TC nº 72-002.337.02-41

ANÁLISE. TERMOS ADITIVOS. SMSP. Serviços de fresagem e recapeamento asfáltico. Falta de publicação dos ajustes no Diário Oficial. Princípio da publicidade. Falha relevada. Reconhecida a regularidade fiscal junto ao FGTS. Não encaminhamento da documentação via SERI. Precedente. REGULARES. Votação por maioria.

TC citado 72-003.025.02-64.

2.871ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 17/04/2017

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM, após determinação de Sua Excelência, na 2.870ª S.O., para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão votaram os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, tendo o Conselheiro JOÃO ANTONIO – Relator votado na 2.822ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, com relatório e voto, e MAURÍCIO FARIA, votando o Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar regulares os Termos de Aditamento 007/AR-SE/02 e 008/AR-SE/02, oriundos do Contrato 007/AR-SE/02, celebrado entre a Prefeitura de São Paulo – Administração Regional da Sé e a empresa CONPAC Construção, Indústria e Comércio Ltda., relevando as seguintes ocorrências:

a) ausência de publicação dos termos aditivos e o não encaminhamento das informações via Sistema Eletrônico de Remessa de Informações – Seri, por serem de natureza formal;

b) ausência de certidão de regularidade perante o FGTS, no período de assinatura dos termos de aditamento, em face do cotejamento das pesquisas efetuadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte junto ao sítio da Caixa Econômica Federal com o período da certidão apresentada à época.

Vencidos os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, com voto proferido em separado, e DOMINGOS DISSEI, que julgaram irregulares os aditamentos.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em acolher os efeitos financeiros dos instrumentos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de maio de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente, com voto

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Trata o TC n.º 72-002.337.02-41 de análise dos Termos de Aditamento n. 007/AR-SÉ/02 e 008/AR-SÉ/2002 oriundos do Contrato nº 7/AR-SÉ/2002, decorrente da Tomada de Preços n.º 01/AR-SÉ/2002.

O ajuste foi celebrado entre a Prefeitura de São Paulo e a CONPAC Construção, Indústria e Comércio Ltda, no valor de R$ 1.039.314,41 (um milhão, trinta e nove mil, trezentos e quatorze reais e quarenta e um centavos), para a prestação de serviços de frenagem e recapeamento asfáltico em áreas pertencentes à Administração Regional da Sé (atualmente Subprefeitura da Sé).

Em julgamento colegiado realizado em 31 de janeiro de 2007, por maioria de votos, decidiu o Colegiado em considerar regular a tomada de preços e o contrato dela oriundo, superando a irregularidade de publicação em jornal de grande circulação, uma vez que a publicidade foi atingida.

A Equipe de Auditoria desta Corte de Contas em primeira manifestação (fls. 230/231) assim se pronunciou:

Termo de Aditamento n.º007/AR-SÉ/2002 (fls. 226/227) *– celebrado para prorrogação de prazo contratual, onde opinamos pela regularidade, ressalvada a ausência de publicação do Termo, infringindo o artigo 26 da Lei Municipal n.º 13.278/02, e o não encaminhamento das informações via Sistema Eletrônico de Remessa de Informações – SERI, infringindo o disposto nas Instruções n.º 02/2000, aprovada pela Resolução n.º 05/2000.*

Termo de Aditamento n.º 008/AR-SÉ/2002 (fls. 228/229) *– celebrado para prorrogação do prazo contratual, onde opinamos pela sua regularidade, ressalvada a ausência de publicação do Termo, infringindo o artigo 26 da Lei Municipal n.º 13.278/02.*

A Origem, devidamente intimada, apresentou sua manifestação e documentação (fls. 246/260).

Em nova manifestação, a Auditoria (fls. 263/265) destacou o resumo da documentação e enfatizou que a manifestação não enfrentou pontualmente as questões apontadas como irregulares, ratificando o entendimento pretérito.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo apresentou sua manifestação (fls. 268/271) destacando o caráter formal da irregularidade referente à publicação do termo e a remessa ao SERI e pela irregularidade concreta ante a falta de certidão de Regularidade do FGTS.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 274/277) em seu arrazoado requereu a declaração de regularidade dos ajustes, uma vez que as irregularidades são meramente formais.

A Secretaria Geral (fls. 279/281) opinou pela irregularidade dos ajustes.

É o relatório.

VOTO

Em julgamento os Termos de Aditamento nºs 007/02 e 008/2002 oriundos do Contrato nº 7/2002, decorrente da Tomada de Preços nº 01/2002.

O ajuste foi celebrado entre a Prefeitura de São Paulo e a CONPAC Construção, Indústria e Comércio Ltda., no valor de R$ 1.039.314,41 (um milhão, trinta e nove mil, trezentos e quatorze reais e quarenta e um centavos), para a prestação de serviços de frenagem e recapeamento asfáltico em áreas pertencentes à Administração Regional da Sé (atualmente Subprefeitura da Sé).

Destaque-se que a Tomada de Preços e o contrato dela oriundo foram julgados regulares por este Tribunal.

A instrução processual revelou as seguintes ocorrências:

Termo de Aditamento n.º007/AR-SÉ/2002 – celebrado para prorrogação de prazo contratual, **considerado regular**, ressalvada a ausência de publicação do Termo, infringindo o artigo 26 da Lei Municipal n.º 13.278/02, e o não encaminhamento das informações via Sistema Eletrônico de Remessa de Informações – SERI, infringindo o disposto nas Instruções n.º 02/2000, aprovada pela Resolução n.º 05/2000.

Termo de Aditamento n.º 008/AR-SÉ/2002 – celebrado para prorrogação do prazo contratual, **considerado também regular**, ressalvada a ausência de publicação do Termo, infringindo o artigo 26 da Lei Municipal n.º 13.278/02.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acrescentou a ausência de certidão de regularidade perante o FGTS no período de assinatura dos termos de aditamento.

Em consonância com a Auditoria desta Corte de Contas, entendo que a ausência de publicação é relevável, devendo os termos neste ponto serem considerados regulares.

Apresento como destaque o julgamento do TC n.º 72-003.025.02-64, em 16 de março de 2011, cuja ementa assim restou descrita:

> *"2º JULGADO: ANÁLISE. TERMOS ADITIVOS. SMT. Serviços de disponibilização de pátios para retenção de veículos, através da remoção por guinchos. Ausência de CND, de publicação e de remessa SERI. Falhas relevadas. ACOLHIDOS excepcionalmente. Votação unânime."*

Quanto à validade de emissão da Certidão de Regularidade perante o FGTS, acolho o entendimento da Auditoria que assim se pronunciou à fl. 227:

> *"Tendo em vista a validade da Certidão de Regularidade do FGTS de 23/07 a 21/08/02, e sendo este Termo de Aditamento datado de 17/06/02, pesquisamos junto ao site da Caixa Econômica Federal e obtivemos a informação juntada às fls. 224/225, onde consta apenas o período de 06/04/2005 a 14/11/2008. Entretanto, considerando a regularidade deste último período e da Certidão apresentada à época, aceitamos como regular."*

Por fim, a irregularidade atinente ao não encaminhamento das informações via Sistema Eletrônico de Remessa de Informações – SERI, é prontamente superada ante a inexistência atual do sistema e precedentes reiterados deste Pleno.

Ante o exposto, julgo **REGULARES** os **Termos de Aditamento nºs 007/02 e 008/2002**, oriundos do Contrato n.º7/2002, celebrado entre a Prefeitura de São Paulo – Administração Regional da Sé – e a CONPAC Construção, Indústria e Comércio Ltda.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos. (2.822ª S.O.)

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Edson Simões

A Auditoria, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral opinaram pelo não acolhimento dos Aditamentos em razão das seguintes irregularidades: - falta de publicação no Diário oficial; - inexistência de comprovação da regularidade perante o FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, infringindo o artigo 2º da Lei 9.012/95. Com relação à falta de demonstração da regularidade fiscal perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, restou atestado nos autos que, dias depois da data da assinatura do Termo de Aditamento, foi apresentada a certidão de regularidade fiscal perante o FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), referente ao período da contratação (certidão obtida em 23.07.2002 e a assinatura do aditamento se deu em 16.07.2002).

Além disso, a Auditoria apresentou o histórico das certidões de regularidade fiscal outorgados à contratada nos últimos 24 meses, a partir de 05 de novembro de 2008.

Assim, conforme destacaram a Área Juridica e a Secretaria Geral, é possível, em caráter excepcional, relevar o apontamento, pois, no caso sob análise, ainda que a destempo, restou comprovada a situação regular da Contratada no período da contratação e de toda a sua execução.

Não obstante, a falta de publicação no Diário oficial não pode ser relevada pois constitui ofensa à principio constitucional basilar que norteia as relações administrativas, não se tratando, portanto, de mera impropriedade formal.

A administração pública tem o dever de transparência, isto é, seus atos devem ser levados ao conhecimento da população.

A publicidade dos atos da administração pública tem as seguintes finalidades:

1) conferir eficácia (também chamada de exequibilidade) para os atos da administração, tornando-se o ato obrigatório para seus destinatários quando for publicado;

2) possibilitar o controle do ato pela população (que pode ajuizar uma ação popular ou interpor um requerimento administrativo) ou por outros órgãos públicos (como o Ministério Público, que atua por meio da ação civil pública ou por meio de recomendações aos órgãos públicos).

A publicidade, por ser interna (dirigida aos integrantes do órgão ou da entidade) ou externa (dirigida aos cidadãos em geral), deve obedecer à forma prescrita em lei, que, normalmente, exige a publicação do ato no Diário Oficial.

Excepcionalmente, a lei determina a publicação em jornal de grande circulação ou mesmo a utilização da internet.

Dessa forma, a publicidade é um ato formal, sob pena de nulidade, não sendo possível a sua relevação.

Diante do exposto, com amparo nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, JULGO IRREGULARES os Aditamentos 7 e 8 de 2002 em razão da falta de publicação dos ajustes no Diário oficial, em ofensa ao princípio constitucional da publicidade.

Não obstante, considerando o tempo decorrido desde o encerramento do ajuste sem que se tenha notícia ou comprovação (nos autos) de prejuízo ao erário à boa execução do objeto, sendo necessária a preservação das relações jurídicas já consolidadas, acolho os efeitos financieros do ajuste. (2.870ª S.O.)

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Roberto Braguim

O presente TC, nesta fase processual, trata da análise dos Termos de Aditamento nºs 007/AR-SÉ/2002 e 008/AR-SÉ/2002 oriundos do Contrato nº 007/AR-SÉ/2002, decorrente da Tomada de Preços nº 001/AR-SÉ/2002, firmado entre a Administração Regional da Sé, atual Subprefeitura Sé, e CONPAC Construção, Indústria e Comércio Ltda.

Na Sessão Ordinária n.º 2.822, em seu voto, o Relator – Conselheiro João Antônio – entendeu que a ressalva consignada na manifestação da Auditoria, a respeito da ausência de publicações dos Termos de Aditamento configura infringência relevável, destacando, como precedente para tal fundamentação, o julgamento do TC nº 72-003.025.02-64. Acolheu, ainda, o entendimento da Auditoria de fl. 227, quanto à validade da certidão de regularidade do FGTS.

Por fim, entendeu superada, ante à inexistência atual do sistema (SERI) e precedentes reiterados deste Pleno, a irregularidade atinente ao não encaminhamento das informações via àquele Sistema.

Por tais razões, JULGOU REGULARES os Termos de Aditamento nºs 007/02 e 008/02, oriundos do Contrato nº 007/02.

Após a prolação desse voto, o Excelentíssimo Revisor Conselheiro Edson Simões requereu vista dos autos fazendo-os retornar à pauta na Sessão Ordinária nº 2.870 para, em seu voto, aderir ao Relator no reconhecimento da situação regular da Contratada perante o FGTS.

Entretanto, com amparo nas manifestações da AJCE e SG, sua Excelência considerou que a falta de publicação dos Ajustes do Diário Oficial não pode ser superada, pois constitui ofensa a princípio constitucional, não se tratando de impropriedade formal. Por tal motivo, julgou irregulares os Aditamentos, acolhendo, contudo, os efeitos financeiros decorrentes.

Na sequência, o Nobre Conselheiro Maurício Faria acompanhou o voto do Relator, enquanto o Ilustre Conselheiro Domingos Dissei seguiu o voto do Revisor.

Exsurge, destarte, empate do julgado, cabendo-me, então, proferir o voto de desempate, o que ora faço, no uso da competência que me é conferida pelo artigo 26, inciso IX, alínea “a” do Regimento Interno.

Anoto, por primeiro, que o presente voto limita-se exclusivamente a dirimir a divergência dos votos no que concerne à falta de publicação dos Ajustes em tela.

Com esse escopo, filio-me à corrente abraçada pelos Conselheiros João Antônio e Maurício Faria, pois consoante já exposto por mim em outras oportunidades, entendo que a falta de publicação dos Ajustes constitui mera falha formal, podendo ser relevada, por não os macular em sua essência. Ademais, na hipótese dos autos os Termos Aditivos cuidaram de mera prorrogação de prazo do Contrato, sendo certo que os despachos autorizatórios correspondentes mereceram publicação prévia conforme fls. 189 e 198 dos autos.

Nessa senda, JULGO REGULARES os Termos de Aditamentos nºs 007/AR-SÉ/2002 e 008/AR-SÉ/2002.

PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO

O Plenário do Tribunal de Contas, por maioria, com voto de desempate do Presidente, JULGOU REGULARES os Termos nºs 007/AR-SÉ/2002 e 008/AR-SÉ/2002, aditados ao Contrato nº 007/AR-SÉ/2002.