TC nº 72-002.766.06-51

2º Julgado

ANÁLISE. TERMOS ADITIVOS. PRODAM. Locação de pavimentos com vagas de garagem. Ausências de CND. FGTS e INSS. Publicação extemporânea. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS excepcionalmente. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 195, § 3º, CF. Art. 2º, Lei 9.012/05. Art. 26, Lei Mun. 13.278/2002. Art. 49, Dec. Mun. 44.279/03.

2.772ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 18.08.2015

1º Julgado

ANÁLISE. CONTRATO. DISPENSA. PRODAM. Locação de pavimentos. Centro Empresarial Água Branca. Art. 24, X, Lei 8.666/93. Art. 1º, 5º e 14, Lei 8.666/93. Art. 40, Dec. 44.279/03. Ausência de comprovação de regularidade fiscal do imóvel, omissão da cota de participação nos encargos locatícios. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS excepcionalmente. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

2.569ª Sessão Ordinária

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregulares todos os termos de aditamento, aceitando, todavia, excepcionalmente, seus efeitos financeiros e patrimoniais, em coerência com o voto proferido no julgamento do contrato originário.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de outubro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

O presente TC focaliza, em prosseguimento, a análise, discussão e julgamento dos Termos de Aditamento ao Contrato nº 05.12/05, pactuado entre a Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo – Prodam SP- S.A. e o Fundo de Investimento Imobiliário Projeto Água Branca, representado pela Administradora RMC S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, objetivando a locação de pavimentos, com área de 7.538,24m^2, do Edifício Los Angeles, integrante do Centro Empresarial Água Branca, situado na Av. Francisco Matarazzo nº 1500, com direito ao uso de 187 vagas de garagem.

Referidos Termos abrangem a alteração das cláusulas contratuais, a saber:

- **CO/TA-07.12/06**: alteração da denominação da locatária e da garantia (fls. 931/933);

- **CO/TA-09.06/09**: modificação da Administradora do Fundo, reavaliação das condições financeiras e exclusão da garantia (fls. 1049/1051);

- **CO/TA/RES-19.10/09**: rescisão parcial da locação com redução proporcional do valor do aluguel mensal, passando a ser de R$ 263.431,13 (duzentos e sessenta e três mil, quatrocentos e trinta e um reais e treze centavos) a partir de novembro/2009 (fls. 1065/1066);

- **CO/TA/RES-01.05/10**: rescisão parcial da locação, com redução proporcional do aluguel mensal, passando a ser de R$ 236.276,88 (duzentos e trinta e seis mil, duzentos e setenta e seis reais e oitenta e oito centavos) (fls. 1078/1079);

- **CO/TA-02.12/10**: prorrogação do prazo contratual e alteração das cláusulas relativas ao valor mensal do Contrato (fls. 1124/1125).

Esses Ajustes estão analisados individualmente pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle nos Relatórios de fls. 1179 a 1203, todos referendados pela Coordenadora Chefe, às fls. 1204/1205, assinalando, em síntese, as seguintes irregularidades: falta de Despacho de Autorização, não comprovação da Regularidade Fiscal do Fundo e da Administradora junto ao INSS e ao FGTS, não especificação da cota de participação nos encargos locatícios, intempestividade da publicação do Termo no Diário Oficial da Cidade, ausência de pesquisa prévia comprovando a vantajosidade da prorrogação, implicando tais irregularidades desrespeito ao artigo 49 do Decreto Municipal nº 44.279/2003[1], artigo 195, § 3º, da Constituição Federal[2], e artigos 2º da Lei Federal nº 9.012/2005[3] e 26 da Lei Municipal nº 13.278/2002[4].

Apresentaram defesa o ex-Diretor Presidente da Prodam, Sr. João Otaviano Machado Neto (fls. 1223/1260), Sr. Ribamar Barbosa Mendes (fls. 1261/1298), e a Empresa Contratante, através de seu Presidente, Sr. Marcio de Andrade Bellisomi, e de seu Diretor de Administração e Finanças Sr. José Mauro Gomes (fls. 1299/1356), combatendo as conclusões da Auditoria e destacando a ausência de má fé e de prejuízos ao Erário da Companhia.

No exame dessas defesas, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou suas conclusões, excetuando o apontamento quanto a não comprovação da Regularidade Fiscal do Fundo contratado, posto não possuir personalidade jurídica (fls. 1358/1361).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral acompanharam os apontamentos da Auditoria, enquanto a Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento de todos os Aditamentos, ou, alternativamente, pelo reconhecimento de seus efeitos financeiros e patrimoniais, por ausência de prejuízos e de má fé dos agentes responsáveis.

É o relatório.

---

[1] Art. 49. As alterações contratuais deverão ser previamente justificadas por escrito e autorizadas por autoridade competente, devendo ser formalizadas por termo de aditamento.

[2] Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

[3] 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.

[4] **Art. 26** - Poderão ser objeto de registro de preços os materiais e os serviços, considerados de uso habitual ou rotineiro, para os quais não se possa prever o exato quantitativo a ser demandado pela aI - necessidade de contratações freqüentes; ou
II - conveniência de entregas parceladas; ou
III - necessidade de atendimento a mais de um órgão ou entidade. dministração, em especial quando houver:

VOTO

Anoto, em princípio, que o Contrato aditado nº 05.12/05 foi julgado, à unanimidade, irregular pelo v. Acórdão prolatado em 27.07.2011, de minha relatoria, que, entretanto, aceitou, em caráter excepcional, seus efeitos patrimoniais e financeiros, considerando o tempo decorrido e os investimentos feitos pela Prodam S.A. O mesmo r. Julgado determinou, também, à unanimidade, que as futuras prorrogações da locação observasse a prévia comprovação da quitação regular dos tributos municipais.

A rigor, todos os Termos Aditivos estariam contaminados pelos vícios de origem, os quais, todavia, restaram convalidados, pela minha decisão, com a aceitação dos efeitos jurídicos e financeiros do Contrato em causa.

Todavia, a extensão contratual, através de Aditamentos alterando cláusulas contratuais, nos limites da lei, não ficou livre e isenta de obedecer as normas legais e regulamentares aplicáveis, sendo, a esse propósito, procedentes as conclusões da Auditoria, assinalando transgressão aos artigos 195, § 3º, da Constituição Federal, e 2º da Lei Federal nº 9.012/2005 (não comprovação da Regularidade Fiscal junto ao INSS e ao FGTS), artigo 26 da Lei Municipal nº 13278/2002 (publicação extemporânea do Aditivo).

Concernentemente à infringência do artigo 49 do Decreto Municipal nº 44.279/2003, que exige prévio despacho da autoridade competente para a lavratura do Termo Aditivo, entendo que ela ficou suprida pelas Atas de Reunião da Diretoria, que aprovou os diversos Termos, sendo, nesse particular, procedentes as explicações e justificativas contidas nas defesas de fls. 1223/1229 e 1299/1309.

Estribado nesses fundamentos e nas manifestações da Auditoria, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, julgo irregulares todos os Termos de Aditamento analisados, aceitando, todavia, excepcionalmente, seus efeitos financeiros e patrimoniais, em coerência com o voto proferido no julgamento do Contrato originário.

É como voto.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregular o Contrato 05.12/05, tendo em vista a ausência de comprovação da situação fiscal regular do imóvel locado e a omissão da cota de participação nos encargos locatícios, afastando as demais irregularidades apontadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, considerando o tempo decorrido e o investimento já feito pela Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo – Prodam-SP S.A., adaptando o imóvel às suas necessidades físicas e operacionais, em aceitar, em caráter excepcional, os efeitos patrimoniais e financeiros do ajuste.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar a realização dos futuros ajustes, prorrogando a locação, à prévia comprovação da quitação regular dos tributos municipais lançados sobre o imóvel.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ANTONIO CARLOS CARUSO e MAURÍCIO FARIA.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda Substituta MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de julho de 2011.

EDSON SIMÕES
Presidente.

ROBERTO BRAGUIM
Relator.

RELATÓRIO

O presente TC focaliza a locação dos imóveis constituídos do 1º, 2º, 12º ao 18º pavimentos do Edifício Los Angeles, integrantes do Centro Empresarial Água Branca, situado na Avenida Francisco Matarazzo nº 1.500, com área total de 7.538,24m2 e direito ao uso de 187 (cento e oitenta e sete) vagas de garagem, pelo período de 05 (cinco) anos, a partir de 06.12.2005, formalizado entre a Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo - PRODAM (atual Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo – PRODAM) e o Fundo de Investimento Imobiliário Projeto Água Branca, representado por sua administradora RCM S/A Sociedade Corretora.

A contratação em tela, realizada com dispensa de licitação calcada no artigo 24, inciso X, da Lei Federal nº 8.666/1993[5], na redação da Lei nº 8.883/2004, foi aprovada pela Diretoria da PRODAM, na Reunião nº 1158, de 01.12.2005, Ato ratificado na mesma data pelo seu Diretor Presidente e Diretor de Administração e Finanças.

Na análise inicial desse instrumento, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou irregularidades (fls. 553/559), que, submetidas à apreciação da PRODAM, foram objeto da justificação encartada às fls. 565/575.

Com base nas explicações fornecidas, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou, na conclusão de fls. 582/583, as seguintes irregularidades:

- utilização de laudos por empresas diferentes, posto existirem fatores subjetivos (limpeza, pintura, aparência), que dependem da opinião pessoal de cada profissional, que podem interferir na avaliação do imóvel;

- avaliação do imóvel sem piso laminado e carpete, acabamento esse que poderia acarretar aluguel maior, segundo a PRODAM;

- contratação aprovada e ratificada anteriormente à expedição do laudo de avaliação;

- ausência de discriminação dos valores referentes ao IPTU e despesas condominiais, repassados à locatária;

- locação de espaço menor do que aquele publicado no Aviso de Procura de Imóvel.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, intervindo às fls. 585/592, para apreciação das questões técnicas jurídicas, acompanhou as conclusões assinaladas pela Auditoria, observando que a relação jurídica entre a PRODAM e o Fundo, e a representação deste, estava justificada com a transferência da posse do imóvel, por título averbado sob nº 01 na Matrícula nº 98.664, com base na Lei Federal nº 8.666/93, que regulamenta os Fundos de Investimento Imobiliário.

Anotou, todavia, que nem a Locadora, nem sua Administradora, comprovaram a regularidade fiscal da área locada, uma vez que a certidão apresentada refere-se ao contribuinte 022.006.0219-7, cadastrado pela área total do Edifício, com positivação de dívida.

Intimadas para prestarem esclarecimentos sobre as conclusões da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e do parecer da Assessoria

---

[5] **Art. 24** - É dispensável a licitação:
X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

Jurídica de Controle Externo, a RMC S/A Sociedade Corretora, com denominação alterada para COIN Distribuidora de Títulos e Valores Imobiliários, e a PRODAM, apresentaram, respectivamente, as defesas de fls. 622/636, instruída de documentos, e de fls. 814/836, também seguida de documentos.

Essas defesas foram examinadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, que, no entanto, ratificaram suas manifestações pretéritas (fls. 874/876 e 878/881).

A Procuradoria de Fazenda Municipal entendeu existirem fortes argumentos para acolhida do Ajuste, ou, pelo menos, o reconhecimento de seus efeitos financeiros e patrimoniais (fls. 882/888), ao passo que a Secretaria Geral acompanhou as unidades técnicas, opinando pela irregularidade do Contrato (fls. 889/891).

É o relatório sucinto.

VOTO

Trata-se de locação destinada a acomodar as instalações da sede da PRODAM, transferidas do Parque Ibirapuera, atendendo ao interesse do Município de aproveitamento do antigo espaço para uso público da coletividade paulistana.

Desde logo, descarto a irregularidade apontada pela Auditoria quanto à utilização de laudos por empresas diferentes, em face das explicações da PRODAM, evidenciando que apenas a Bolsa de Imóveis de São Paulo foi contratada para a avaliação do imóvel de seu interesse, cuja escolha se deve ao fato do preço do trabalho ser compatível com a média de mercado e ao menor prazo proposto para sua elaboração, observando-se que sua contratação coincidiu com a deliberação da Diretoria.

À sua vez, os esclarecimentos prestados sobre a avaliação sem acabamento foram razoáveis, considerando que o ajuste não previu a entrega do imóvel com piso laminado e carpete, melhorias essas que poderiam implicar exigência de maior aluguel (fls. 822/825).

Por outra parte, não vislumbro qualquer irregularidade na contratação de área menor do que o pretendido no anuncio publicitário, posto que cabia à PRODAM avaliar suas necessidades de espaço e de adequação às suas finalidades institucionais e operacionais. Se o espaço menor atendeu essas necessidades, não há qualquer irregularidade no fato da divulgação da procura de área maior, o que certamente elevaria o preço da locação.

Por fim, a aprovação e ratificação do contrato antes do laudo avaliatório, conquanto não recomendável, constituiu irregularidade formal

passível de relevação, considerando que não houve questionamentos quanto ao valor do trabalho e quanto à estimativa avaliatória.

Aspecto, porém, que merece uma apreciação mais detida é o concernente ao sujeito ativo da locação, tendo-se em vista a questão suscitada pela Auditoria, assinalando a feitura do ajuste em nome do Fundo Imobiliário Projeto Água Branca, e não em nome da proprietária do imóvel, a RCM S/A Sociedade Corretora, que atua como representante, do locador na transação "sub examine".

Cabe anotar, em princípio, o fato de que os Fundos Econômicos e Patrimoniais não possuem personalidade jurídica, pois as pessoas jurídicas de direito privado são aquelas catalogadas no artigo 44 do Estatuto Material Civil (associações, sociedade, fundações).

Aliás, o sistema positivo brasileiro carece de uma definição clara e precisa dos Fundos que vicejam no País, e, sobretudo, de uma regulamentação específica e adequada, atribuindo-lhes direitos, deveres, obrigações, responsabilidades, representação, poderes de seus administradores, destino dos bens em caso de extinção ou transformação, etc. Também não há critérios definidos para sua instituição, funcionamento e extinção.

Sem embargo, a teor do artigo 12, inciso VII, do Código de Processo Civil[6], as sociedades sem personalidade jurídica são representadas em juízo pela pessoa a quem couber a administração de seus bens podendo, por isso, litigar em juízo como entidades formais, conforme noticia Theotonio Negrão nas suas preciosas anotações ao Estatuto Adjetivo Civil, colacionando Arestos do Colendo Superior Tribunal de Justiça (Saraiva, 41ª edição, 2009, pág. 134, nota 22).

> *"Podem litigar em juízo as pessoas formais, as sociedades de fato, as sociedades ainda sem personalidade jurídica, ou já sem personalidade jurídica"* (STJ – 4ª Turma, Resp 1551-MG, rel. Min. Athos Carneiro, DJU 09.04.90, pág 2.743).
>
> *"O legislador de 1973, ao atribuir no artigo 12-VII, do CPC, capacidade para ser parte às sociedades sem personalidade jurídica, colimou, embora com desapego ao rigor científico, tornar menos gravosa a situação processual dos que com tais sociedades irregulares litigam, sem, com isso, subverter a ordem legal até então vigente, em particular no que diz com o disposto no artigo 18 do CC..."* (STJ- 4ª Turma, Resp. 14.180.0-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 28.06.93, pág. 12.895).

---

[6] **Art. 12**. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:
VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens

A par desse reconhecimento, a Lei Federal n.º 8.668/1993[7] autoriza, no seu artigo 1º, a instituição de Fundos de Investimento Imobiliário, sem personalidade jurídica, enquanto o artigo 5º[8] dispõe sobre sua gestão e o artigo 14[9] sobre sua representação (cf-se transcrição de fl. 589).

De resto, a própria Assessoria Jurídica de Controle Externo observou a transmissão da posse do imóvel locado ao Fundo locador, fazendo referência à averbação n.º 01 na matrícula respectiva (fl. 589, primeiro parágrafo), o que é confirmado pela cópia de fl. 59 verso, onde consta declaração da RMC de que o imóvel matriculado sob n.º 98.664, no Cartório de Registro de Imóveis, passaria a integrar o patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário Projeto Água Branca.

Assim, são inteiramente procedentes as justificativas das partes sobre a nomeação do Fundo Imobiliário Água Branca, administrado pela proprietária RCM S/A Sociedade Corretora, atual COIN Distribuidora de Títulos e Valores Imobiliários, no pólo ativo da locação em exame.

Todavia, nenhuma das contratantes conseguiu comprovar, "quantum satis", a regularidade da situação fiscal do imóvel locado, perante a Fazenda Pública Municipal, como foi bem observado pela douta pareciarista da Assessoria Jurídica, analisando as certidões relativas a diversos contribuintes da mesma quadra e setor sem que fosse possível identificar qualquer deles com a área locada (fls. 590/591).

Ora prescreve o artigo 40 do Decreto Municipal n.º 44.279/2003:

> *"**Art. 40**. Na celebração de contratos por dispensa ou inexigibilidade de licitação, exigir-se-ão do contratado, apenas, os documentos que comprovem:*
> .....
>
> ***III -** regularidade perante a Fazenda do Município de São Paulo, quanto aos tributos relacionados com a prestação licitada, aplicáveis as normas do artigo 38 deste decreto".*

Na hipótese, essa norma não foi respeitada na contratação em foco, sendo que a própria complexidade do desdobramento do

---

[7] **Art. 1º** Ficam instituídos Fundos de Investimento Imobiliário, sem personalidade jurídica, caracterizados pela comunhão de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários, na forma da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, destinados a aplicação em empreendimentos imobiliários.

[8] **Art. 5º** Os Fundos de Investimento Imobiliário serão geridos por instituição administradora autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários, que deverá ser, exclusivamente, banco múltiplo com carteira de investimento ou com carteira de crédito imobiliário, banco de investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade corretora ou sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários, ou outras entidades legalmente equiparadas.

[9] **Art. 14º** À instituição administradora do Fundo de Investimento Imobiliário compete:
I - representá-lo ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;
II - responder pessoalmente pela evicção de direito, no caso de alienação de imóveis pelo fundo.

empreendimento construído na Av. Francisco Matarazzo n.º 1.500 impede a identificação do contribuinte fiscal do imóvel em tela.

A PRODAM também não esclareceu qual o percentual de participação da locatária nos tributos municipais e nas despesas condominiais, relativamente à área locada, consoante o apontamento feito pela Auditoria.

Apenas por esse último aspecto, referente à ausência de comprovação da situação fiscal regular do imóvel locado e a omissão da cota de participação nos encargos locatícios, proclamo a IRREGULARIDADE DO AJUSTE em causa, consoante as ponderações dos órgãos técnicos e da Secretaria Geral, afastando as demais irregularidades apontadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, pelos fundamentos atrás expostos.

Não obstante, considerando o tempo decorrido e o investimento já feito pela PRODAM, adaptando o imóvel às suas necessidades físicas e operacionais, aceito, em caráter excepcional, os efeitos patrimoniais e financeiros sugeridos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, determinando porém a realização dos futuros ajustes, prorrogando a locação, à prévia comprovação da quitação regular dos tributos municipais lançados sobre o imóvel.

É como voto.