TC 2.238/2012

ANÁLISE. CONTRATO. CET. Serviços artísticos voltados à educação no trânsito. Acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva arguida, intimados na qualidade de Assessores jurídicos, afastada responsabilidade. 1. Comprovada a possibilidade de contratação direta, acatados os certificados de participação em ações pertinentes e o conhecimento especializado conferido à sua Presidente, preenchido o requisito de inquestionável reputação ético profissional. Art. 24, XIII, Lei 8.666/93. 2. Despachos de autorização e de ratificação são de competência interna do Órgão para questionar suposta irregularidade. 3. É falha formal a publicação extemporânea do despacho de ratificação. 4. Certidão de débito com o INSS é desnecessária quando a contratada não possui empregados. REGULAR. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 24, XIII, Lei 8.666/93.

326ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

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, acolher a preliminar de ilegitimidade passiva arguida por Elaine Ghersel Santinon, de modo a excluí-la do procedimento e, de ofício, excluir também Renato Tavares Serafim, entendendo que foram eles intimados na qualidade de Chefe da Assessoria Jurídica e de Advogado, respectivamente, não sendo, portanto, responsáveis pelas irregularidades.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, julgar regular o Contrato 071/2012.

Participou do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de maio de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se da análise do Contrato nº 071/12, firmado entre a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET e o Instituto Brasileiro de Arte, Cultura e Educação - Novo Trânsito – IBACE para a prestação de serviços artísticos voltados à educação no trânsito, compreendendo artes cênicas com apresentação de mímicas e esquetes teatrais, no valor estimado de R$550.000,00 (quinhentos e cinquenta mil reais).

O Instrumento foi firmado com Dispensa de Licitação fundamentada no artigo 24, inciso XIII[1], da Lei nº 8.666/93.

Inicialmente, convém ressaltar que diversas manifestações dos Órgãos Técnicos integraram os autos, pelo que me concentrarei nas mais importantes.

Em primeiro lugar, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou irregular o Contrato pelos seguintes motivos:

1) Não comprovação de enquadramento da Contratação no disposto no artigo 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93;

2) Despachos de autorização e de ratificação exarados por agentes que não detêm competência estatutária para tanto, em afronta ao artigo 20, inciso VI[2], do Estatuto Social da Empresa;

3) Publicação extemporânea do despacho de ratificação, em infringência ao artigo 26, *caput*[3], da Lei nº 8.666/93;

---

[1] **Art. 24.** "É dispensável a licitação: **XIII -** na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos".

[2] **Art. 20.** "Compete à Diretoria a prática de todos os atos necessários para assegurar o funcionamento regular da Companhia, especificamente: **VI** – promover, contratar e superintender estudos e projetos bem como autorizar contratos e serviços técnicos".

[3] **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 do 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".

4) Ausência de certidão que comprove a inexistência de débito com o INSS, em afronta ao artigo 29, inciso IV[4], da Lei nº 8.666/93.

O Órgão Técnico refutou a possibilidade de *contratação direta* por 2 (dois) motivos:

a) A participação de outras interessadas na pesquisa de preços demonstra a viabilidade de se licitar;

b) Não há a comprovação da inquestionável reputação ético-profissional da Contratada, eis que entre o início de seu funcionamento (28 de novembro de 2011) e a Contratação (23 de julho de 2012) decorreram apenas 8 (oito) meses, não tendo sido juntado atestado em seu nome e sim das pessoas físicas da Presidente e do Diretor, que não se confundem com o Instituto, para justificar a experiência profissional.

De outro lado, apontou que o artigo 20, inciso VI do Estatuto Social da Companhia de Engenharia de Tráfego prevê que a autorização para contratar é decisão colegiada da Diretoria, não podendo ser realizada individualmente pelo seu Diretor Presidente ou por pessoa por ele designada por delegação, o mesmo se processando com relação ao despacho de ratificação que, além disso, foi extemporaneamente publicado.

Também observou não ter sido encontrada Certidão que comprovasse a inexistência de débito com o INSS à época da contratação.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo divergiu em parte da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e argumentou que a participação de outros interessados na pesquisa de preço não impede a Contratação Direta, fundamentada no inciso XIII do artigo 24 da Lei de Licitação, sendo indispensável, no entanto, a demonstração do nexo causal entre o dispositivo legal, a finalidade da Instituição e o objeto, o que considerou observado. Pontuou que outro aspecto fragiliza a contratação direta, qual seja, a possibilidade de subcontratação inserta na Cláusula Décima Sexta do Contrato. Asseverou que em contratação direta o Instituto é que deveria executar o serviço, dada a natureza *"intuito personae"*, não se admitindo o trespasse da Execução. Porém, tal Cláusula levava a crer que os serviços contratados não se revestiam de especificidade e que a equipe do Instituto não seria detentora da capacitação que a distinguiu para o trabalho, de modo que a possibilidade de Licitação do objeto não poderia ser afastada. Concordou com a Subsecretaria de Fiscalização e Controle quanto à competência para autorizar a contratação e a ausência de Certidão Negativa de Débito.

De sua parte, a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET encaminhou parecer de sua Assessoria Jurídica, defendendo que a arte cênica, de caráter lúdico, atraía a atenção do público e criava identidade visual, além de ser

[4] **Art. 29.** "A documentação relativa à regularidade fiscal, 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".

eficiente ferramenta de educação, auxiliando mudanças de comportamento nas pessoas, sendo esta a motivação para a contratação direta. Argumentou que da simples leitura do Estatuto Social do Contratado decorriam 3 (três) dos requisitos do inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, a saber:

1) contratação de instituição brasileira;

2) incumbida estatutariamente da pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional e

3) sem fins lucrativos. A outra condicionante - inquestionável reputação ético-profissional – resta comprovado pelas Certidões, diplomas e menções juntadas às fls. 227/242. Ponderou, que na pesquisa de preços, quatro empresas foram consultadas sendo que a Contratada apresentou o menor deles havendo, ainda, reserva orçamentária. Trouxe cópia do parecer AJU nº 107/12, aduzindo a viabilidade de seu Diretor Presidente delegar competência à Diretoria Administrativa e Financeira para autorizar certames e firmar contratos, de modo que o despacho de autorização foi exarado por autoridade competente. Asseverou que a Certidão Negativa de Débitos não fora juntada por um lapso, porém, entendeu-a desnecessária porque a Contratada não possuía empregados, atuando somente com empreendedores individuais, inexistindo pendências junto ao INSS. Aduziu, ainda, que o cadastro no Ministério da Fazenda – Receita Federal ocorreu somente em 10 de dezembro de 2012, consoante se verificava da Certidão Negativa de Débitos relativa às Contribuições Previdenciárias e às de Terceiros, válida até 08 de junho de 2013, juntada à fl. 245.

Por sua vez, o Instituto Brasileiro de Arte, Cultura e Educação - Novo Trânsito – IBACE esclareceu, quanto à reputação ético-profissional, que Rosane Frerichs, Presidente do Instituto, é reconhecida nacional e internacionalmente como uma das maiores autoridades em Educação para o trânsito, tendo publicado livros que viraram peças de teatro para o público jovem, nascendo, daí, o “Programa Novo Trânsito” para combater a violência por meio de ações técnicas e artísticas para conscientizar e mobilizar a sociedade sobre os cuidados e responsabilidades no trânsito. Enumerou prêmios ganhos por ela. Repudiou a subcontratação, explicando que o Diretor Executivo, Sr. Alberto Almeida, foi indicado como preposto do Instituto tendo ministrado curso de capacitação aos atores para a atuação no trânsito competindo à Sra. Rosane a direção artística das performances. Aduziu que as obras teatrais “Performances Mímicos no Trânsito” e “Esquetes”, que figuram no objeto do Contrato, são de autoria da Sra. Rosane Frerichs e possuem registro na Fundação da Biblioteca Nacional, órgão vinculado ao Ministério da Cultura havendo, ainda, arquivo na Sociedade Brasileira de Autores Teatrais. Por outro lado, argumentou que a Companhia não exigiu a certidão de débitos com o INSS porque ela não possui empregados, inexistindo pendências em seu nome. Defendeu, ainda, que a Certidão Negativa de Débitos Relativos às Contribuições Previdenciárias e às de Terceiros, válida até 08/06/13, abrangeu o período da contratação, suficiente para comprovar a regularidade perante a Seguridade Social. Entendeu que as demais irregularidades não diziam respeito ao Instituto. Requereu fosse julgado regular o Contrato.

Ainda na fase instrutória, determinei a manifestação dos Diretores Presidentes da Companhia, atual e anterior, e a intimação dos Ordenadores das Despesas.

Dessa forma, Jilmar Tatto, Diretor Presidente da Companhia de Engenharia de Tráfego, à época, acrescentou ao que já foi relatado, que os certificados/diplomas em nome dos proprietários do Instituto atestavam a sua inquestionável reputação ético-profissional. Asseverou, de outro lado, que poderiam ser subcontratados apenas os serviços inerentes às providências secundárias, sendo que a coordenação das atividades e a definição do conteúdo artístico (atividade fim) continuariam sob os cuidados da Contratada. Dessa forma, a Contratada utilizou de sua expertise para definir quais atividades seriam levadas a público, deixando para terceiros apenas a execução do definido.

Carlos Roberto Silva, Diretor Administrativo e Financeiro informou que atuou apenas na formalização do Instrumento, ratificando os argumentos da Companhia, o mesmo se processando com Jealci de Queiroz.

Elaine Ghersel Santinon, em sede de preliminar, defendeu que como Advogada exerceu atividade de assessoramento e não praticou ato de gestão, razão pela qual não pode ser responsabilizada por eventuais irregularidades da Companhia. Alegou que sua intimação foi equivocada, sendo que o correto seria intimar os gestores com poder de decisão. Requereu, então, sua exclusão do polo passivo da demanda. No mérito, defendeu a regularidade do Contrato porque a execução observou o interesse público, houve divulgação positiva na Imprensa e comprovada redução de atropelamentos, mortes e internações e não havia notícias de prejuízo ao Erário. Asseverou que o Instituto não possuía empregados de modo que as equipes de atores eram contratadas para cada projeto e treinadas pelos seus Fundadores que forneceram, também, o conhecimento sobre o Código de Trânsito Brasileiro. Tal qualificação especializada, ademais, demonstrava a imprescindibilidade do Instituto, já que os atores não têm tal conhecimento. De outro lado, aduziu que foram juntados certificados em nome do Instituto e de seus fundadores e que, dentre seus programas educativos estavam o “Programa Novo Trânsito” que reunia as ações “Mímicos no Trânsito” e “Plantão dos Anjos”, ambas protegidas pela legislação de Direitos Autorias. Requereu, por fim, que o Contrato fosse acolhido.

Renato Tavares Serafim, Advogado da Companhia, aduziu que foram apresentados relatórios e certificados em nome do Contratado, tais como “Moção de Reconhecimento da Câmara Municipal de Rio Claro”, “Guarda Civil Municipal de Rio Claro” e “Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, bem como certificados outorgados aos proprietários da Empresa, que atestavam a sua inquestionável reputação ético-profissional. Asseverou que a coordenação das atividades e a definição do conteúdo artístico continuavam sob responsabilidade da Contratada, autorizando-se a subcontratação para os serviços secundários. Defendeu a compatibilidade entre o preço contratado e o de mercado, não havendo prejuízo ao Erário. Argumentou que a contratação estava justificada, havia nexo

entre a natureza da Contratada e o objeto e os preços eram razoáveis, sendo possível, então, a Dispensa de Licitação.

Marcelo Cardinale, na qualidade de Diretor Presidente, à época, reiterou a defesa da Companhia.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou não existirem fatos novos nas defesas, reafirmando seu posicionamento pela irregularidade do Contrato.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que a preliminar arguida por Elaine Ghersel Santinon não merecia acolhida porque ela foi intimada como Chefe da Assessoria Jurídica e não como Ordenadora da Despesa, sendo-lhe, assim, assegurado o contraditório e a ampla defesa. No mérito, apesar de reconhecer que o Instituto estava autorizado a contratar equipe de trabalho para operacionalizar o objeto (Subcláusulas 4.1.5, 4.1.6 e 4.1.8), considerou que a previsão da Cláusula Décima Sexta, que cuidava da subcontratação, contaminava o Contrato, eis que esta recairia sobre todo o objeto, desconfigurando a Dispensa de Licitação. Opinou, pois, pela irregularidade do Ajuste.

O Assessor Jurídico Chefe, apesar de concordar com os argumentos da Assessora quanto à preliminar antes mencionada, opinou pelo seu acolhimento, pois a intimação, em seu entendimento, extrapolou o teor do Despacho de fl. 302, eis que a Advogada não se identifica como Ordenadora da Despesa. Aduziu que a responsabilidade do parecerista só se configuraria no caso de erro grosseiro, de atitude culposa ou de má fé, que não se observaram. Considerou que a exclusão do polo passivo também deveria ser aplicada ao advogado Renato Tavares Serafim, pelo mesmo motivo, apesar de por ele não ter sido arguido. No mérito, asseverou que a contratação de atores ou de providências secundárias não descaracterizavam a natureza "*intuito personae",* no entanto, a previsão da Cláusula da Subcontratação poderia resultar no trespasse da obrigação principal, desvirtuando a contratação direta. Reiterou, no mais, o seu posicionamento anterior e opinou pela irregularidade do Ajuste.

A Procuradoria da Fazenda Municipal acompanhou os Órgãos Técnicos quanto à relevação da publicação extemporânea e ao despacho exarado por agente supostamente incompetente. Encampou os argumentos da Companhia quanto à Dispensa de Licitação, asseverando que os atestados em nome das pessoas físicas podiam ser aproveitados pelo Instituto, mas, se não o fossem, tratar-se-ia de falha formal que podia ser relevada. Aduziu, por outro lado, que apesar de mal redigida a Cláusula sobre a subcontratação, a Companhia foi enfática ao afirmar que ela não ocorreu. Pautou-se na manifestação da Companhia também quanto à Certidão de Regularidade Fiscal e entendeu plausíveis os motivos dela de que ao não possuir empregados não havia a necessidade de juntá-la ou, ao menos, que se considerasse formal tal falha. Requereu a regularidade do Contrato e, subsidiariamente, a aceitação de seus efeitos financeiros, eis que inexiste notícia de inexecução ou prejuízo ao Erário.

A Secretaria Geral, por seu turno, corroborou os argumentos da Assessoria Jurídica de Controle Externo e, quanto à caracterização da Dispensa de Licitação, também o da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, e opinou pela irregularidade do Contrato.

É o relatório.

VOTO

Acolho a preliminar de ilegitimidade passiva arguida por Elaine Ghersel Santinon, de modo a excluí-la do procedimento e, de ofício, excluo também Renato Tavares Serafim porque entendo, como o Assessor Chefe de Controle Externo, que foram eles intimados na qualidade de Chefe da Assessoria Jurídica e de Advogado, respectivamente, não sendo, portanto, responsáveis pelas irregularidades.

No mérito, 4 (quatro) são as questões que merecem enfrentamento: 1) não comprovação da possibilidade de contratação direta; 2) despachos de autorização e de ratificação exarados por agentes sem competência estatutária; 3) publicação extemporânea deste último; 4) ausência de Certidão de inexistência de débito com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

A Contratação Direta, fundamentada no inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, segundo os Órgãos Técnicos desta Casa, não teria se caracterizado diante da ausência de comprovação da reputação ético-profissional do Instituto IBACE e porque a previsão de Cláusula admitindo a subcontratação retirou-lhe a natureza *"intuito personae",* que é elemento indispensável dessa hipótese.

Nesse campo, afasto, de imediato, a irregularidade configurada na subcontratação e o faço fundamentado nos documentos colhidos nos autos.

Na verdade, a proposta de preços apresentada pelo Instituto IBACE às fls. 27/33 contemplou o "recrutamento, seleção e contratação da equipe de trabalho" de atores para atuar como os "Mímicos do Trânsito" e nas "Esquetes Teatrais" resultando que tais preços foram os menores se comparados com os das outras companhias consoante documentos de fls. 123/124, 126/131, 132/139 e planilha de fl. 93.

Além disso, consoante asseverou a Assessoria Jurídica de Controle Externo, tais atividades constituíam "Obrigações e Responsabilidades da Contratada", consoante Cláusula 4.1.5 do Contrato, a quem competia, por força da Cláusula 4.1.6, treinar os atores para capacitá-los aos conteúdos relativos à educação no trânsito e às abordagens educativas aos pedestres.

É possível afirmar-se, então, que a hipótese tratada não configura subcontratação propriamente posto que as atividades desenvolvidas pelo

Instituto estavam expressamente previstas no Ajuste, inclusive com a anuência da Administração de que equipes para o "Programa Novo Trânsito" seriam contratadas para interagir com os pedestres e promover educação no trânsito.

Aproveito, ainda, os argumentos oferecidos por Elaine Ghersel Santinon de que a Companhia não poderia contratar atores de teatro ou grupos teatrais de forma autônoma, sem conhecimento especializado sobre o Código Brasileiro de Trânsito, essencial para a prestação desse serviço, enquanto o Instituto, com seu objeto e suas finalidades, possui tal qualificação especial.

Ainda no âmbito da Contratação Direta com fulcro no inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, os Órgãos Técnicos, com os quais concordo, consideraram presentes os 3 (três) primeiros requisitos nele explicitados valendo apontar no que se refere à inquestionável reputação ético profissional que as particularidades do caso permitem sua acolhida.

Com efeito, a Presidente do Instituto, Rosane Frerichs, é personalidade conhecida em educação no trânsito tendo publicado livros como "Stop – O Herói Sinal Verde" e "O Céu Já Tem Anjos Demais" que objetivam conferir noções de rua e de trânsito a crianças (Educação Infantil) e a adolescentes (Nível Médio). Tais livros foram adaptados para o formato de peças teatrais sendo que, o primeiro deles, ainda integrou o Projeto "Teatro Leva Trânsito à Escola" e conferiu à autora o Prêmio Volvo de Segurança no Trânsito de 1990. O segundo livro virou peça teatral e foi encenado aos alunos no Distrito Federal, bem como realizada oficina pedagógica "Cultura em Trânsito" para os Professores (fls. 146/156).

Constam dos autos, como fls. 65/67, 69 e 70/71, diversos Certificados que demonstram a participação de Rosane Frerichs e de Alberto Almeida em ações na Câmara Municipal de Rio Claro, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Diante desse cenário, embora não haja Certificados em nome do Instituto e sim no de seus sócios, presente o conhecimento especializado em questões sobre o trânsito conferido à sua Presidente que treinou os atores para atuar nas Campanhas sobre educação e violência no trânsito, entendo preenchido o requisito *"inquestionável reputação ético-profissional".*

Sob outro ângulo, em relação aos despachos de autorização e de ratificação, observo que foram eles assinados pelo Diretor Administrativo e Financeiro (fl. 187) e pelo então Diretor Presidente (fl. 192), nesta ordem. Sobre esse tema, já tive oportunidade de me manifestar nos TCs nºs 72.002.260.11-00 e 72.000.745.12-59, que a matéria é de competência interna do Órgão, portanto, somente à Companhia caberia questionar suposta irregularidade ao seu cumprimento, o que não ocorreu. Afasto, portanto, a irregularidade, bem como relevo a extemporaneidade da publicação do despacho de ratificação, por ser falha formal.

Por fim, em relação à Certidão de inexistência de débito com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, acolho as explicações da Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, corroboradas pela Procuradoria da Fazenda Municipal, de que era desnecessária sua apresentação porque a Contratada não possuía empregados, apenas empreendedores individuais, inexistindo, assim, pendências junto ao INSS.

Diante de todo o exposto, julgo regular o Contrato nº 071/12 firmado entre a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET e o Instituto Brasileiro de Arte, Cultura e Educação Novo Trânsito – IBACE.