EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-003.603.05-41

ANÁLISE. CONTRATO. SME. Serviços de planejamento e infraestrutura. Projeto "Recreio nas Férias". Julho 2005. Ausências de CND, INSS e consignação de penalidades cabíveis. Falhas relevadas. REGULAR. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação por maioria.

Legislação citada: Art. 24, VIII; 40, III; 55, VII; 87, Lei 8.666/93. Art. 195, § 3º, CF. Art. 26 Lei Mun. 13.278/02. Art. 1º, Lei Mun. 11.184/92. Instr. 05/02. Res.05/02.

2.752ª Sessão Ordinária

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 DOMINGOS DISSEI, nos termos de sua declaração de voto apresentada, e JOÃO ANTONIO – Revisor, que apresentou declaração de voto para modificar seu voto com fundamento no parágrafo único do artigo 174 do Regimento Interno desta Corte, em julgar regular o Contrato 36/SME/2005, relevando as falhas formais apontadas, tendo o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, consoante voto apresentado em separado, o feito em caráter excepcional.

Vencido o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, que julgou irregular o referido contrato.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em acolher os efeitos financeiros do ajuste.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que, cumpridas as formalidades legais, arquivem-se estes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, JOÃO ANTONIO – Revisor e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 2 de julho de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

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

RELATÓRIO

Cuida-se da análise do Contrato nº 36/SME/2005, firmado com dispensa de licitação com amparo no artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.666/93, entre a Secretaria Municipal de Educação e a São Paulo Turismo S/A, por pertencer a Contratada à Administração Direta do Município de São Paulo e possuir, dentre seus objetivos sociais, a possibilidade do desenvolvimento de projetos que coincidem com aquele da contratação.

O objeto do Ajuste consiste na prestação dos serviços especializados, necessários à execução dos eventos atinentes ao Projeto "Recreio nas Férias", realizado nas férias escolares, no período de 1º a 31 de julho de 2005, no Polo Cultural e Esportivo "Grande Otelo" e, no período de 11 a 22 de julho de 2005, em outras unidades educacionais, incluindo-se o fornecimento de materiais, serviços, infraestrutura e locação de área, necessários à execução adequada dos serviços, no valor de R$ 7.250.132,67 (sete milhões, duzentos e cinquenta mil, cento e trinta e dois reais e sessenta e sete centavos), pelo prazo de 30 dias (folhas 72/91).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou irregular a Avença em razão do seguinte:

a - *infringência ao artigo 55, inciso VII, da Lei Federal nº 8.666/93, em razão da não consignação, de forma expressa e clara, das penalidades cabíveis em hipóteses de inexecução insatisfatória ou mesmo de inexecução do Contrato;*

b - *desobediência ao artigo 195, parágrafo 3º, da Constituição Federal e ao artigo 1º da Lei Municipal nº 11.184/92 – em face da não apresentação da CND, à época da assinatura do Ajuste;*

c - *não atendimento do disposto no artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/2002 – em decorrência do atraso na publicação do Contrato na imprensa oficial;*

d - *desrespeito às Instruções nº 01/02 e à Resolução nº 05/02, em decorrência do atraso no encaminhamento das informações do Ajuste, por meio do SERI* (folhas 95/98)

A Assessoria Jurídica de Controle Externo pronunciou-se no sentido da irregularidade do Ajuste, devido à ausência de certidão comprobatória de regularidade da Contratada perante a Previdência Social, bem como a não consignação das penalidades cabíveis nas hipóteses de infringência ou de inadimplemento do Contrato, nos seguintes termos:

"Em relação à falta de validade da Certidão Positiva de Débito com Efeitos de Negativa de Regularidade do FGTS à época da prorrogação do Contrato, infringindo o artigo 195, § 3° da CF/88 e o artigo 1° da Lei Municipal n° 11.184/92, trata-se de determinação legal, ou mais, constitucional que define, clara e precisamente, a necessidade da regularidade com a seguridade social como forma de validar o ato administrativo, razão pela qual ao administrador só resta uma interpretação correta da lei, qual seja, a proibição de contratar com quem não apresenta regularidade fiscal.

Portanto, a ausência de comprovação de regularidade fiscal, contamina o ajuste ora examinado.

Sobre a constatação de que o contrato não fixou os valores das multas, em descumprimento aos termos do inciso VII do art. 55 da Lei nº 8.666/93, tal como apontado pela Coordenadoria IV, embora no entendimento da Origem: 'Com referência às penalidades cabíveis foi citado o artigo 87 do referido diploma legal, que se refere às Sanções Administrativas – Cláusula Nona – Das Penalidades e Rescisão (fl. 113) que consideramos como penalidades cabíveis, muito embora não tenhamos estipulado os valores das multas, conforme determina o inciso VII do artigo 55 da já referida Lei;', pensamos que o artigo 87, dispõe genericamente sobre as sanções na hipótese de inadimplemento, o que certamente, dificultaria a aplicação de qualquer das sanções elencadas no dispositivo legal, já que a Origem limitou-se apenas a citá-lo, sem especificar o que caracterizaria infração e sua eventual consequência.

*Pelo exposto, as irregularidades apontadas pela Coordenadoria IV, reconhecidas pela Origem, especificamente a não apresentação do CND válida à época da lavratura do ajuste e a não consignação no presente ajuste das penalidades cabíveis em caso de inexecução do Contrato n° 36/SME/2005, impedem o seu acolhimento, salvo melhor juízo" (*folhas 108/114).

Devidamente intimadas, a Secretaria Municipal de Educação e a São Paulo Turismo apresentaram Justificativas e Defesa (folhas 102/104 e 118/119).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, em razão dos elementos de instrução acrescidos, ratificou os termos de seu anterior pronunciamento no sentido da irregularidade do Ajuste, pois argumentou que, em

relação à Certidão Negativa de Débitos perante a Previdência Social – CND (folha 135 dos autos), a Contratada simplesmente noticia haver solicitado ao Instituto Nacional da Previdência e Seguridade Social o parcelamento de alguns de seus débitos, contudo, não esclarece ou atesta o deferimento do pedido pleiteado, nem sequer que a SPTURIS não possua outros débitos perante o aludido Órgão Federal.

Ratificou, quanto às demais irregularidades apontadas, integralmente, os termos de seu anterior pronunciamento (folhas 160/162).

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou no sentido do acolhimento do Contrato ou, ao menos, pelo reconhecimento dos efeitos financeiros produzidos, argumentando que, apesar da ausência da comprovação da regularidade fiscal da Contratada, *"impõe-se a necessidade de serem ponderados os princípios gerais de Direito e o interesse público envolvido, sopesando-se, os princípios constitucionais aplicáveis à espécie, em especial o da supremacia do interesse público sobre o privado, da segurança jurídica, da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência, especialmente porque as entidades contratantes pertencem à mesma esfera de Poder, não se vislumbrando dano ou prejuízo ao erário no presente ajuste"* (folhas 164/168)

A Secretaria Geral manifestou-se pela **irregularidade** do Contrato por entender que, além da desobediência aos dispositivos legais apontados pela Auditoria, o Ajuste não se enquadrava nos objetivos sociais da Contratada.

Argumentou, também, ser insuficiente, como constou do Ajuste, a simples menção de que em matéria de penalidades se aplicava o disposto no artigo 87 da Lei Federal nº 8.666/93, pois a teor do disposto no artigo 40, inciso III, combinado com o inciso VII do artigo 55 da aludida lei, é obrigatória a expressa menção de cada uma das penalidades passíveis de ocorrência e de seus respectivos valores.

Salientou afrontar a Constituição Federal e a Lei Municipal nº 11.184/92 – a não apresentação da Certidão Negativa de Débitos perante a Previdência Social, à época da lavratura do Contrato.

Reputou, entretanto, releváveis as falhas de caráter formal apontadas, como a extemporaneidade da publicação no Diário Oficial da Cidade do extrato do Ajuste e do encaminhamento das informações a este Tribunal, por meio do SERI.

Íntegra do parecer da Secretaria Geral:

"A primeira questão a ser analisada, embora não abordada em momento anterior nestes autos, diz respeito à possibilidade de contratação direta por dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93.

O artigo citado dispõe:

'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 criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado' (grifos nossos).

Em primeiro lugar, penso que o Estatuto Social da São Paulo Turismo S.A. deveria ter sido juntado aos autos, a fim de verificar se o objeto do Termo de Contrato, ora examinado, se adequaria às finalidades para as quais a SPTuris foi criada.

Embora isso não tenha ocorrido, em pesquisa própria, tratei de consultar o objeto do Estatuto Social referido e constatei que lá se insere 'o apoio ou patrocínio de projetos de interesse social, turístico ou cultural' que é exatamente o objeto do 'Projeto Recreio nas Férias', ora examinado.

Mas, isto não basta para autorizar a dispensa de licitação com fulcro no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93.

São necessários o preenchimento de dois requisitos: a) que a entidade a ser contratada tenha sido criada com o fim específico de fornecer serviços para a Administração Pública e b) que ela atue com exclusividade para a Administração Pública.

É sabido que a SPTuris é sociedade de economia mista que ora presta serviços ao Poder Público e, outras vezes, desenvolve atividade reservada à iniciativa privada.

No caso em tela, os serviços do 'Projeto Recreio nas Férias', nos quais se incluem o fornecimento de materiais (tais como camisetas, faixas em lona, brinquedos), transporte, serviço médico, alimentação, entre outros (cláusula 1.1.1 e Anexos), ambos do Termo de Ajuste – fls. 73 e 81/91) são tipicamente serviços prestados também pela iniciativa privada.

Sendo assim, penso que, quando a Origem contratou a SPTuris, o fez observando os regramentos que regem a iniciativa privada, dentre os quais, os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da competitividade e, dessa forma, a SPTuris 'não foi criada para o fim específico' de prestar tais serviços à Origem, não se enquadrando, pois, no dispositivo do inciso VIII, do art. 24, da Lei de Licitações.

Reforça o meu entendimento, a lição de Marçal Justen Filho:

'Vedação à contratação direta de empresas atuantes no mercado: isso significa, em primeiro lugar, que não podem ser contratadas

sem licitação as empresas estatais que atuam no mercado. Toda entidade estatal que prestar serviços públicos ou comercializar bens atuando em competição com outras empresas privadas não poderá beneficiar-se de qualquer privilégio ou vantagem. Empresa estatal, atuante na exploração de atividades econômicas sob regime de competição com outros agentes privados, não pode ser investida no privilégio de contratação direta com a Administração Pública' (grifos nossos) ('Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos'. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 304).

No mesmo sentido é o posicionamento do Tribunal de Contas da União que, em julgamento ao Proc. nº 010.734/1999-6, Rel. Min. Raimundo Carreiro, assim decidiu:

'No tocante à audiência do ex-Prefeito (...), ouvido acerca da contratação direta da empresa municipal CODEJIPA, com fundamento no art. 24, VIII, da Lei 8.666/93, (...), cujo objetivo era a implantação de eletrificação rural em Ji-Paraná, considero, em linha de consonância com a Unidade Técnica, que suas razões de justificativa não devem ser acolhidas, uma vez que a CODEJIPA, conforme a Lei Municipal nº 001/83, não foi criada com a finalidade específica de prestar serviços de engenharia ou executar obras para a Administração Pública, não sendo, portanto, aplicável a dispensa de licitação para contratá-la.

A propósito, cumpre observar que, conforme a jurisprudência deste Tribunal, é indevida a dispensa de licitação para contratar sociedade de economia mista que desempenha atividade econômica, sujeita à livre concorrência, pois essas entidades não devem possuir privilégios que não sejam extensíveis às empresas da iniciativa privada (Acórdão 2399/2006, Plenário, 2203/2005 1ª Câmara, entre outros)' (grifos nossos).

O segundo requisito impõe que a SPTuris preste o serviço com exclusividade para a SME.

Sobre o tema, destaco, novamente, os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

"Necessidade de atuação exclusiva em favor da Administração Pública: apenas podem ser atingidas pelo regime de contratação direta prevista no dispositivo comentado aquelas empresas que prestam serviços ou fornecem bens exclusivamente em favor da Administração Pública. A exploração empresarial mista, que envolva atividade tanto no mercado institucional como naquele privado, conduz à exclusão da contratação direta fundada no inc. VIII do art. 24" (grifos nossos) (Autor e obra citados, p. 304).

Ora, como é sabido, a SPTuris não presta serviços exclusivamente à Administração Pública. Ela também atua na iniciativa privada, sob as regras da competitividade, com outras empresas.

Do exposto, considero que não seria possível a contratação direta da SPTuris com dispensa de licitação, fundamentada no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 restando, pois, prejudicada a análise das irregularidades apontadas pelos órgãos técnico e jurídico desta Casa.

Entretanto, caso Vossa Excelência entenda que está caracterizada a contratação direta com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, VIII, da Lei de Licitações, passo a me manifestar sobre cada uma das irregularidades apontadas pela Secretaria de Fiscalização e Controle e Assessoria Jurídica de Controle Externo.

No que tange ao atraso no envio das informações ao sistema SERI, considero que o mesmo possa ser relevado, pois caracteriza-se como falha formal e, pois, como vício sanável, até porque o interesse público foi devidamente atendido com a prestação do serviço pela contratada, sem que tenha havido qualquer prejuízo ao Erário.

O mesmo argumento é válido para relevar a falha formal da publicação extemporânea do ajuste no Diário Oficial. É que, neste caso, o objetivo maior, que é dar publicidade aos atos praticados pela Administração Pública, foi alcançado. Quanto a esta matéria trago, inclusive, precedentes deste E. Tribunal encontrados no TC nº 623.04-61, TC nº 624.04-24 e TC nº 625.04-97 (estes três em voto englobado) e, ainda, TC nº 572.04-22 e TC nº 622.04-70.

Em relação às penalidades cabíveis à espécie, pondero não ser suficiente a mera citação ao art. 87 da Lei de Licitações.

Estando sujeita ao princípio constitucional da legalidade, segundo o qual a SME só poderá fazer o que a lei autorizar, deveria ter elaborado o contrato, quanto a este assunto, de acordo com o disposto no art. 40, III e art. 55, VII, da Lei nº 8.666/93.

Assim, de acordo com o art. 40, III, o contrato deveria conter obrigatoriamente 'as sanções para o caso de inadimplemento'.

Ainda, a observância do art. 55, VII, traz como cláusula necessária a todo o contrato, 'os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas'.

Como profere Marçal Justen Filho, 'o sancionamento deverá ser objeto de disciplina compatível com os princípios jurídicos cabíveis. Significa ser insuficiente a mera repetição das palavras da Lei nº 8.666. É imperioso detalhar os pressupostos que caracterizam a infração e a extensão precisa da punição cominada' (autor e obra citados, p. 505).

E isto ocorre porque o contrato é um acordo bilateral, que prevê direitos e deveres para ambas as partes. Alguns destes deveres

decorrem das penalidades previstas pelo não cumprimento do pactuado.

Dessa forma, entendo que não basta a mera citação do art. 87, da Lei nº 8.666/93 para tornar regular o contrato.

Por fim, no que concerne à última irregularidade apontada, isto é, a não apresentação da CND à época da lavratura do ajuste, considero não serem suficientes as alegações da Origem de que foi apresentada Certidão Positiva com Efeitos de Negativa 'que, por um lapso, não correspondia à data de validade do contrato' (fls. 102).

Da mesma forma, entendo, em consonância com a SFC, que carece de eficácia o documento acostado às fls. 135, pois ele só traz a notícia de que a SPTuris protocolou Pedido de Parcelamento-PP sobre os débitos de salários dos anos de 2000 e 2001, conforme lá especificado. Não é possível saber se o Parcelamento foi ou não deferido e se não existem outros débitos previdenciários.

Quanto a este tópico, prevalece o disposto no art. 195, § 3º, da CF/88, segundo o qual a Administração Pública não pode contratar com pessoa jurídica que esteja em débito com o sistema da seguridade social.

E o que se percebe dos autos é que a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa (fls. 58) teve validade até 03/01/2005. Além disso, o 'print' da Previdência Social (fls. 57) refere-se somente até a data de 03/01/2005, dela excluindo os anos de 2000 e 2001, sobre os quais consta o Pedido de Parcelamento.

Em suma, a SPTuris é pessoa jurídica em débito com a Seguridade Social e, dessa forma, descumpre a determinação constitucional do art. 195, § 3º.

Entendo, pois, ser insanável tal irregularidade.

Diante de todo o exposto, entendo que o Termo de Contrato nº 36/SME/2005 não merece ser acolhido, por não se enquadrar na hipótese permissiva de contratação direta por dispensa de licitação, do art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, em razão do não preenchimento dos pressupostos concernentes a ter sido a SPTuris criada especificamente para prestar serviços à Administração Pública (SME) e a não atuar com exclusividade para ela.

Entretanto, caso Vossa Excelência entenda cabível a contratação direta por dispensa do art. 24, VIII, opino pelo não acolhimento do contrato, tendo em vista a não previsão de penalidades cabíveis e a ausência da apresentação da CND válida para o período. Sugiro, outrossim, que as irregularidades quanto à falha no envio das informações ao SERI e a publicação extemporânea do ajuste, no Diário Oficial, sejam relevadas, posto que meramente formais.

Em face da gravidade das irregularidades analisadas, quer as decorrentes da inapropriada escolha pela contratação direta com dispensa do art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, quer pela não previsão de penalidade e não apresentação de CND válida, entendo que os efeitos financeiros não merecem ser acolhidos" (folhas 170/181).

Uma vez anexados aos autos os Estatutos Sociais da Contratada – folhas 182/195, retornaram os autos aos Órgãos Técnicos.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu ser a SPTURIS entidade apta à prestação dos serviços de planejamento e de infraestrutura do Projeto "Recreio nas Férias", uma vez que constam do artigo 4º, letras *"b"*, *"c"* e *"i"*, de seus Estatutos Sociais previsão para o desenvolvimento dos serviços ora contratados.

Reiterou, quanto ao mais, os termos do pronunciamento exarado às folhas 152/156, nos seguintes dizeres:

"A nova argumentação trazida aos autos pela Secretaria Geral se direciona à impossibilidade de contratação direta por dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, VIII da Lei Federal n° 8.666/93, pois, para tal, exigir-se-ia outros dois requisitos não preenchidos pela SPTuris: que a entidade a ser contratada tenha sido criada com o fim específico de fornecer serviços para a Administração Pública e que ela atue com exclusividade para a Administração Pública.

A instrução dos autos com o Estatuto Social da empresa, juntados ao processo às fls. 182/195, traz o artigo 4º que, sobre o objeto social da sociedade, letras 'b', 'c' e 'i' do dispositivo, prevê o seguinte: 'b) A produção, divulgação e organização de eventos de qualquer espécie, realizados pela sociedade ou por terceiros; c) O fornecimento de infraestrutura, contratações artísticas, serviços, materiais relacionados à produção e realização de eventos em geral, organizados ou não pela sociedade; i) O apoio ou patrocínio de projetos de interesse social, turístico ou cultural'.

Salvo outras interpretações, graças ao teor das atividades institucionais descritas no objeto social da empresa, a SPTuris se encontra apta a prestar os serviços de planejamento e infraestrutura do Projeto 'Recreio nas Férias', contratados pela Secretaria Municipal de Educação.

No tocante a esse aspecto, portanto, não vislumbro irregularidade no instrumento analisado no presente processo.

A outra questão trazida pela Secretaria Geral, que merece ser analisada, é a de que a empresa é sociedade de economia mista que presta serviços à Administração Pública sem exclusividade, isto é, também desenvolve atividades reservadas à iniciativa privada. Ademais, os serviços do 'Projeto Recreio

nas Férias' são tipicamente prestados também pela iniciativa privada. Assim, argumenta SG, a contratação da SPTuris, observou os regramentos que regem a iniciativa privada e, dessa forma, não se enquadra no dispositivo do inciso VIII, do art. 24, da Lei de Licitações.

Entretanto, nos permitimos trazer aos autos a decisão deste Tribunal nos autos do TC nº 72-000.514.04-26, em que a contratação nestes mesmos moldes, com a SPTuris, com fulcro no art. 24, VIII da Lei 8.666/93 foi acatada. Houve, é certo, a aprovação em caráter de excepcionalidade, mas devido à infringência outra.

Penso que na hipótese de outro entendimento, a questão deve ser novamente submetida à manifestação da Origem em nome dos princípios da ampla defesa e do contraditório, haja vista a analise do contrato celebrado entre SME e a ANHEMBI Turismo, até o pronunciamento de SG, não ter sofrido tal debate.

Por agora e pelo exposto, da mesma forma que anteriormente, opino pela irregularidade da contratação devido especificamente a não apresentação do CND válida à época da lavratura do Ajuste e a não consignação das penalidades cabíveis em caso de inexecução do Contrato n° 36/SME/2005".

A Assessora Subchefe assim se manifestou:

"Acompanho as conclusões exaradas pela I. Assessora preopinante, no sentido da irregularidade da Contratação devido a não apresentação de CND válida à época da lavratura do ajuste e a não consignação das penalidades cabíveis perante a inexecução Contratual.

No tocante ao questionamento apresentado pelo Sr. Secretário Geral, entendo, s.m.j., que a Contratação 'in causa' atendeu os requisitos previstos no inciso VIII do art. 24 da Lei n. 8666/93, e que a escolha da SPTuris foi fundamentada em situação similar as já apreciadas por este Egrégio Tribunal de Contas, notadamente no TC n 72.000.514.04-26" (folhas 198/203).

O Órgão Fazendário e a Secretaria Geral ratificaram os pronunciamentos anteriormente exarados (folhas 205/206 e 208/209).

É o relatório

VOTO

TC 3.603/05-41: análise do Contrato nº 36/SME/2005, firmado com dispensa de licitação com amparo no artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.666/93, entre a Secretaria Municipal de Educação e a São Paulo Turismo S/A, para prestação dos serviços especializados, necessários à execução dos eventos atinentes ao Projeto "Recreio nas Férias", realizado nas férias escolares,

no período de 1º a 31 de julho de 2005, no Polo Cultural e Esportivo "Grande Otelo" e, no período de 11 a 22 de julho de 2005, em outras unidades educacionais, incluindo-se o fornecimento de materiais, serviços, infraestrutura e locação de área, necessários à execução adequada dos serviços

Os posicionamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral foram unânimes no sentido da irregularidade do contrato diante da ausência da apresentação da Certidão negativa de débito perante o sistema da seguridade social, infringindo o artigo 195, parágrafo 3º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 1º da Lei Municipal nº 11.184/92, bem como pela não consignação, de forma expressa no Ajuste, de cada uma das possíveis penalidades passíveis de ocorrência e de seus respectivos valores para o caso de inadimplemento ou inexecução contratual em desobediência ao artigo 40, inciso III, combinado com o inciso VII do artigo 55 da Lei Federal nº 8.666/93.

Neste sentido opinou a Assessoria Jurídica: "*da mesma forma que anteriormente, opino pela irregularidade da contratação devido especificamente a não apresentação do CND válida à época da lavratura do Ajuste e a não consignação das penalidades cabíveis em caso de inexecução do Contrato n° 36/SME/2005".*

A Secretaria Geral, por seu turno, acrescentou: "*opino pelo não acolhimento do contrato, tendo em vista a não previsão de penalidades cabíveis e a ausência da apresentação da CND válida para o período".*

Diante do exposto, com amparo nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, julgo irregular o Contrato nº 036/SME/2005.

Todavia, aceito os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste, considerando o seguinte:

1.- ausência de comprovação de prejuízo ao erário nos autos;

2.- o contrato já se encontra encerrado desde 31 de julho de 2005, tendo o objeto sido entregue;

3.- coerência com o posicionamento (por mim) adotado nos TCs 3.407-05-03, 4.237/05-28, 585/08-06, 3.933/03-84 e 4.287/03-87; e

4.-o falecimento do Ordenador da Despesa e Signatário do Contrato, José Aristodemo Pinotti.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Declaração de VOTO apresentada pelo Conselheiro João Antonio – Revisor

O objeto contratual encontra fundamento de validade no inciso VIII do artigo 24 da Lei 8.666/93, uma vez que o Estatuto Social da SPTuris apresenta, em seu artigo 4º, sobre o objeto social da sociedade, letras "b", "c" e "i" do dispositivo, o seguinte:

"b) A produção, divulgação e organização de eventos de qualquer espécie, realizados pela sociedade ou por terceiros;

c) O fornecimento de infraestrutura, contratações artísticas, serviços, materiais relacionados à produção e realização de eventos em geral, organizados ou não pela sociedade;

i) O apoio ou patrocínio de projetos de interesse social, turístico ou cultural".

Como bem descrito pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, graças ao teor das atividades institucionais descritas no objeto social da empresa, a SPTuris se encontra apta a prestar os serviços de planejamento e infraestrutura do Projeto "Recreio nas Férias", contratados pela Secretaria Municipal de Educação.

Quanto à CND (Certidão Negativa de Débitos) válida à época da lavratura do Ajuste, como bem destacou a Procuradoria da Fazenda Municipal, tal irregularidade foi sanada pela Origem, razão pela qual não surtiu nenhum efeito suficiente para macular o ajuste.

Quanto às demais irregularidades, todas são de natureza formal.

Ante o exposto, VOTO PELA REGULARIDADE do Contrato n.º 36/SME/2005.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Julgo regular o Contrato nº 36/SME/2005, firmado entre a Secretaria Municipal de Educação e a São Paulo Turismo S/A, objetivando a prestação de serviços necessários à execução dos eventos que compõem o Projeto "Recreio nas Férias".

Em relação à ausência de apresentação de CND válida a época do ajuste reitero as razões por mim já expostas em julgamentos anteriores, relativas aos efeitos decorrentes da Lei nº 13.405/02, que autorizou o Executivo Municipal a incluir, no acordo de amortização de dívidas para com o Instituto

Nacional de Seguridade Social – INSS, as dívidas das sociedades de economia mista municipais.

Desta forma, considerando a correspondência enviada pela contratada ao INSS, solicitando o parcelamento dos seus débitos (doc. fls. 135), entendo que a irregularidade possa ser relevada, ainda que em caráter excepcional.

A segunda questão, diz respeito à infringência ao artigo 55 da Lei nº Federal nº 8.666/93, por não estarem consignadas no ajuste as penalidades cabíveis em caso de inexecução do contrato.

Nesse sentido, o regime jurídico se impõe às bases da contratação, sendo que a definição das cláusulas sancionatórias se incluem no rol de cláusulas essenciais de formatação do contrato administrativo.

Não obstante, a Administração Pública não deixa de deter a prerrogativa de aplicar as demais penalidades previstas na Lei Federal nº 8.666/93, para as hipóteses de eventual inexecução total ou parcial do contrato, mesmos nos casos em que o contrato não as tenha previsto expressamente.

Posto isto, relevo a irregularidade constatada, diante de seu caráter formal e da inexistência, nos autos, de indícios de prejuízo ao Erário.

Por fim, em relação ao questionamento levantado pela Secretaria Geral, sobre a possibilidade de contratação direta, acompanho entendimento da Assessora Subchefe de Controle Externo em razão da mesma atender aos requisitos previstos no inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8666/93, e, ainda, considerando que a escolha da SPTURIS foi fundamentada em situação similar a outras já apreciadas por este Egrégio Tribunal de Contas.

Diante de todo o exposto, voto pela regularidade, em caráter excepcional, do contrato em exame.