TC nº 72-003.231.06-80

ANÁLISE. CONTRATO. SMC. Realização da "2ª Virada Cultural". Decorrente de dispensa. Precedentes. Justificada a escolha e a proposta de preço da contratada. Ausência de CND do INSS. Precedentes. REGULAR. Votação por maioria. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 195, § 3º, CF. Art. 47, I, a, Lei 8.212/91. Arts. 24, VIII e 26, Lei 8.666/93. Arts. 12 e 40, II, Dec. Mun. 44.279/03. Art. 52, II, Lei 9.167/80. Dec. Mun. 46.356/05.

TCs citados 72.004.287.03-27, 72-003.260.03-35, 72-005.295.02-00, 72-003.707.03-85.

2.762ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 01/10/2015

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, consoante declaração de voto apresentada, MAURÍCIO FARIA, proferido em separado, e DOMINGOS DISSEI, em acolher o Contrato 002/2006.

Vencido o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, nos termos de seu relatório e voto, que julgou irregular o contrato e aplicou multa ao ordenador da despesa e signatário do ajuste.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em aceitar os efeitos financeiros produzidos pelo Ajuste, tendo o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator consignado o caráter excepcional.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar, após cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de setembro de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

RELATÓRIO

Tratam os autos da análise do Contrato nº 002/2006, celebrado entre a Secretaria Municipal de Cultura e a São Paulo Turismo S.A., objetivando a prestação de serviços de infraestrutura para a realização da Segunda Edição do evento "Virada Cultural – São Paulo 24 horas", no valor de R$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), o qual atualizado em Junho de 2014 é de R$1.836.795,60(um milhão, oitocentos e trinta e seis mil, setecentos e noventa e cinco reais e sessenta centavos) (folhas 21/25).

A contratação foi realizada independentemente de licitação, com fundamento no artigo 24, VIII, da Lei Federal nº 8.666/93, considerando que o objeto social da contratada é compatível com as necessidades de realização do aludido evento cultural (fls. 18, 21/25 e 03).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle entendeu que o Contrato é irregular ante a constatação do seguinte:

1 – Inobservância do disposto no artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93, em razão da ausência de justificativa para a contratação direta.

2 – Não apresentação pela Contratada, São Paulo Turismo S.A., da Certidão Negativa de Débito – CND, válida à época da lavratura do Ajuste, pois a certidão emitida em nome da Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo, anexada sob folha 48, empresa da qual é sucessora a Contratada, não possui validade para a data do Ajuste, desatendendo ao estabelecido no artigo 40, II, do Decreto Municipal nº 44.279/2003 (folhas 50/52).

Intimado para oferecimento de defesa, o Ordenador da Despesa e Signatário do Ajuste requereu o acolhimento de suas razões de defesa e o reconhecimento da regularidade da Avença, justificando ter a empresa contratada apresentado o menor preço, motivo pelo qual concluiu que deveria ser a empresa eleita, uma vez que realizara, de forma satisfatória, a Primeira Edição da "Virada Cultural". Sustentou, ainda, que o preço ofertado pela Contratada foi o menor obtido

na pesquisa de mercado realizada, encontrando-se, portanto, atendido o disposto no artigo 24, VIII, da Lei Federal nº 8.666/93 (folhas 18 e 21/25).

No tocante à ausência de Certidão Negativa de Débito – CND, argumentou que a falta do documento, só por si, não torna a empresa inabilitada do ponto de vista da regularidade fiscal, uma vez que ela se achava regularmente cumprindo o acordo de parcelamento do débito celebrado com o Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS (folhas 18 e 56/59).

A Secretaria Municipal de Cultura endossou os argumentos do Ordenador da Despesa e Signatário do Ajuste, propugnando pela regularidade do contrato em exame (folhas 61/64).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle afirmou que a justificativa anexada, sob fls. 03, "*é insuficiente para embasar a contratação, pois carece de elementos que possam dar informações acerca do evento, suas características, necessidades, público alvo e informações referentes aos projetos anteriormente realizados*". Aduziu que "*os autos devem estar instruídos mediante a perfeita caracterização da exceção prevista em lei, com fundamentadas razões para a escolha do contratado e justificativa do preço, nos termos do artigo 12 do Decreto Municipal nº 44.279/2003 e do artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93*". Asseverou, ainda, que a pesquisa de preços realizada entre três empresas (folhas 04/13) não manifestou qual seria a melhor proposta.

Quanto à ausência da apresentação da Certidão Negativa de Débitos – CND, concluiu: "*O contrato foi firmado em 02/05/2006 e o documento de fl. 48 mostra que a última CND emitida expirou sua validade em 03/01/2005. Assim, a prova de regularidade fiscal se dá com emissão da referida certidão e não com os comprovantes apresentados, até porque se a empresa recolhe regularmente o tributo devido, não há óbices à obtenção da certidão requerida*".

Concluiu ser irregular o contrato por infringência:

a) ao artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93 e ao artigo 12 do Decreto Municipal nº 44.279/2003, pela ausência de justificativa para a contratação direta; e

b) ao artigo 40, II, do Decreto Municipal nº 44.279/2003, por não haver CND válida à época da contratação (folhas 68/70).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, na esteira do entendimento da Auditoria, opinou no sentido da irregularidade do Contrato em exame "*por ausência da justificativa para a contratação direta, e também a não apresentação da CND válida, à época da lavratura do ajuste*" (folhas 72/77).

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou no sentido do acolhimento do Contrato ou, se assim não fosse entendido, pelo reconhecimento dos respectivos efeitos financeiros produzidos, por entender que o contrato em

apreço envolve situação atípica, na qual a Administração Pública contrata com empresa da qual detém controle acionário, embora de economia mista, exigindo, assim, do intérprete e julgador uma apreciação teleológica, finalística, distinta daquela objetivada na análise de um contrato comum, celebrado com particular.

Reafirmou semelhante entendimento para justificar a ausência de Certidão Negativa de Débito – CND, sob o argumento de a contratada ser uma sociedade integrante da Administração Municipal Indireta, cujo acionista majoritário e, portanto, responsável legal é o próprio Município de São Paulo, com quem, afinal, operou-se o Contrato. Invocou o princípio da razoabilidade para sustentar que as irregularidades indicadas não têm o condão de macular a contratação sob exame (folhas 80/87).

A Secretaria Geral considerou justificada a contratação direta, por entender presentes, na espécie, os pressupostos autorizadores da dispensa de licitação constantes do inciso VIII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, pois, apesar não haverem sido anexados ao processo os Estatutos Sociais da São Paulo Turismo, constatou achar consignado, no aludido instrumento, como objetivo social da Contratada "*a produção, divulgação e a organização de eventos de qualquer espécie, realizados pela sociedade ou por terceiros; o fornecimento de infraestrutura (...), relacionados à produção e realização de eventos em geral e o apoio ou patrocínio de projetos de interesse social, turístico ou cultural*", "*que é exatamente o objeto da 2ª virada Cultural*".

Arrematou terem sido "*Preenchidos, portanto, os dois requisitos autorizadores da dispensa, quais sejam:*

a) que a entidade a ser contratada seja criada com o fim específico de fornecer serviços para a Administração Pública; e;

b) que ela atue com exclusividade para a Administração Pública".

Opinou, todavia, pelo não acolhimento do Contrato nº 02/2006, por entender inconsistente a providência adotada pela Origem, ao pretender suprir a falta de Certidão Negativa de Débito – CND com a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, anexada com prazo de validade vencido. E arrematou afirmando: "*Como é sabido, a Administração Pública não pode contratar com pessoa jurídica que esteja em débito com o sistema de seguridade social. E o que se percebe dos autos é que a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa (fl.16) teve validade até 03/01/2005. Além disso, o "'print" da Previdência Social (fl. 48) refere-se somente até a data de 03/01/05, dela excluindo a data da assinatura do Contrato, que ocorreu aos 02 (dois)* de maio de 2006. *Em suma, pelo que dos autos consta, a São Paulo Turismo é pessoa jurídica em débito com a Seguridade Social, e, dessa forma, descumpre a determinação constitucional do art. 195, § 3º*" (folhas 89/94).

É o relatório.

VOTO

O Contrato nº 002/2006, objetivando a prestação de serviços de infraestrutura para a realização da Segunda Edição da "Virada Cultural São Paulo 24 horas", foi celebrado diretamente pela Secretaria Municipal de Cultura com a São Paulo Turismo S/A, com fundamento no artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.666/93.

Dispõe o citado artigo:

Art. 24. É dispensável a licitação:
(...)
- VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

De fato, a Contratada São Paulo Turismo S/A é sociedade de economia mista, sucessora da Anhembi Turismo, pertencente à Prefeitura Municipal de São Paulo e está encarregada da realização de eventos de qualquer espécie para a Administração Municipal, de conformidade com os ditames de Decreto Municipal nº 46.356/2005.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle entendeu ser irregular o Contrato nº 002/2006, pelos seguintes motivos:

1- ausência de justificativa para a contratação direta, em desobediência ao artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93; e

2- pela não apresentação da Certidão Negativa de Débitos-CND válida, à época da contratação.

Quanto ao item 1 (falta de justificativa para a contratação direta), a Secretaria Geral, apropriadamente, encarregou-se de demonstrar a total improcedência do entendimento da Auditoria acerca do assunto e evidenciar a perfeita caracterização da dispensa de realização de licitação, por parte da Secretaria Municipal de Cultura, sob o argumento de encontrarem-se presentes na espécie os pressupostos inscritos no inciso VIII do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, afirmando que, apesar de não haverem sido anexados ao processo os Estatutos Sociais da São Paulo Turismo, constatou constar de seu objetivo social "*a produção, divulgação e a organização de eventos de qualquer espécie, realizados pela sociedade ou por terceiros; o fornecimento de infraestrutura (...), relacionados à produção e realização de eventos em geral e o apoio ou patrocínio de projetos de interesse social, turístico ou cultural*", "*que é exatamente o objeto da "2ª Virada Cultural.*

E, ao concluir, frisou acharem-se "*Preenchidos, portanto, os dois requisitos autorizadores da dispensa, quais sejam:*

a) que a entidade a ser contratada seja criada com ***o fim específico*** *de fornecer serviços para a Administração Pública;* e;

b) que ela atue ***com exclusividade*** *para a Administração Pública*".

Marçal Justen Filho ao interpretar a expressão "fim específico" da entidade contratada, constante do inciso VIII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, preleciona que consiste "*em atuar em prol e a favor da pessoa de direito público que a controla*".

Em decorrência, considerando que foram observados pela Origem os pressupostos inscritos no inciso VIII do artigo 24 da Lei Federal citada, os quais guardam perfeita harmonia com os dispositivos dos Estatutos Sociais da Contratada, não há que se falar como pretendeu a Auditoria, que o Ajuste é irregular por ausência de instrução de "*fundamentadas razões para a escolha da contratada e justificativa do preço, nos termos artigo 12 do Decreto Municipal nº 44.279/03 e do artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93*".

Quanto ao preço dos serviços contratados, verifica-se dos documentos de folhas 03/13 haver a Origem selecionado a proposta de menor preço, ou seja, da Contratada São Paulo Turismo S/A, à época, no valor de R$ 1.199.000,99 (um milhão, cento e noventa e nove mil e noventa e nove centavos), em detrimento daquelas da Cenius Suporte Institucional (R$ 1.319.700,50 – um milhão, trezentos e dezenove mil e setecentos reais e cinquenta centavos) — (folhas08/10), e da SP Eventos, no valor de R$ 1.755.737,89 – um milhão, setecentos e cinquenta e cinco mil setecentos e trinta e sete reais e oitenta e nove centavos (folhas 11/13).

Acham-se, assim, cumpridos os requisitos estatuídos no parágrafo único do artigo 26 da Lei Federal 8.666/93, a saber: II – razão de escolha do fornecedor ou executante; e II – a justificativa do preço.

Quanto ao item 2 (não apresentação da CND). Assiste, no entanto, razão aos Órgãos Técnicos opinantes quanto à ausência de apresentação de Certidão Negativa de Débito – CND da empresa Contratada, pois tanto o Ordenador da Despesa e Signatário do Ajuste como a própria Origem reconheceram tal falta, pretendendo, no entanto, supri-la com a mera alegação de encontrar-se a Contratada cumprindo acordo de parcelamento de débito firmado com o Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS.

A falta de apresentação da referida CND afronta a exigência contida na Constituição Federal, como expressa seu artigo 195, § 3º, e disciplinado pela Lei 8.212/91, em seu artigo 47, I, "a".

A esse respeito, o Pleno do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, nos TCs 4.287.03-27 e 3.260.03-35, pacificou o entendimento no sentido da obrigatoriedade da apresentação de Certidão Negativa de Débito – CND (INSS), ainda que positiva com efeito de negativa, por empresa pública, em cumprimento aos dispositivos legais acima expostos.

Ante todo o exposto e do que mais dos autos consta, com amparo nas manifestações dos Órgãos Técnicos desta Corte, que endosso e ficam fazendo parte integrante do presente como razões de decidir, julgo irregular o Contrato nº 02/2006.

Em caráter excepcional, aceito os efeitos financeiros produzidos pelo Ajuste, considerando ter o mesmo atingido seus objetivos, tendo em vista a natureza da irregularidade perpetrada, a ausência de prejuízo para o Erário e o atendimento do interesse público.

Pela desobediência aos dispositivos legais enunciados aplico ao Ordenador da Despesa e Signatário do Ajuste, identificado às folhas 18 e 21, a multa de R$ 574,25 (quinhentos e setenta e quatro reais e vinte e cinco centavos), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal nº 9.167/80.

Após, cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro João Antonio:

Voto pelo ACOLHIMENTO do Contrato 002/2006, celebrado entre a Secretaria Municipal de Cultura e a SPTuris, tendo por base os votos anteriores que convalidaram as contratações de entidades da Administração Pública Indireta pela Municipalidade, mesmo que aquelas Empresas não possuam CND na data da Contratação, conforme Declarações de Votos proferidas por este Conselheiro Revisor nos julgamentos dos TCs 5.295.02-00 e 3.707.03-85. Esta é minha Declaração de Voto, Senhor Presidente.

Voto em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Na esteira do posicionamento da Secretaria Geral, entendo que esta contratação direta com dispensa de licitação é válida por estarem presentes os pressupostos legais exigidos. Nesse contexto, ressalto que os objetivos estatutários da São Paulo Turismo, referidos expressamente nos autos, estão em consonância com os desenvolvidos durante o evento da 2ª edição (2006) da "Virada Cultural – São Paulo 24 horas", demonstrando, assim, que aquela atua dentro de sua competência legal e institucional no mister proposto, pois os serviços objeto da Avença, em síntese, referem-se ao planejamento, execução, fiscalização e

fornecimento de infraestrutura, envolvendo decisões político-administrativas próprias do poder público. Com relação à ausência de comprovação da regularidade fiscal, tem-se, em tese, que a contratação pela Administração Direta com empresa integrante da Administração Indireta não autoriza a dispensa de sua demonstração, vez que esta se encontra de igual forma submetida à regra contida no § 3º do artigo 195 da Constituição Federal.

Contudo, como se depreende do conteúdo já exposto, o objeto contratado mostra-se essencial à prestação de serviço público, delineado pelas diretrizes de políticas públicas, e prestado com competência legal própria pela empresa contratada, por força de atribuição estabelecida em lei. Parece-me que, levada às suas últimas consequências, uma eventual decisão pela irregularidade e pelo não reconhecimento dos efeitos financeiros de tais contratos implicaria comprometimento econômico-financeiro da empresa e, com ele, de toda a dinâmica social, turística e cultural da Cidade.

É exclusivamente nesse sentido que, sopesando valores constitucionais, continuo a reconhecer um caráter excepcional para justificar os contratos firmados com empresas estatais em débito para com o sistema de Seguridade Social, conforme decidido por esta Corte em casos análogos, citando, a título exemplificativo, o TC 1.460/02-72.

Nesses termos, voto pela regularidade do Contrato 002/2006, celebrado entre a Secretaria Municipal da Cultura e a São Paulo Turismo S.A.