro centavos), 98% (noventa e oito por cento), encontra-se irregular, pelos motivos arrolados nos itens **4.1.** a **4.7** do Relatório. Como item **4.8**, sugeriu o encaminhamento dos presentes autos à AJCE, para apreciação e análise dos temas abordados no item 3.4.6. do Relatório.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, fls. 457/462, quanto ao suscitado pela AUD, posicionou-se no sentido de serem duas as questões relevantes merecedoras de análise específica: a) a configuração do trespasse contratual e b) a legitimidade da emissão de documentos fiscais por terceiros em nome

da empresa estatal, com eventuais pagamentos diretos desta àqueles. Relativamente à primeira, entendeu competir ao órgão técnico deste Tribunal, mediante análise do conteúdo dos serviços prestados, proceder à avaliação dos limites em que se operou a intervenção de terceiros na execução do ajuste, que deverá ser restrita a tarefas que não guardem íntima relação com a atividade de criação e planejamento, a cargo da Agência contratada. Quanto à segunda questão, entendeu irregular a emissão de documentos fiscais por terceiros em nome da SPTuris e de supostos pagamentos efetuados por esta àqueles, tendo em vista a inexistência de relação capaz de conferir fundamento jurídico a tais atos.

Regularmente intimados, apresentaram defesa nos autos a contratada, fls. 507/1.287, e a SPTuris, fls. 1.290/1.342.

Uma vez analisadas as justificativas e os esclarecimentos prestados pelos defendentes, assim se manifestou a Auditoria:

Item 4.1 - Utilização do Contrato para executar serviços estranhos ao objeto contratado: O Anexo I "Briefing", fls. 16 a 18, contém os itens intitulados de "Objeto", "A Empresa", "Situação Atual", "Problema a Ser Resolvido Pela Comunicação" e "Tarefa das Empresas Licitantes". O primeiro trata do objeto contratual, constante da Cláusula Primeira do Contrato. O segundo, terceiro e quarto itens procuram demonstrar a situação operacional da SPTuris, de modo a propiciar uma visão abrangente dos desafios que a contratada enfrentaria na prestação dos serviços. O último item trata diretamente da execução do Contrato, onde está descrito o que era esperado das empresas licitantes, ou seja, a divulgação da SPTuris como uma empresa de serviços, focando nas alternativas de espaços disponíveis para locação em todo o complexo e dos serviços de organização promocional oferecidos pela mesma.

Da análise dos objetivos das campanhas relacionadas, confrontando-os com o objeto contratual, a AUD observa que, à exceção da campanha intitulada "Parque Anhembi", nenhuma outra guarda relação com as cláusulas e com o Anexo I do referido Contrato, por não se tratar de divulgação da SPTuris, mas sim da cidade de São Paulo. Ainda que as demais campanhas possam estar de acordo com os objetivos sociais da empresa constantes em Estatuto, pondera a AUD que elas não condizem com o objeto contratual, de forma que os esclarecimentos prestados pela Origem não alteram suas conclusões consubstanciadas às fls. 437 e 437 vº deste TC.

Item 4.2 - Em diversos casos, não foram apresentados os comprovantes de veiculação, e em outros foram juntados comprovantes, onde não se identifica o serviço prestado, descumprindo previsão editalícia: Apesar de a Origem afirmar que os comprovantes não estão materializados em documento único, mas sim em pedidos de inserção, ajustes por e-mail e comprovação de veiculação, pode-se verificar na documentação apresentada pela Origem à época da auditoria, relativa aos pagamentos de serviços prestados, que, em diversos casos, não foram apresentados os comprovantes de veiculação (conf. exemplo de fls. 291/295), e em

outros foram juntados comprovantes, onde não se pode identificar o serviço prestado (conf. exemplo de fls. 157, 286, 337). Tendo em vista a **apresentação dos comprovantes pela MPM (fls. 647 a 1287), a AUD entendeu sanada a questão.**

Item 4.3 - Ausência dos comprovantes de recolhimento do FGTS e do INSS em alguns processos: A Origem informa que só atualmente vem imprimindo as consultas eletrônicas relativas ao FGTS e INSS, para evitar qualquer dúvida futura. Desta forma, a falta de anexação ao processo das referidas consultas à época da auditoria suscita dúvidas quanto à sua efetivação para que os pagamentos fossem efetuados, principalmente quando constatado que na documentação apresentada pela SPTuris (fl. 435 vº) havia a ausência de algumas competências desses tributos. **Considerando a apresentação de cópias das guias de recolhimento, relativas ao INSS e ao FGTS, pela MPM Propaganda Ltda. (fls. 551 a 639), referentes ao período da execução do contrato, a AUD entendeu sanada a questão**.

Item 4.4 - Ausência de exigência para o processamento dos pagamentos da apresentação das Certidões de Tributos Municipais, Estaduais, Federais e do CADIN municipal: A impropriedade apontada pela Auditoria se refere à ausência de exigência, para o processamento dos pagamentos, da apresentação das Certidões de Tributos Municipais, Estaduais, Federais e do CADIN municipal, e não à renovação do contrato. Desta forma, manteve suas conclusões de fl. 437 vº.

Item 4.5 - Os comprovantes de quitação, junto aos terceiros prestadores de serviço, somente foram solicitados pela contratante à contratada após requisição efetuada pela Auditoria: Quando a Origem alega que o procedimento da comprovação das quitações de serviços prestados foi aperfeiçoado, deduz-se que ele possuía falhas à época dos fatos. Constatou-se que os comprovantes de quitação foram solicitados pela contratante à contratada somente após requisição efetuada pela Auditoria (fl. 06), conforme pode ser observado nos documentos às fls. 142, 158, 287, 329, 338 e 427. O fato demonstrou o descumprimento ao item 31.02 do Edital, tendo em vista que a SPTuris efetuou pagamentos subsequentes, de serviços prestados pela 3P Comunicações Ltda, sem a devida comprovação da quitação dos valores devidos a terceiros. O pronto atendimento da empresa contratada à solicitação da comprovação dos serviços por parte da Diretoria competente da SPTuris não altera a situação em questão.

Item 4.6 - Em um dos processos analisados, a emissão do ateste pelo gestor se deu em data anterior ao da emissão do documento fiscal pela contratada: Como este foi o único caso de ateste do gestor anterior à emissão de nota fiscal encontrado na amostra selecionada, e considerando que pode ter ocorrido equívoco de digitação (consta a data de 16/05/2008 ao invés de 26/05/2008**), a AUD entendeu ter sido esclarecida a situação**.

Item 4.7 - Descumprimento do prazo contratual, para prestação da garantia prevista: A própria Origem admite que as garantias dos termos de aditamento (fls. 116/124 e 436 vº) foram prestadas em data posterior à previsão contratual. Apesar de constituir falha formal, esta foi uma de várias impropriedades apontadas pela Auditoria às fls. 437 e 437 vº: o Contrato foi celebrado em 17/11/2005 e a garantia foi prestada em 21/11/2005; o TA 005/2006 foi firmado em 05/04/2006 e a garantia foi prestada em 23/05/2006; o TA 070/2006 foi firmado em 16/11/2006 e a garantia foi prestada em 15/02/2007; o TA 098/2007 foi firmado em 14/11/2007 e a garantia foi prestada em 23/11/2007. A AUD reiterou a irregularidade.

Item 4.8 - Trespasse contratual e documentos fiscais emitidos por terceiros ao contrato diretamente em nome da contratante: levando em conta a manifestação da AJCE, e após análise à discriminação dos serviços prestados por terceiros, constante das respectivas notas fiscais (exemplo fls. 132, 133, 144, 166, 167, 168, 205, 206, 207, 208, dentre outras), a AUD verificou que os serviços prestados se referem à execução das campanhas, não sendo, portanto, atividades de criação e planejamento. Desta forma, considerou que a questão foi justificada. No que se refere à emissão de documentos fiscais por terceiros em nome da SPTuris, a AUD considerou que a AJCE evocou precedente do Tribunal de Contas da União, que determinou a extinção dos "vínculos e relações jurídicas até então mantidas" com a empresa subcontratada (Acórdão nº 282/2007), entendendo não ser possível, nestes casos, o pagamento direto da empresa contratante ao terceiro envolvido. Conforme cópias de autorizações de pagamento (exemplo fls. 145,148, 159, 185), anotou a AUD que a empresa pagadora é a MPM Publicidade Ltda., e uma vez que a Origem alegou que a legislação fiscal assim o permite, e a MPM, em sua defesa, elencou a legislação pertinente à atividade publicitária, a AUD sugeriu o retorno dos autos à AJCE, para analisar a regularidade da emissão de documentos fiscais por terceiros em nome da SPTuris e o pagamento desses serviços pela contratada diretamente aos terceiros envolvidos, em face da existência de dúvidas quanto à aplicação da legislação fiscal pertinente às sociedades de economia mista, como o é a SPTuris.

A AJCE, fls. 1.352/1.357, com base nos valores contratuais e nas finalidades da estatal, ponderou que o mais razoável seja creditar ao ajuste também as campanhas de divulgação de produtos e serviços oferecidos, e não apenas aquelas aludidas como de cunho institucional, consoante genericamente disposto na Cláusula Primeira do instrumento contratual. Assim, em que pese a flagrante divergência havida entre a descrição do objeto contratual e o *briefing* em comento, a AJCE dissentiu da conclusão da AUD para acolher os serviços prestados pela contratada dentre os que foram pactuados no Contrato. Com relação aos comprovantes de recolhimento do FGTS e do INSS, entendeu que as pesquisas que supostamente foram realizadas em tempo oportuno deveriam estar devidamente documentadas no processo que cuidou da execução contratual. Relativamente à comprovação da regularidade fiscal por ocasião dos pagamentos efetuados à contratada, salientou o dever de observância ao disposto no art. 55, inciso XIII, da Lei Federal n° 8.666/93, que obriga o particular a manter durante a execução do contrato

todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. No tocante ao atraso na prestação da garantia contratual, ponderou ter a AUD demonstrado tratar-se de falha que se fez reiterada e, particularmente no caso dos dois primeiros aditivos, por um intervalo de tempo relevante e injustificado. Quanto ao tema da terceirização dos serviços, a AJCE não vislumbrou qualquer irregularidade no trespasse a terceiros. No que concerne à emissão de documentos fiscais pelos terceiros contratados contra a Administração, reconheceu, a partir dos esclarecimentos da Origem e da contratada, que o procedimento adotado encontra guarida na legislação vigente, desde que se adote como premissa a inexistência de pagamentos diretos pela estatal aos terceiros prestadores de serviços. Por fim, acompanhou as conclusões da AUD no que se refere às falhas elencadas nos itens 4, 5 e 7 de fls. 1.346/1.346v°

A Procuradoria da Fazenda Municipal, fls. 1.361/1.365, considerando que de todo o processado não restou comprovada qualquer forma de prejuízo ao Erário e tampouco dolo, culpa ou má-fé por parte dos agentes públicos responsáveis, opinou pelo acolhimento da execução examinada, com relevação das falhas apontadas.

A Secretaria Geral, fls. 1.388/1.394, considerou sanadas as falhas referentes à falta de comprovação de veiculação, comprovação da regularidade fiscal perante o FGTS e o INSS, e relevável a questão afeta ao atraso na prestação da garantia contratual. Quanto à terceirização de atividades pela contratada, observou que a AUD asseverou que os serviços prestados por terceiros se referiam à execução das campanhas, não constituindo, portanto, atividades de criação e planejamento, não vislumbrando, assim, irregularidade no procedimento. Com relação à emissão de documentos fiscais por terceiros em nome da SPTuris, acompanhou o entendimento da AJCE. Opinou, contudo, pela irregularidade da execução contratual em análise, sem embargo de determinações.

É o Relatório.

VOTO ENGLOBADO

No âmbito do TC **72-001.019.08-86**, cumpre primeiramente identificar que, de fato, houve omissão do Edital da Concorrência quanto à necessidade da empresa declarar, sob as penas da lei, que cumpre a determinação constitucional que proíbe a realização de **"trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo da condição de aprendiz, a partir de quatorze anos"**.

Todavia, tenho para mim que a aludida impropriedade não tem o condão de, por si só, macular a licitação, já que se está frente a uma prescrição constitucional de aplicação impositiva a todos os agentes empregadores, cuja infringência impõe-lhes arcar com todas as penas previstas pela legislação, a exemplo

da própria rescisão do contrato firmado com a Administração Pública, na conformidade do disposto na Lei Federal n° 8.666/93, inciso XVIII do art. 78[1], com a redação conferida pela Lei n° 9.854, de 27 de outubro de 1999. E, nesse aspecto, não há notícias nestes autos, e tampouco nos autos do TC em que se examina a execução contratual, de que a empresa contratada tenha incorrido, durante a prestação dos serviços ajustados, na aventada ilegalidade.

Aliás, sobre o entendimento de não ser a referida omissão falha capaz de inquinar de irregularidade a licitação, alia-se o Professor Marçal Justen Filho, ao comentar, em sua obra, o referido dispositivo legal. Para o renomado autor:

> ***"Não existe, nesse ponto, qualquer questionamento à regra constitucional, que merece incentivo e exige aplicação. O problema reside no relacionamento entre habilitação e proteção aos menores. A habilitação não se destina a esse fim, mas a verificar se os licitantes se encontram em condições de executar o objeto licitado. A alteração legislativa impõe desvio de competência, eis que a função da habilitação será desnaturada. Veja-se que a empresa que violar o art. 7°, inc. XXXIII, deverá ser punida – mas no âmbito apropriado. Isso nada tem a ver com a habilitação. Até se pode reputar, bem por isso, que a inovação é inválida, porque a própria Constituição apenas faculta exigências mínimas para condicionar a habilitação.***
>
> ***(...) Reputa-se que seria possível o ato convocatório silenciar acerca de comprovação por parte dos licitantes quanto ao cumprimento do requisito do inc. V do art. 27 (...)"*** (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª. ed., São Paulo, Dialética, 2010, p. 406/407).

Quanto à apontada ausência de parâmetro razoável para a estimativa da despesa, em face do licitado, convém destacar, num primeiro momento, o fato de que a licitação destinou-se à escolha da melhor proposta técnica para idealização das campanhas publicitárias da empresa São Paulo Turismo S.A., sociedade de economia mista e então sucessora da Anhembi Turismo e encarregada, com exclusividade, da realização dos eventos especificados no art. 1° Decreto Municipal nº 46.356, de 20/09/2005, bem como de outros eventos de relevante interesse da cidade de São Paulo, consoante parágrafo único desse mesmo dispositivo.

---

[1] "Art. 78 – Constituem motivo para rescisão do contrato:
(...)
XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis".

No meu entender, as justificativas apresentadas pela Origem, afiguram-se razoáveis, no sentido de que o orçamento estimativo da contratação constituiu-se em prática consolidada no mercado.

Há que se levar em conta que a contratação licitada tinha por objeto a prestação de serviços de publicidade por um período de doze meses (exercícios de 2005/2006), e, por objetivo, a divulgação do turismo da Cidade de São Paulo nos diversos canais de informação, com vistas a incrementar o afluxo do turismo cultural e de negócios da cidade. Por seu turno, o *briefing* anexo ao Edital deixou expressa a expectativa com a licitação: **"elaboração de um plano de comunicação que apresente uma campanha publicitária completa para divulgar a SPTURIS como uma empresa de serviços, focando nas alternativas de espaços disponíveis para locação em todo o complexo e dos serviços de organização promocional oferecidos pela empresa"** (fls. 62/63).

Consoante já tive oportunidade de me manifestar em outros feitos[2], as contratações, pela Administração Pública de serviços de publicidade compreendem matéria regulada também por normas de direito privado, o que exige do julgador maior detença no exame da matéria, inclusive porque a Lei Federal nº 4.680/65 determina que a arte e a técnica publicitária cabem à Agência de Propaganda, cabendo-lhe, ainda por determinação legal, a concepção, a execução e a distribuição de propaganda aos veículos de divulgação[3].

Para firmar tais ajustes, a Administração, apesar de deter de antemão conhecimento acerca da natureza do objeto a ser contratado, não o tem em relação às particularidades dos serviços que envolvem as ações publicitárias, uma vez que esse conhecimento depende das dinâmicas como definição do tema, enfoque, extensão da ação e mesmo o momento adequado para transmitir informações de interesse da sociedade. Por outras palavras, somente no decorrer da execução do contrato é que realmente a Administração passará a dispor das estratégias de comunicações, decorrentes das necessidades conjunturais, dos estudos, do planejamento, da criação e concepção desenvolvidos pela agência especializada, como resposta a específicos programas e projetos que tenha necessidade de divulgar, quando então também tomará conhecimento dos correspondentes insumos necessários para implementação das respectivas ações, já que estes necessariamente lhes serão previamente submetidos à aprovação. Nesse sentido, menciona-se a Cláusula X do Edital da Concorrência examinada nestes autos, cujo subitem 31.01 estabeleceu que:

---

[2] Entre outros, vide TC's 3.207.06-03, 4.364.06-19, 3.519.07-07, 3.525.07-00, 3.520.07-88 e 3.524.07-39, votados englobadamente. Julgamento por unanimidade. 2.869ª. SO, de 04/05/2016.

[3] "Art. 3º. A Agência de Propaganda é pessoa jurídica, ... VETADO ..., e especializada na arte e técnica publicitária, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos de divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço dêsse mesmo público".

"Todo serviço a ser prestado pela contratada deverá ser precedido da apresentação do competente Projeto de Apropriação de Custos, o qual, aprovado pela Diretoria de Marketing e Vendas da SPTURIS, gerará a expedição de Ordem de Execução de Serviços, onde constarão as especificações dos serviços (projeto executivo), preços (planilhas de custos), e os prazos de execução. O valor dos serviços será orçado pela contratada em cada caso, em função dos custos respectivos, obedecendo-se, rigorosamente, sob pena de responsabilidade, sua compatibilidade com os preços de mercado, e deverão ser submetidos à apreciação do órgão gerenciador do contrato da SPTURIS, que decidirá quanto à sua aprovação".

Por conseguinte, frente a contratações dessa natureza, conclui-se ser tormentosa, senão impossível, a tarefa da Administração Pública em precisar de antemão, com exatidão absoluta, o objeto a ser licitado e contratado, tal como prevê, em princípio, a Lei nº 8.666/93, e consoante mesmo já decidiu o Tribunal de Contas da União por meio do Acórdão de n° 3.233/2010 – Plenário.

Por outro lado, merece destaque o fato de que, somente com o advento da Lei Federal n° 12.232, de 29 de abril de 2010, é que foram dispostas as normas gerais para licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, quando então ficaram definidos quais serviços poderiam ser entendidos e contratados, para os efeitos da Lei, como serviços de publicidade.

Relativamente à ausência de Certidão da Dívida Ativa da União por ocasião da celebração do Contrato GJU n° 117/05 e dos TA's 005/06, 070/06 e 098/07, e, em relação a esses aditamentos, também da Certidão Negativa de Débitos de Tributos e Contribuições Federais, bem como quanto ao atraso na prestação da garantia contratual, entendo serem impropriedades que podem ser excepcionalmente relevadas, no presente caso, considerando as justificativas apresentadas pelas defesas e o fato de que dos autos constam documentos comprobatórios do quanto por elas alegado: comprovação da regularidade fiscal da contratada no que concerne aos tributos estaduais, municipais e previdenciários e à prestação da garantia. Quanto a esta última, faço menção a precedentes desta Corte de Contas, a exemplo da Decisão da Segunda Câmara, prolatada no TC 72-001.810.06-06, que, com relevação da extemporaneidade na prestação de garantia, já que a situação fora regularizada, sem qualquer prejuízo para o órgão contratante, julgou regulares os atos examinados, bem como do Acórdão proferido nos autos do TC n° 72-002.907.08-05, que julgou regular contrato emergencial também com atraso na prestação da garantia, tendo o Conselheiro Relator Roberto Braguim, em seu voto, assim se referido:

"De ser considerado, ainda, que o Tribunal de Contas da União vem adotando entendimento admitindo certa flexibilidade quanto ao momento preciso da apresentação das garantias, em consideração sobretudo às práticas bancárias, que não as efetivam senão à frente de contrato assinado.

Confira-se nesse sentido Acórdão nº 361/2007 – Plenário. Diante desse cenário, parece-me que o espírito da lei não restou desatendido, o que me orienta no sentido do acolhimento do Contrato, em compasso, aliás, com votos por mim proferidos nos TCs 72-006.466.04-06 e 72-000.292.02-34".

Quanto à execução do ajuste, tratada no âmbito do TC n° **72-001.664.08-08**, o exame dos apontamentos feitos nos Relatórios da Auditoria leva-me a concluir o quanto se segue, quer sob a ótica das peculiaridades dos serviços de publicidade, conforme acima discorrido, quer levando em conta as justificativas de defesa e os demais elementos de instrução dos autos:

Item 4.1. Utilização do Contrato para executar serviços estranhos ao objeto contratado: comungo do entendimento expressado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, no parecer de fls. 1.352/1.357, no sentido de que, com base nos valores contratuais e nas finalidades da estatal contratante, o mais razoável seja creditar ao ajuste também as campanhas de divulgação de produtos e serviços oferecidos, e não apenas aquelas aludidas como de cunho institucional, consoante genericamente disposto na Cláusula Primeira do instrumento contratual. Assim, em que pese a divergência havida entre a descrição do objeto contratual e o *briefing,* os serviços prestados pela contratada dentre os que foram pactuados no Contrato merecem ser acolhidos.

Item 4.2 - Em diversos casos, não foram apresentados os comprovantes de veiculação, e em outros foram juntados comprovantes, onde não se identifica o serviço prestado, descumprindo previsão editalícia: tratar-se de questão sanada, como mesmo concluiu a Auditoria, à vista apresentação dos comprovantes pela contratada (fls. 647 a 1.287).

Item 4.3 - Ausência dos comprovantes de recolhimento do FGTS e do INSS em alguns processos: a questão foi sanada, com a apresentação de cópias das guias de recolhimento, relativas ao INSS e ao FGTS, pela MPM Propaganda Ltda. (fls. 551 a 639), referentes ao período da execução do contrato.

Item 4.4 - Ausência de exigência para o processamento dos pagamentos da apresentação das Certidões de Tributos Municipais, Estaduais, Federais e do CADIN municipal: a não comprovação, por ocasião dos pagamentos, da regularidade da contratada em relação aos demais tributos denota falha nos procedimentos de fiscalização do ajuste[4], considerando que eventual perda das condições de habilitação da contratada poderia levar à rescisão contratual, nos

[4] A Lei Federal n° 8.666/93, ao dispor as normas sobre a Execução dos Contatos, estabelece, no art. 71, "caput", ser o contratado "responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato".

termos do art. 78, inciso I[5], combinado com o art. 55, inciso XIII[6], da Lei Federal n° 8.666/93. Todavia, neste caso específico, entendo não ser a aludida falha motivo suficiente para inquinar de irregular a execução contratual examinada, considerando, por um lado, que a Cláusula Sexta, parágrafo primeiro, do Contrato, exigiu que a fatura para pagamento fosse acompanhada apenas dos comprovantes de recolhimento mensal do FGTS e do INSS relativos à mão-de-obra empregada no contrato, além da Relação dos Empregados, e, por outro lado, a ausência, nos autos, de indícios ou mesmo notícia de que a contratada, no curso da execução contratual, tenha descumprido suas obrigações relativamente à legislação de natureza fiscal.

Item 4.5 - Os comprovantes de quitação, junto aos terceiros prestadores de serviço, somente foram solicitados pela contratante à contratada após requisição efetuada pela Auditoria: trata-se de impropriedade passível de revelação, ainda que em caráter excepcional, considerando as justificativas de defesa, no sentido de aperfeiçoamento dos procedimentos da comprovação das quitações de serviços prestados, não tendo a Auditoria contrariado a informação de que os pagamentos foram efetuados corretamente.

Item 4.6 - Em um dos processos analisados, a emissão do ateste pelo gestor se deu em data anterior ao da emissão do documento fiscal pela contratada: a Auditoria acabou por concluir que este foi o único caso de ateste do gestor anterior à emissão de nota fiscal encontrado na amostra selecionada, e que pode ter ocorrido equívoco de digitação**. Trata-se, pois, de questão esclarecida.**

Item 4.7 - Descumprimento do prazo contratual, para prestação da garantia prevista: este apontamento, que também constou do exame formal do Contrato no âmbito do TC 1.019.08-86, foi objeto de relevação por parte deste Relator, pelas razões ali expostas.

Item 4.8 - Trespasse contratual e documentos fiscais emitidos por terceiros ao contrato diretamente em nome da contratante: comungo dos entendimentos da Assessoria Jurídica de Controle Externo, quanto à possibilidade do trespasse de serviços a terceiros, bem como de ser a produção incumbência de empresas contratadas pela Agência de Publicidade, por conta e ordem da própria dinâmica contratual, não competindo à própria agência contratada a produção das campanhas publicitárias, mas tão só criá-las. Quanto à emissão de documentos fiscais pelos terceiros contratados contra a Administração, verificou-se ser procedimento que encontra guarida na legislação fiscal vigente, desde que não existam pagamentos diretos pela SPTuris aos terceiros prestadores de serviços. Por seu turno, houve

---

[5] "Art. 78 – Constituem motivo para rescisão do contrato: I – o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos".

[6] "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".

demonstração de que as notas fiscais foram emitidas por terceiros em nome da SPTuris, mas os pagamentos dos valores ali consignados foram feitos à contratada, com quem a SPTuris avençou o Contrato GJU nº 117/05.

Diante de todo o exposto, e à vista dos elementos constantes dos autos, relevo excepcionalmente as impropriedades constatadas no bojo dos TC's n°s. 1.019.08-86 e 1.664.08-08, ante a ausência nos autos da de notícias de prejuízo ao Erário e/ou de indícios de dolo, má-fé ou fraude por parte dos agentes envolvidos, e **acolho a Concorrência n° 006/2005, o Contrato n° GJU 117/2005, dela decorrente, e os Termos de Aditamento n°s. GJU 005/06, 070/06 e 098/07, bem como acolho a execução contratual examinada, no valor de R$ 10.969.714,24 (dez milhões, novecentos e sessenta e nove mil, setecentos e quatorze reais e vinte e quatro centavos), até porque se trata de serviços prestados e pagos.**