TC nº 72-003.771.05-46

ANÁLISE. CONTRATO. SME. Serviços de planejamento e infraestrutura do Projeto São Paulo é uma Escola. Apresentação de certidão positiva de débito com efeitos de negativa. REGULAR excepcionalmente. Votação unânime.

2.967ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 10/07/2018

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, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, considerando as conclusões dos pareceres da Secretaria-Geral e da Procuradoria da Fazenda Municipal, em julgar excepcionalmente regular o Contrato 70/SME/2005, tendo em vista a superação das irregularidades inicialmente apontadas pela Auditoria desta Corte.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício ao Secretário da Secretaria Municipal de Educação, para que tome ciência do presente Acórdão, devendo o ofício ser acompanhado de cópia do relatório da Auditoria deste Tribunal, para que atente sobre eventuais irregularidades, semelhantes às aqui examinadas, evitando-as em futuras contratações.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, DOMINGOS DISSEI e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 21 de fevereiro de 2018.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

O presente processo tem por objeto a análise formal do Contrato 070/SME/2005, com dispensa de licitação, consoante dispõe o artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal 8.666/93, firmado entre a Secretaria Municipal de Educação e a São Paulo Turismo S.A., cujo objeto é a prestação de serviços especializados, necessários à execução dos eventos que compõem o Projeto "São Paulo é uma Escola", incluindo o fornecimento de materiais, serviços, infraestrutura e locação de área, assinado em 04.8.2005, com valor de **R$ 698.745,55** (seiscentos e noventa e oito mil setecentos e quarenta e cinco reais e cinquenta e cinco centavos).

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle**, após examinar a manifestação da Origem sobre o relatório inicial da auditoria sobre o Contrato 070/SME/2005, assim concluiu: "(...) *entendemos que o Contrato 70/SME/2005 encontra-se irregular por infringência ao inciso VII do artigo 55 da Lei Federal 8.666/93 por não consignar no presente ajuste as penalidades cabíveis em caso de inexecução do Contrato e ao artigo 195, § 3º da CF/88 e artigo 1º da Lei Municipal 11.184/92 pela não apresentação da CND à época da lavratura do ajuste*." (09.3.2006 – folha 93)

Inicialmente, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo** sugeriu fosse oficiada a Origem para apresentar esclarecimentos acerca do quanto registrado pela Auditoria. Efetuada a intimação, o Sr. Secretário Municipal de Educação à época, ordenador da despesa e signatário do ajuste, requereu dilação de prazo para se manifestar, o que lhe foi concedido. Todavia, a referida Pasta deixou de se manifestar no prazo ofertado. Nova intimação foi encaminhada à defesa concedendo-lhe a oportunidade de apresentar seus esclarecimentos no prazo adicional de 05 (cinco) dias, a fim de atender aos princípios da ampla defesa e do contraditório, constantes do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. O novo prazo, entretanto, igualmente se exauriu sem a manifestação da Origem.

Diante disso, a **Assessoria Jurídica**, embora considerando correto o enquadramento da licitação no caso de dispensa (folha 97) e o preço contratado condizente com o praticado no mercado (folha 98), opinou pelo não acolhimento do ajuste pelos motivos seguintes:

"*Em face da ausência de fatos novos que pudessem esclarecer as questões conflitantes nos autos, nada temos a acrescer a nossa manifestação anterior às fls. 96/100, que ora permitimos ratificar, no sentido do não acolhimento do instrumento em comento, em face da ausência de apresentação do CND válida à época da lavratura do ajuste (art. 195, § 3º da Constituição Federal e art. 1º da Lei Municipal 11.184/92) e pela não consignação das penalidades cabíveis em caso de inexecução do Contrato 70/SME/2005 (art. 55, VII da Lei Federal 8.666/93)*." (17.7.2007 – folhas 115/116)

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** requereu o acolhimento do Contrato 070/SME/2005 ao formular as seguintes ponderações:

"*Assim, não restou comprovado que as falhas apontadas comprometeram a execução do objeto contratual, constatando-se a efetividade do ajuste, sem qualquer prejuízo à Administração. (...).*

Portanto, em que pesem os argumentos dos Técnicos do C. Tribunal, há que se ponderar os valores em questão, adotando-se posicionamento que implique em menor sacrifício possível, sob pena de infringência à [a] *princípios consagrados nas relações entre público e particular, tais como, o da segurança jurídica, da boa-fé, da indisponibilidade do interesse público, da objetividade, da razoabilidade, etc. Todos esses aspectos permitem sugerirmos que se opine pelo acolhimento do ajuste, mormente considerando:*

***"1.** a impossibilidade de retorno ao 'status quo ante';*

***2.** a ausência de notícia de prejuízo ao Erário e de comportamento indevido ou má-fé;*

***3.** o princípio da segurança jurídica e, finalmente,*

***4.** o princípio da razoabilidade*."

O **Procurador Chefe da Fazenda Municipal** se manifestou ao final, como segue:

"*À vista dos elementos constantes dos autos, especialmente o parecer às fls. 119/123, que endosso, opina esta Procuradoria da Fazenda pelo acolhimento do Termo de Contrato 70/2005-SME, relevando-se as impropriedades apontadas, por ausência de dolo, culpa ou má-fé dos responsáveis, e ainda, qualquer prejuízo ao Erário*." (28.8.2007 – folhas 119/124)

A **Secretaria Geral**, por sua vez, apresentou parecer sustentando o acolhimento do Contrato 070/SME/2005 com os seguintes argumentos:

"*Entendo que a falta de previsão de multa e do consequente estabelecimento prévio do seu valor, não constitui irregularidade e, muito menos, vício suscetível de macular o ajuste. Na lei federal de licitações, a penalidade de multa só tem relevância quando se trata de multa de mora, por atraso na execução de prestação a cargo da contratada. A multa de natureza penal tem caráter apenas acessório*."

E destaca doutrina que alude à multa prevista no parágrafo 2º, do artigo 87 da Lei Federal 8.666/93, caracterizando-a como segue:

"*O mesmo autor preleciona, com relação à multa prevista na norma do § 2º do art. 87, da Lei Federal 8.666/93*:

'Diz ela que a administração pode cumular com multa a aplicação de advertência, suspensão ou declaração de inidoneidade, sem discriminar as hipóteses em que tal cumulação é possível, do que se infere que o será em qualquer caso, a critério da autoridade administrativa, diante das circunstâncias **in concreto**.

Se a lei admite a cumulação da pena pecuniária na generalidade dos casos, está a afirmar que esta é pena secundária em relação às demais, que são as principais.'

(...)

Poderia a contratante, portanto, abstrair-se da multa, preferindo atribuir à contratada, inclusive nos casos de atraso, as penalidades principais previstas.

(...)

Ademais, verifica-se que o subitem 9.2 do contrato prevê a rescisão contratual, sem prejuízo das sanções enumeradas no art. 87, da Lei Federal 8.666/93, vale dizer, a advertência, o impedimento temporário de contratar com a Administração e a declaração de inidoneidade (fls. 73).

Forçoso é convir, pois, que a Administração pode preferir não aplicar a pena de multa, a previsão dessa penalidade, assim como a do seu valor, não constituem requisitos indispensáveis do contrato, não configurando a sua falta irregularidade ou vício de qualquer ordem."

Quanto à falta de comprovação da regularidade da contratada com o sistema de seguridade social, apresentou a Secretaria Geral sua interpretação acerca desse tema no caso presente:

"*Advirta-se que a exigência de regularidade relativa ao sistema de seguridade social, a par de ser instituída pela própria Constituição, em seu art. 195, § 3º, não atenta contra o princípio da liberdade de iniciativa, nem é isso o que se está sustentando.*

No entender do Supremo Tribunal Federal, ao examinar legislação atinente à espécie, o atentado à liberdade só existiria se houvesse impedimento absoluto ao exercício da atividade empresarial, como elucida Marçal Justen Filho:

'E o próprio STF reconheceu a inconstitucionalidade apenas quando houvesse impedimento absoluto ao exercício da atividade empresarial. A simples limitação, tal como a proibição de contratar com instituições financeiras governamentais, foi reconhecida como válida. Sob essa óptica, a proibição de contratar com a Administração Pública não configura impedimento absoluto ao exercício da atividade empresarial.'

"(...) *a redação da Lei Federal de Licitações demonstra-se mais consentânea com o princípio fundamental da liberdade, eis que se refere à*

demonstração de situação regular. E regularidade não significa quitação. Eis o que está posto no inciso IV, do art. 29, da referida lei, com redação dada pela Lei Federal 8.883 de 8 de junho de 1994:

Pois bem, já se tornou assente que a certidão positiva de débito, com efeito de negativa, não torna a situação da contratada irregular, cabendo, no ponto, transcrição do julgado do TCU:

'Quanto à exigência de débitos não inscritos em dívida ativa, cabe dizer que podem estar sendo parcelados ou questionados em juízo, ou ainda, discutidos no âmbito da própria administração, o que, por si só não torna a situação do licitante irregular perante a Fazenda Pública, haja vista o disposto no art. 151, incisos III, IV, V e VI do Código Tributário Nacional.'

E informa, ainda, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

'O art. 29, III da Lei 8.666/93 deve ser interpretado com a flexibilidade preconizada no princípio inserido no art. 37, XXI, da CF/88. Se a empresa tem contra si execução fiscal, mas não se nega a pagar e indica bens à penhora para discutir a dívida, não há, ainda, inadimplência.'

E finalizou seu parecer ao concluir:

"*No caso concreto, a Origem esclareceu que a dificuldade de obter certidão junto ao INSS decorria da pendência relativa ao período de 12/2000 a 03/2001, cuja documentação se encontrava, na época, na Secretaria de Governo Municipal, visando à incorporação da contribuição daquele período no débito já parcelado com o INSS (fls. 33). Tendo juntado certidão positiva de débito com efeitos de negativa, com validade até 03/01/2005, essa certidão cobriu aquele período anterior mencionado (fls. 32).*

De outro lado, as guias de recolhimento de fls. 54/58 comprovam os recolhimentos das parcelas de 24 a 28, junto à PMSP, decorrentes do acordo que consolidou a dívida da Municipalidade junto ao INSS. As guias da previdência social – GPS de fls. 34/53, por seu turno, comprovam os pagamentos feitos à Previdência Social desde 01/05 até 07/2005, esta última com vencimento em 2/08/05, dois dias antes da assinatura do contrato.

Os períodos passado e futuro consignados na certidão positiva com efeitos de negativa de fls. 32 e as guias de fls. 34/58 cobrem, portanto, todo o exercício de 2005 até a assinatura do contrato e o período anterior a ele.

Ante essa documentação, não se pode afirmar a inadimplência da contratada junto ao sistema de seguridade social, mormente à luz do princípio da liberdade de iniciativa, consagrado no pórtico da Constituição Federal e do princípio homenageado na legislação sancionatório, relativo à adoção da interpretação mais favorável ao sujeito passivo da punição.

Pelas razões expostas, não obstante o reconhecimento da existência de impropriedades pela própria origem, com o endosso da Procuradoria da Fazenda Municipal, considero regular o contrato 70/SEME/2005, aqui examinado, propondo a sua aprovação." (25.6.2008 – folhas126/138)

Sobre a manifestação da Secretaria Geral, apresentou a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** novo parecer reafirmando sua posição anteriormente apresentada:

"*Em face do exposto mantemos o entendimento de ter ocorrido infringência ao inciso VII do artigo 55 da Lei Federal 8.666/93, em razão da falta de previsão neste ajuste das penalidades e multas cabíveis em caso de sua inexecução.*

Quanto a não apresentação da CND à época da lavratura do ajuste, em virtude da inadimplência da SPTURIS junto ao INSS, entendemos que a referida situação foi regularizada somente em agosto de 2006." (30.7.2008 – folhas 143/144)

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo**, em nova manifestação, reiterou seu parecer precedente com o que acrescentou: "(...) *não vislumbramos fatos que pudessem elidir por completo as questões anteriormente suscitadas, perfilhamos das conclusões esposadas pela área técnica Especializada, e ratificamos o entendimento desta Assessoria em outras oportunidades, opinando pela irregularidade do instrumento* 'sub examine." (23.11.2009 – folhas 147/149)

O mesmo ocorreu com a **Procuradoria da Fazenda Municipal**, que reafirmou seu posicionamento antes formulado. (30.3.2010 – folha 152)

Após tais manifestações, apresentou a **Secretaria Geral** seu parecer final com remissão ao julgamento conjunto das ADIns 173 e 394 pelo STF, cabendo destacar o seguinte ponto:

"*6 – Explicitação da Corte, no sentido de que a regularidade fiscal aludida implica '**exigibilidade da quitação quando o tributo não seja objeto de discussão judicial ou administrativa**."*

A destacar essa decisão, finalizou:

"*Como se verifica, o acórdão do Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a prova de quitação só pode ser exigida quando não estiver sendo discutido pelo contribuinte, em juízo ou administrativamente, o próprio crédito tributário ou seu valor.*

(...)

Nesse passo, cumpre registrar que a contratada, em sua manifestação de fl. 33, asseverou estarem os pagamentos das contribuições previdenciárias sendo efetuadas normalmente, tanto do valor correspondente à

dívida parcelada pela PMSP junto ao INSS, como também dos valores apurados mensalmente. E a guia de fl. 34 demonstra que a competências [competência] *do mês de julho vencer-se-ia em 02/08/05, quando foi efetivamente paga, de onde ser razoável concluir que a contribuição relativa ao mês de agosto só iria vencer em 02/09/05.*

Tendo sido o contrato celebrado em 4 de agosto, há de se concluir que a contratada, nessa época, estava em situação regular junto ao INSS, portando ou não a respectiva certidão negativa, além de se referir ao acordo de consolidação da dívida da Municipalidade junto ao INSS, em que estava integrada, o que pressupõe anterior discussão administrativa, finalizada em acordo (fls. 56/58).

Mantenho, pois, minha conclusão pela regularidade do contrato 70/2005 que, de resto, teve a curta duração de 26 dias, com respaldo na legislação e nos fundamentos da doutrina e da jurisprudência invocados na manifestação de fls. 126/138 e aqui suplementados." (11.10.2011 – folhas 154157)

É o Relatório.

VOTO

Sobre a análise do Contrato 070/SME/2005, processada no presente processo, foi a Secretaria Municipal de Educação devidamente intimada na pessoa de seu Secretário Municipal, sr. José Aristodemo Pinotti, já falecido, que deixou de se manifestar no prazo que lhe fora concedido.

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle**, assim como a **Assessoria Jurídica de Controle Externo**, embora considerando correto o enquadramento da licitação no caso de dispensa e o preço contratado condizente com o praticado no mercado, opinou pelo não acolhimento do ajuste pelos motivos seguintes:

"(...) *entendemos que o Contrato 70/SME/2005 encontra-se irregular por infringência ao inciso VII do artigo 55 da Lei Federal 8.666/93 por não consignar no presente ajuste as penalidades cabíveis em caso de inexecução do Contrato e*

ao artigo 195, § 3º da CF/88 e artigo 1º da Lei Municipal 11.184/92 pela não apresentação da CND [Certidão Negativa de Débito] *à época da lavratura do ajuste*."

Todavia, a **Secretaria Geral** apresentou parecer no qual sustenta a superação de tais irregularidades com a seguinte fundamentação:

"*Entendo que a falta de previsão de multa e do consequente estabelecimento prévio do seu valor, não constitui irregularidade e, muito menos, vício suscetível de macular o ajuste.*

Na lei federal de licitações, a penalidade de multa só tem relevância quando se trata de multa de mora, por atraso na execução de prestação a cargo da contratada. A multa de natureza penal tem caráter apenas acessório."

E destacou doutrina que alude à multa prevista no parágrafo 2º, do artigo 87 da Lei Federal 8.666/93, caracterizando-a como segue:

"*O mesmo autor preleciona, com relação à multa prevista na norma do § 2º do art. 87, da Lei Federal 8.666/93*:

'Diz ela que a administração pode cumular com multa a aplicação de advertência, suspensão ou declaração de inidoneidade, sem discriminar as hipóteses em que tal cumulação é possível, do que se infere que o será em qualquer caso, a critério da autoridade administrativa, diante das circunstâncias **in concreto**.

Se a lei admite a cumulação da pena pecuniária na generalidade dos casos, está a afirmar que esta é pena secundária em relação às demais, que são as principais.' (...)

Poderia a contratante, portanto, abstrair-se da multa, preferindo atribuir à contratada, inclusive nos casos de atraso, as penalidades principais previstas. (...)

Ademais, verifica-se que o subitem 9.2 do contrato prevê a rescisão contratual, sem prejuízo das sanções enumeradas no art. 87, da Lei Federal 8.666/93, vale dizer, a advertência, o impedimento temporário de contratar com a Administração e a declaração de inidoneidade (fls. 73).

Forçoso é convir, pois, que a Administração pode preferir não aplicar a pena de multa, a previsão dessa penalidade, assim como a do seu valor, não constituem requisitos indispensáveis do contrato, não configurando a sua falta irregularidade ou vício de qualquer ordem."

Quanto à necessidade de apresentação da Certidão Negativa de Débito, considerou igualmente superada a falta ao argumentar:

"*No caso concreto, a Origem esclareceu que a dificuldade de obter certidão junto ao INSS decorria da pendência relativa ao período de 12/2000* [dezembro de 2000] *a 03/2001* [março de 2001]*, cuja documentação se encontrava, na época, na Secretaria de Governo Municipal, visando à incorporação da contribuição daquele período no débito já parcelado com o INSS (fls. 33). Tendo juntado certidão positiva de débito com efeitos de negativa, com validade até 03/01/2005, essa certidão cobriu aquele período anterior mencionado (fls. 32).*

De outro lado, as guias de recolhimento de fls. 54/58 comprovam os recolhimentos das parcelas de 24 a 28, junto à PMSP, decorrentes do

acordo que consolidou a dívida da Municipalidade junto ao INSS. As guias da previdência social – GPS de fls. 34/53, por seu turno, comprovam os pagamentos feitos à Previdência Social desde 01/05 até 07/2005, esta última com vencimento em 2/08/05, dois dias antes da assinatura do contrato.

Os períodos passados e futuro consignados na certidão positiva com efeitos de negativa de fls. 32 e as guias de fls. 34/58 cobrem, portanto, todo o exercício de 2005 até a assinatura do contrato e o período anterior a ele.

Ante essa documentação, não se pode afirmar a inadimplência da contratada junto ao sistema de seguridade social, mormente à luz do princípio da liberdade de iniciativa, consagrado no pórtico da Constituição Federal e do princípio homenageado na legislação sancionatório [sancionatória]*, relativo à adoção da interpretação mais favorável ao sujeito passivo da punição.*

Pelas razões expostas, não obstante o reconhecimento da existência de impropriedades pela própria origem, com o endosso da Procuradoria da Fazenda Municipal, considero regular o contrato 70/SEME/2005, aqui examinado, propondo a sua aprovação."

E, em alusão a acórdão do Supremo Tribunal Federal (Rel. Ministro Joaquim Barbosa – DJE 53, Publicação 20/03/2009, Ementário 2353-1, Plenário, unânime, decisão em 25/09/2008), assinala ao final:

"*Como se verifica, o acórdão do Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a prova de quitação só pode ser exigida quando não estiver sendo discutido pelo contribuinte, em juízo ou administrativamente, o próprio crédito tributário ou seu valor.* (...)

Nesse passo, cumpre registrar que a contratada, em sua manifestação de fl. 33, asseverou estarem os pagamentos das contribuições previdenciárias sendo efetuadas normalmente, tanto do valor correspondente à dívida parcelada pela PMSP junto ao INSS, como também dos valores apurados mensalmente. E a guia de fl. 34 demonstra que a competências [competência] *do mês de julho vencer-se-ia em 02/08/05, quando foi efetivamente paga, de onde ser razoável concluir que a contribuição relativa ao mês de agosto só iria vencer em 02/09/05.*

Tendo sido o contrato celebrado em 4 de agosto, há de se concluir que a contratada, nessa época, estava em situação regular junto ao INSS, portando ou não a respectiva certidão negativa, além de se referir ao acordo de consolidação da dívida da Municipalidade junto ao INSS, em que estava integrada, o que pressupõe anterior discussão administrativa, finalizada em acordo (fls. 56/58).

Mantenho, pois, minha conclusão pela regularidade do contrato 70/2005 que, de resto, teve a curta duração de 26 [vinte e seis] *dias, com respaldo na legislação e nos fundamentos da doutrina e da jurisprudência invocados na manifestação de fls. 126/138 e aqui suplementados*."

Tal entendimento foi seguido pela Procuradoria da Fazenda Municipal que, assim, se manifestou:

"*À vista dos elementos constantes dos autos, especialmente o parecer às fls. 119/123, que endosso, opina esta Procuradoria da Fazenda pelo acolhimento do Termo de Contrato 70/2005-SME, relevando-se as impropriedades apontadas, por ausência de dolo, culpa ou má-fé dos responsáveis, e ainda, qualquer prejuízo ao Erário*."

Diante de todo o exposto, acompanho as conclusões dos pareceres da Secretaria Geral e da Procuradoria da Fazenda Municipal e **JULGO excepcionalmente REGULAR** o Contrato 70/SME/2005, com valor de **R$ 1.385.539,40** (um milhão, trezentos e oitenta e cinco mil quinhentos e trinta e nove reais e quarenta centavos), adotando os argumentos acima formulados pela Secretaria Geral que fundamentam, no presente caso, a superação das irregularidades inicialmente apontadas pela Auditoria.

Expeça-se ofício dirigido à Secretaria Municipal da Educação, na pessoa de seu Secretário Municipal, para que tome ciência da presente decisão, devendo o ofício ser acompanhado de cópia do relatório da Auditoria desta Corte de Contas, para que atente sobre eventuais irregularidades, semelhantes às aqui examinadas, evitando-as em futuras contratações.

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