JURISPRUDÊNCIA

TC nº72-003.584.98-06

2º Julgado

ANÁLISE. TERMOS ADITIVOS E DE RETIRRATIFICAÇÃO. EMURB. Subpermissão dos serviços de instalação, manutenção e exploração publicitária de relógios eletrônicos digitais. Publicação extemporânea relevada. TA's ACOLHIDOS. Retirratificação ACOLHIDO excepcionalmente. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

2.556ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 07.06.2011.

1º Julgado

ANÁLISE. CONTRATO DE SUBPERMISSÃO. EMURB. Serviços de instalação, manutenção e exploração publicitária de relógios eletrônicos digitais. ACOLHIDO. Votação unânime.

1.845ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 22.03.1999.

Referência Especial: 72.003.618.95-75.

2º JULGADO

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, após vista que lhe fora concedida na 2.548ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e EURÍPEDES SALES – Revisor.

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 os Termos de Aditamento 1/1999, 2/2002, 3/2003, 4/2003, 5/2008, 6/2008 e 7/2008 ao Contrato de Subpermissão 160591000/1997, bem como o Termo de Retirratificação do Termo de Aditamento 7/2008, em caráter excepcional, à luz do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais, que

há de prevalecer diante de contratação finda e executada sem objeções, relevando a publicação extemporânea do Termo de Aditamento 6/2008.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar à São Paulo Obras – SP-Obras e São Paulo Urbanismo – SP-Urbanismo, sucessoras da Empresa Municipal de Urbanização – Emurb, que observem, com rigor, a legislação que trata de contratos administrativos, especialmente quanto à imperiosa necessidade dos contratados demonstrarem a respectiva regularidade perante a Previdência Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício acompanhado de cópia do presente Acórdão ao Senhor Delegado de Polícia da Divisão de Investigação sobre Crimes Contra a Administração.

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

Declarou-se impedido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, nos termos do artigo 177 do Regimento Interno desta Corte.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 04 de maio de 2011.

EDSON SIMÕES – Presidente.

ROBERTO BRAGUIM – Relator.

RELATÓRIO

Trata-se do exame dos Termos de Aditamento nº 01 a nº 07 ao Contrato nº 160591000/1997, celebrado entre a Empresa Municipal de Urbanização – EMURB (atual São Paulo Urbanismo – SP Urbanismo) e o Consórcio Publicrono, tendo por objeto a instalação, manutenção e exploração publicitária de relógios eletrônicos digitais. Analisa-se neste momento processual, ainda, o Termo de Retirratificação ao Termo de Aditamento nº 07.

O estudo dos atos em apreço foi solicitado pelo Senhor Delegado de Polícia responsável pela Divisão de Investigação sobre Crimes contra a Administração, visando à instrução do Inquérito Policial nº 96/2009.

A propósito, o citado Inquérito foi instaurado em face do requerimento cuja cópia encontra-se às fls. 654/687, dando conta de supostas irregularidades quando da formalização dos instrumentos de início mencionados.

Aponto, por necessário, que o Contrato de Subpermissão nº 0160591000/1997 já foi acolhido por esta Corte, consoante os Termos do v. Acórdão de fl. 637.

Por outro lado a licitação, na modalidade Concorrência, que redundou no supracitado Contrato, foi objeto de análise por esta Casa no âmbito do TC nº 72.003.618.95-75, em função de Representação oposta pela Provis Propaganda Visual Ltda., a qual foi acolhida parcialmente, com determinação de realização de ajustes no instrumento convocatório, consoante v. Acórdão de fls. 85/86 do referido processado.

De outra parte, o Judiciário apreciou o Edital debatido, reconhecendo-lhe a legalidade, restando prejudicada qualquer nova manifestação deste Tribunal a respeito, como se denota da leitura do v. Acórdão de fl. 354 do TC nº 72.003.618.95-75.

Feito esse esclarecimento preliminar, passo a relatar o tratado nestes autos, no que diz respeito aos Termos Aditivos antes referidos.

Inicialmente os instrumentos foram submetidos à Assessoria Jurídica de Controle Externo, que sugeriu, e eu acolhi, a prévia oitiva da EMURB acerca da matéria em debate.

A Empresa, em consequência, remeteu os elementos encartados às fls. 746/849, os quais visam a demonstrar que os Aditamentos questionados foram celebrados considerando a relevância do interesse público na manutenção da prestação do serviço, em contraposição aos malefícios decorrentes de sua interrupção, além de devidamente justificados, técnica e economicamente, e em consonância com a legislação em vigor.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, à luz dessas informações, não detectou impedimentos legais nas prorrogações do instrumento original, pois, além de respaldadas em pareceres jurídicos, não trouxeram danos ao interesse público, ao Erário e à Administração (fls. 851/854).

Em continuidade, seguiram os autos para a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, que, de pronto, esclareceu que sua manifestação não alcançaria as prorrogações de prazo (Aditamentos nºs 2, 5 e 7), vez que já examinadas e dadas como regulares pela Assessoria Jurídica de Controle Externo às fls. 851/854.

A unidade auditora acabou por concluir pela irregularidade de todos os aditamentos sob exame, como também do Termo de Retirratificação ao Termo de Aditamento nº 07, pelo seguinte:

a) não comprovada a regularidade de todas as empresas integrantes do Consórcio perante o INSS e FGTS;

b) descumprimento da Cláusula Décima Quarta do Contrato original, a qual cuida da manutenção da garantia de 5% do valor contratual;

c) ausência de justificativas para a definição dos valores quando das prorrogações de prazo.

Consignou, ainda, a publicação extemporânea do Termo de Aditamento nº 6.

Examinando o feito, a Senhora Assessora Subchefe de Controle Externo, além de sugerir nova oitiva da Administração, opinou pela relevação das questões afetas à ausência de complementação da garantia contratual, por se tratar de contrato findo, e que não detectou a prática de infração contratual do Consórcio durante a execução dos serviços.

No tocante aos valores de remuneração, a Senhora Assessora Subchefe observou que a contratação em apreço possui características diferenciadas em relação aos demais contratos de prestação de serviços, cuja prorrogação fica condicionada, necessariamente, ao estatuído no inciso II do artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/93[1], o que vale dizer que, neste caso concreto, a ausência de justificativas para definição dos valores para o período prorrogado não constituiria, por si só, impedimento para a aceitação dos ajustes, na medida em que o critério adotado pela Administração foi aquele definido no Edital, constante da Cláusula Quinta do Contrato que daquele decorreu, cuja minuta integra o instrumento convocatório.

Assim, a irregularidade estaria restrita à ausência de comprovação de irregularidade perante o INSS e FGTS.

Diante dessa gama de considerações, determinei a oitiva da EMURB (fl. 1302) e do Consórcio Policrono (fl. 1317), vindo aos autos, em consequência, os esclarecimentos de fls. 1309/1316, prestados pelas sucessoras da EMURB, a SP-Obras e a SP-Urbanismo, e de fls. 1325/1445, transmitidos pela Policrono Exclusivas Publicitárias Ltda., empresa líder do Consórcio Policrono.

Em nova manifestação, a Senhora Assessora Subchefe de Controle Externo manteve seu entendimento anterior, acrescendo, tão somente, que, em face da *"especificidade do Contrato em análise – e por se tratar de Ajuste já encerrado – sobre o qual não se cogita qualquer dano ou prejuízo ao Erário -, permito sugerir o reconhecimento dos efeitos jurídicos e financeiros produzidos..."*.

---

[1] **Art. 57** - A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

II - a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses;

Tal posicionamento contou com endosso integral do Ilustre Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo (fl. 1452).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, à fl. 1453, defendeu o acolhimento dos instrumentos sob exame ou, pelo menos, a aceitação dos efeitos financeiros gerados pelos atos praticados, ante a ausência de notícia de prejuízo ao Erário ou de conduta eivada de má-fé.

Encerrando a instrução do feito, a Secretaria Geral opinou, às fls. 1454/1462, pela regularidade dos Aditamentos nºs 1 a 7 e do Termo de Retirratificação, inclusive quanto às certidões de regularidade fiscal, pois, ao ver dessa unidade, a apresentação de tais documentos é obrigatória apenas quando a contratação implicar despesa à Administração, o que não ocorre no caso dos autos, que cuida da permissão remunerada, geradora de receita para o Poder Público.

Além disso, como se trata de contrato findo e devidamente cumprido, constata-se, concretamente, que as condições a que alude o inciso XIII do artigo 55 da Lei Federal nº 8.666/93[2] foram mantidas.

Nos demais pontos em debate – regularidade das prorrogações, irrelevância da garantia contratual de um ajuste encerrado – a Secretaria Geral endossou as manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

É o relatório.

VOTO

Por primeiro, ressalto que o ajuste do qual decorreram os atos em julgamento possui natureza peculiar, como apontado, em diversas passagens, pelos órgãos integrantes desta Casa, notadamente a Assessoria Jurídica de Controle Externo.

A especificidade do ajuste prende-se, em essência, a dois aspectos: o primeiro reside no fato de não implicar ônus ao Erário, ao contrário, é gerador de receitas. O segundo guarda relação com o aspecto eminentemente fático: o Contrato nº 0160591000/1997 encontra-se encerrado, tendo sido executado, ao longo dos anos, sem nenhum senão.

Contextualizados os instrumentos sob julgamento, passo a decidir:

---

[2] **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.

De plano, nos termos da manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, encartada às fls. 851/854, as prorrogações objeto dos Termos de Aditamento nºs 2, 5 e 7 são regulares, visto que justificadas jurídica e tecnicamente.

Ficaram afastadas, também por manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, corroboradas pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral, as questões relativas ao "reforço" da garantia contratual, posto que, como muito bem delineado pela unidade jurídica desta Corte, o Contrato original e os demais instrumentos dele decorrentes foram integral e estritamente cumpridos, como demonstram os atestados juntados às fls. 1352/1358, encontrando-se encerrados, sem que se tenha detectado prejuízo ao Erário ou indício de conduta eivada de má-fé.

No que diz respeito à discussão do valor de remuneração paga pelo Consórcio à Administração, demonstrou-se nos autos, notadamente pelo pronunciamento da Senhora Assessora Subchefe da Assessoria Jurídica de Controle Externo estampado às fls. 1299/1301, que ficaram repelidas quaisquer dúvidas que pudessem ensejar impedimento ao acolhimento dos instrumentos, vez que aplicada a fórmula prevista no item 5.2 da Cláusula Quinta do Contrato original, já aprovado por esta Corte, e de forma compatível com a natureza diferenciada do tantas vezes mencionado ajuste primitivo.

Rechaçados esses aspectos, remanesce aquele afeto à não demonstração de regularidade fiscal perante o INSS e FGTS das empresas integrantes do Consórcio Policrono.

É sabido meu posicionamento a respeito da ausência das certidões em foco: tendo a rejeitar os ajustes.

Todavia, o quadro fático que se desenhou nesses autos forçou-me a refletir sob ângulos que escapam das análises consuetudinárias empreendidas por esta Casa de Controle.

Repito, preliminarmente, que se trata de Contrato plenamente executado e encerrado, cumprido sem deslize e sem ocasionar prejuízo, ínfimo que seja, ao Erário.

O contratado, *"in casu*", é um Consórcio – o Consórcio Policrono –, integrado pela empresa líder Policrono Exclusivas Publicitárias Ltda., por L&C Representação e Participações e por Planigrama Exclusivas Publicitárias S/A., sediada na Espanha, sendo que todas elas apresentaram os documentos fiscais pertinentes quando da licitação, lembrando que a Planigrama trouxe documento equivalente à CND, deixando de ofertar algo equiparado ao Certificado de Regularidade para com o FGTS, por inexistir contribuição similar na Espanha.

A Policrono Exclusivas Publicitárias Ltda., empresa líder, representava em torno de 80% do Consórcio e ela, como demonstrado pela

documentação juntada aos autos sob fls. 1394/1441, bem como por aquela ofertada à época da celebração dos instrumentos em foco estava em situação regular perante a Previdência Social e junto ao FGTS, ressalvando-se as ocasiões em que as certidões foram apresentadas posteriormente.

A documentação das empresas minoritárias do Consórcio não foi apresentada porque não exigida pela EMURB, o que revela falha considerável, mas não suficiente para macular os atos praticados, vez que lapso por parte da Contratante não pode macular ajuste que foi fielmente executado pela Contratada.

Ou seja, apesar da agudeza da falta da EMURB ao não exigir a comprovação da regularidade fiscal das empresas consorciadas junto ao INSS e ao FGTS, para a devida formalização dos Termos de Aditamento e da Retirratificação sob julgamento, a contratação foi executada a contento, como demonstram tanto os já referidos atestados, como também a Pesquisa de fls. 1360/1390, realizada pelo Instituto Datafolha em setembro de 2009, apontando, entre outros aspectos, significativos índices de aprovação dos serviços.

Por fim, cumpre mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, ao se deparar com lide retratando situação análoga ao presente, decidiu que:

> *"1. Verificação de que a empresa vitoriosa na Tomada de Preços cumpriu integralmente o Contrato, satisfazendo as obrigações adimplidas e, via de consequência, o interesse público, tendo-se passados mais de 3 (três) anos desde a assinatura da avença, com a efetiva entrega dos equipamentos contratados, bem como a correta prestação de assistência técnica, refletindo, a situação, características de fato consumado.*
>
> *2. Não é sensato, a essa altura, infligir prejuízo à recorrida, com fulcro em excessiva formalidade, ou mesmo, no rigor da lei, fazendo com que perca o tempo dedicado e o aproveitamento obtido. Tal acabaria por vulnerar o princípio da proporcionalidade, esvaziando, per se, a pretensão aqui deduzida."* (RMS 12210/SP, DJ de 18.3.2002, pág. 174).

Assim, em face dos elementos que instruem o presente, especialmente os pronunciamentos de fls. 851/854, 1299/1301 e 1448/1452 da Assessoria Jurídica de Controle Externo, de fl. 1453 da Procuradoria da Fazenda Municipal e o da Secretaria Geral, encartado sob fls. 1454/1462, acolho os Termos de Aditamento nºs 1 a 7 ao Contrato nº 0160591000/1997, bem como o Termo de Retirratificação ao Termo de Aditamento nº 7, em caráter excepcional, à luz do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais, que há de prevalecer diante de contratação finda e executada sem objeções.

Relevo, ainda, a publicação extemporânea do Termo de Aditamento nº 6.

Por outro lado, determino à SP-Obras e SP-Urbanismo, sucessoras da EMURB, que observem, com rigor, a legislação que trata de contratos administrativos, especialmente quanto à imperiosa necessidade dos contratados demonstrarem a respectiva regularidade perante à Previdência Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Oficie-se ao Senhor Delegado de Polícia da Divisão de Investigação sobre Crimes Contra a Administração, encaminhando cópia da presente decisão. **(2.548ª S.O.)**.

2º JULGADO

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72-003.584.98-06, do qual 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 acolher o Contrato de Subpermissão firmado entre a Empresa Municipal de Urbanização – EMURB e o Consórcio Publicrono.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor, EURÍPEDES SALES e EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 24 de fevereiro de 1999.

WALTER ABRAHÃO – Presidente.

ROBERTO BRAGUIM – Relator.

RELATÓRIO

Trata o presente TC, da análise do contrato de subpermissão nº 0160591000, no valor de R$ 3.330.000,00, estabelecido entre a EMURB e o Consórcio Publicrono, para serviços de instalação, manutenção e exploração publicitária de relógios eletrônicos digitais.

Os pareceres dos órgãos técnicos, bem como da Procuradoria da Fazenda Municipal, são no sentido de haverem sido obedecidas as disposições legais para feitura do mesmo, inclusive com o decidido em mandado de segurança, cujo assunto foi melhor apreciado no decorrer do relatório contido no TC 72.003.618.95-75.

É o relatório, Senhor Conselheiro.

VOTO

À vista das conclusões alcançadas, ACOLHO o presente contrato de subpermissão firmado entre a EMURB e o Consórcio PUBLICRONO.