JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.008.598.99-70

Licitação – dispensa – acolhido o ajuste – termos aditivos – certidão comprobatória da regularidade com a seguridade social – empresa integrante da administração – acolhido os termos de aditamento – determinação – art. 24, inciso VIII Lei 8666/93 – artigo 195, § 3º Constituição Federal

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.008.598.99-70, do qual é Relatora a Conselheira MARIANA P. A. Q. BARBOSA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, acolher o ajuste.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor e LAURA MARIA DE BARROS NASCIMENTO.

Ausente o Conselheiro EURÍPEDES SALES, em representação da Corte.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 06 de março de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

MARIANA P. A. Q. BARBOSA
Relatora

RELATÓRIO

Egrégio Plenário

Em julgamento três Termos Aditivos ao Contrato n° 07/99, celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes e a CET – Companhia de Engenharia de Tráfego, para prestação de serviços de engenharia de tráfego e educação de trânsito.

A Auditoria, antes de sua manifestação conclusiva, solicitou parecer da AT-J sobre a conduta da contratante de não exigir a apresentação das certidões de regularidade fiscal das empresas controladas pela Prefeitura, sob o argumento de que o Poder Público é acionista majoritário e responsável solidário pelos débitos das estatais municipais.

A AT-Jurídica posicionou-se pela ilegalidade dos ajustes, entendendo que o preceituado no artigo 195, § 3°, da Constituição Federal não faz qualquer distinção entre

empresas privadas e sociedades de economia mista, estando a CET, portanto, submetida ao comando Constitucional.

Diante do parecer da AT-J, a Auditoria concluiu pela irregularidade dos ajustes, apontando, ainda, que o 1° Termo Aditivo infringiu o disposto no parágrafo único do artigo 79 da Lei Municipal 10.544/88, o artigo 2° da Lei Federal n° 9.012/95 e o preceituado no artigo 195, parágrafo terceiro, da Constituição Federal, irregularidades que, com exceção da primeira, também estão presentes nos dois últimos ajustes.

Após diligência e apresentação de esclarecimentos pela Origem, foi observado que a CET encontrava-se em situação regular junto à Caixa Econômica Federal à época dos aditamentos e que o débito com o INSS estava sendo negociado por intermédio da Secretaria de Finanças da Prefeitura Municipal, retificando, a Auditoria, o descumprimento ao artigo 2° da Lei Federal n° 9.012/95.

Instada a manifestar-se, a AT-J entendeu sanada a questão da apresentação de Certificado de Regularidade do FGTS, permanecendo as irregularidades quanto ao prazo de publicidade e quanto à não-apresentação da CND, esta considerada como de natureza grave.

No mesmo sentido pronunciou-se o Senhor Secretário de Fiscalização e Controle.

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pelo acolhimento dos ajustes, concluindo que a ausência da CND por empresa integrante da Administração não tem o condão de tornar irregular a contratação, pois os aditamentos impugnados dizem respeito ao próprio objetivo social da CET.

Argumentou que a questão encontrava-se decidida nos autos, por estar caracterizada coisa julgada administrativa pelo v. Acórdão de fl. 249, que acolheu a contratação inicial, ressaltando, ainda, que a exigência de demonstração de regularidade fiscal deve ser mitigada, considerando-se que a contratada é empresa estatal.

Finalizando a instrução processual, SDG manifestou-se pelo acolhimento dos Termos Aditivos, argumentando em apertada síntese que, embora a certidão comprobatória da regularidade da contratada perante a Seguridade Social não possa ser dispensada por decorrer de exigência constitucional, na hipótese dos autos não pôde a mesma ser obtida, em razão de divergências entre o INSS e a CET, existindo notícia nos autos de que o débito estava sendo negociado por intermédio da Secretaria de Finanças.

Acrescentou, ainda, que a invalidação do contrato deve orientar-se pelo princípio do prejuízo e, sendo a contratada empresa integrante da Administração, confundindo-se o objeto do ajuste com os objetivos da CET, há que estar presente a ponderação de valores e a razoabilidade na interpretação da exigência legal diante da circunstância concreta, não ensejando a falha constatada necessariamente a declaração de nulidade dos instrumentos.

É o relatório.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 28 de abril de 2004.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro

VOTO

Entendo que a contratação pelo Poder Público com empresas integrantes da sua Administração Indireta não admite a dispensa da exigência da demonstração da regularidade fiscal por parte da contratada, já que o preceito constitucional não faz distinção entre a natureza jurídica das empresas, razão pela qual, ao contratar com empresas estatais, a Administração Pública estará submetida necessariamente aos requisitos do artigo 195, § 3º, da Constituição Federal.

Entretanto, no presente caso, três fatores devem ser considerados para o deslinde da questão. São eles: a) os serviços contratados são essenciais à garantia da continuidade da prestação do serviço público, e não se poderia cogitar da inexistência da adoção dos meios necessários para sua consecução; b) referidos serviços dizem respeito ao próprio objetivo social da CET, ou seja, a razão para a qual foi a empresa instituída; c) há notícia nos autos da existência de negociação em tramitação junto à instituição credora, através da Secretaria Municipal de Finanças.

Tais aspectos, por relevantes, não podem ser ignorados para a formação da convicção que orienta a presente decisão, eis que um deles demonstra que a ausência da certidão negativa decorreu da existência de divergências entre o INSS e a CET, como inclusive observou a Secretaria-Diretoria Geral em sua manifestação.

Os demais aspectos conduzem à inafastável ponderação entre a exigência constitucional de regularidade fiscal e a manutenção de serviço público essencial que corresponde ao objeto da necessária contratação, que por sua vez coincide com as finalidades institucionais da contratada.

Como bem ponderou SDG, a falha apontada não justifica a decretação da irregularidade dos ajustes, devendo, neste contexto, a decisão se orientar pelo princípio da razoabilidade, que recomenda a devida ponderação entre as exigências constitucionais, evidenciando-se a preponderância da continuidade do serviço público, a reclamar a celebração dos ajustes em julgamento, de onde se constata que outra conduta não poderia ser exigida da Administração.

Todos os aspectos aventados concorrem, assim, para a conclusão de que a desconformidade da conduta não leva fatalmente à decretação da nulidade dos ajustes, mas não justificam a não-exigência, como regra, da demonstração de regularidade fiscal das entidades da Administração Indireta, ainda que se trate de certidões positivas com efeito de negativas.

Diante de todo o exposto, não vislumbrando dano ao interesse que a Lei busca proteger, **VOTO** pelo acolhimento dos Termos de Aditamento ao Contrato n° 07/99, destacando-se que a impropriedade apontada quanto à extemporaneidade da publicação é passível de relevação, tendo em vista que a publicidade foi atendida, embora a destempo.

Determino à Origem que passe a observar com rigor a obrigatoriedade da exigência de certidões de regularidade nos termos preconizados pelo art. 195, § 3º, da Constituição Federal, inclusive nos contratos celebrados com entidades integrantes da Administração Indireta, bem como que observe os prazos legais para publicação dos ajustes.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 12 de maio de 2004.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Embora o artigo 32, da Lei número 8.666/93, preveja a dispensa parcial da documentação de que tratam os artigos 28 a 31, há documentos que por determinação constitucional não podem ser dispensados.

Dessa forma, a exigência da **CND** – Certidão Negativa de Débitos junto ao **INSS** – Instituto Nacional do Seguro Social, por estar prevista na Constituição da República, no seu parágrafo 3º do artigo 195, veda o Poder Público contratar pessoa jurídica em débito com a Seguridade Social.

Outrossim, não justifica o entendimento da Procuradoria da Fazenda Municipal, ao alegar que, pelo fato de a contratação de empresa pública ter tratamento especial e a circunstância do Contrato número **7/99** ter sido acolhido por esta Corte de Contas, sejam atos suficientes para elidir a exigência constitucional.

Ora, o parágrafo 3º do artigo 195 da Carta Magna, além de sua força cogente, não expressa a exclusão, muito menos concede privilégios às empresas públicas ou sociedades de economia mista que contribuem para o **INSS** - Instituto Nacional do Seguro Social, aliás, muito pelo contrário, estabelece a Constituição Federal em seu parágrafo 2º do artigo 173 que: **"as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado"**.

Tampouco, as justificativas trazidas pela Origem a respeito da questão convencem, visto que destituídas de elementos concretos que pudessem substituir a exigência constitucional e o fato de a Administração poder exigir a qualquer momento durante a execução contratual e, em especial, em cada assinatura de termo aditivo, principalmente quando esses termos aditivos são similares aos presentes analisados, ou seja, quando se referem a acréscimos contratuais.

Isto posto, **JULGO IRREGULARES** os 03 (três) Termos Aditivos ao Contrato número **7/99**, firmados entre a Secretaria Municipal de Transportes e a Companhia de Engenharia de Tráfego - **CET**.

Destarte, **APLICO** a **MULTA** de R$ 335,00 (trezentos e trinta e cinco reais) ao Ordenador da Despesa, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei número 9.167/80, pelas infringências apontadas.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 12 de maio de 2004.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acompanho o Ilustre Conselheiro Relator, no que pertine ao acolhimento dos Termos de Aditamento sob exame, pedindo vênia ao Egrégio Plenário para aduzir algumas considerações que entendo relevantes e que servem para justificar o meu voto.

A primeira diz respeito à decisão encartada à fl. 249 destes autos, que, por unanimidade, julgou regular o contrato original, sem que se aludisse, à época, à falta de

apresentação da Certidão Negativa de Débitos – CND, que constitui documento hábil para comprovar a regularidade do contratado perante a Seguridade Social.

Sob esse ângulo, entendo que a exigência - de apresentação desse documento – ora abordada constitui afronta à coisa julgada administrativa, que, no dizer de Hely Lopes Meirelles, se caracteriza pela impossibilidade de nova apreciação de ato já analisado.

Tem o seguinte teor lição inserta na obra Direito Administrativo Brasileiro:

> "Realmente, o que ocorre nas decisões administrativas finais é, apenas, preclusão administrativa, ou a irretratabilidade do ato, perante a própria administração. É sua imodificabilidade na via administrativa, para estabilidade das relações entre as partes". (Malheiros Editores, 24ª edição, pág. 612).

Destarte, aprovado pelo Plenário o ajuste original – com decisão transitada em julgado -, descabe nova apreciação sobre sua regularidade, o que ocorreria, caso agora se apreciasse a questão da apresentação da CND.

A segunda concerne à exigência em si, constante do artigo 195, § 3º, da Carta da República, que veda à Administração contratar pessoas em débito com a seguridade social.

Oportuno ressaltar, a este passo, que o fundamento da contratação direta está delineado no inciso VIII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, que permite a dispensa de licitação para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno – entre as quais se situa o Município -, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração e que tenha sido criado para esse fim específico, anteriormente à vigência do diploma federal citado.

Em tais casos, a dispensa decorre do fato de a contratada integrar a própria Administração, o que me induz a concluir que a natureza da contratada a exclui do rol de prestadoras particulares e comuns de serviços, eis que não adstrita às finalidades destas, voltadas ao lucro.

Nessa linha de raciocínio, consigno que, diante da singularidade da natureza da contratada, é admissível se confira a ela tratamento diferenciado, de resto já atribuído legalmente no que toca ao procedimento excepcional de dispensa de licitação.

Importante ressaltar, em abono de tal afirmativa, que a natureza diferenciada das entidades integrantes da Administração Indireta, dotadas de personalidade jurídica de direito privado e cujo capital acionário pertença majoritária ou exclusivamente ao Município, foi reconhecida na Lei Municipal nº 9.167/80, que, em seu artigo 20, parágrafo 1º, estabelece que a fiscalização a ser exercida por esta Corte, em relação a elas, deverá respeitar as peculiaridades de seu funcionamento, limitando-se a verificar a exatidão das contas e a legitimidade dos atos e levará em conta os seus objetivos, natureza empresarial e operação.

Tais assertivas, ademais, amoldam-se perfeitamente aos ditames do princípio da razoabilidade na interpretação da exigência legal no caso concreto, que se traduz no fato de que o ato da Administração deve guardar proporção adequada entre os meios utilizados e o fim almejado pela lei.

Na espécie, a falha verificada não conduz, necessariamente, à declaração de irregularidade dos ajustes, posto que, no campo do Direito Administrativo, o princípio da supremacia do interesse público é que deve nortear os atos da Administração.

Em suma, voltando-se a contratação à consecução do interesse público – que se sobrepõe ao particular -, forçoso concluir que a não-apresentação da certidão por empresa que integra a Administração não implica, obrigatoriamente, em irregularidade dos ajustes.

Acresce notar, ademais, as informações encartadas nos autos, de que a contratada vem negociando com o Instituto Nacional do Seguro Social. Tal afirmativa é corroborada pelas prescrições da Lei Municipal nº 13.405/02, pela qual o Executivo foi autorizado a incluir, no acordo de amortização de dívidas para com o INSS, as dívidas da Companhia de Engenharia de Tráfego – a teor do disposto no artigo 1º, inciso II -, que deverá amortizá-las, seja mediante ressarcimento ao Executivo, seja mediante a retenção, por este, de eventuais recursos destinados a esses entes.

Nesses termos, eventuais prejuízos que poderiam advir para a Municipalidade – em razão de débitos já existentes da contratada para com o INSS – serão cobertos na forma mencionada no artigo 2º do diploma municipal referido.

As razões alinhadas levam-me, pois, a concluir, como ora o faço, pelo acolhimento dos Termos de Aditamento.

É o voto.

TCM, 12 de maio de 2004.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

VOTO DE DESEMPATE

Os presentes autos foram, nos termos do Regimento Interno, art. 172, inciso II, por mim avocados na Sessão Ordinária de nº 2.147.

Cuida-se de julgar três aditivos ao Contrato nº 07/99, já acolhido, celebrado pela Secretaria Municipal de Transportes e a CET, tendo como objeto a prestação de serviços de engenharia de tráfego e educação de trânsito.

Os ajustes em apreço dizem respeito a retificações e remanejamento de anexos, sem alteração do objeto e valor contratual, os dois primeiros termos, bem como aumento do valor, e, igualmente, remanejamento dos anexos, no 3º TA.

Circunscreveu-se a discussão dos autos, após sua necessária instrução, ao fato de no ato de lavratura dos instrumentos, não ter sido exigida da CET a apresentação de CND atualizada.

O Nobre Conselheiro Relator Maurício Faria votou pelo acolhimento dos Termos de Aditamento, alertando, todavia, à Origem, que a falta da CND não deve ser a regra, quando se tratar de contratações com entes que integram a Administração Indireta.

Fundamentou, basicamente, sua posição em três fatores preponderantes, quais sejam:

"a) os serviços contratados são essenciais à garantia da continuidade da prestação do serviço público, e não se poderia cogitar da inexistência da adoção dos meios necessários para sua consecução;

b) referidos serviços dizem respeito ao próprio objetivo social da CET, ou seja, a razão pela qual foi à empresa instituída;

c) há notícia nos autos da existência de negociação em tramitação junto à instituição credora, através da Secretaria Municipal de Finanças."

Acompanhou-o o Conselheiro Roberto Braguim, em declaração de voto, em separado, de fls. 382/385, com considerações justificadoras de seu voto.

Aduziu, primeiramente, o I. Julgador, que a questão da comprovação da regularidade da contratada perante a Seguridade Social é matéria já julgada quando do exame do contrato original em que nada foi levantado a respeito.

Com referida decisão transitada em julgado, descabe, no momento, sua reapreciação.

Em segundo lugar, na linha do voto condutor do Nobre Relator, consignou: "diante da singularidade da natureza da contratada, é admissível se confira a ela tratamento diferenciado, de resto já atribuído legalmente no que toca ao procedimento excepcional de dispensa de licitação".

Salientou, afinal, as informações constantes dos autos, dando conta de que a contratada vem negociando com o INSS, corroboradas, ademais, pelas prescrições da Lei Municipal nº 13.405/02, pela qual foram incluídas as dívidas da CET no acordo, com o Executivo Municipal, de sua amortização.

De outro lado, o Nobre Conselheiro Edson Simões, acompanhado pelo Conselheiro Eurípedes Sales, julgou irregulares os referidos Termos, tendo em vista ser exigência constitucional que qualquer contratada do Poder Público esteja quite com a seguridade social ainda que integrante da Administração Indireta.

Em razão da rejeição dos instrumentos, foi aplicada, pelos Nobres Conselheiros, multa ao Ordenador da Despesa.

Este é o sucinto relato dos votos proferidos.

Abstendo-me de me estender na apreciação fática e jurídica da questão enfocada, conquanto sobejamente exposta pelos I. Conselheiros, meu voto segue a corrente dos Nobres Julgadores Maurício Faria e Roberto Braguim, pelo acolhimento dos aditivos e insubsistência da multa.

Apenas quero lembrar aos Nobres Pares que a matéria enfocada foi objeto, no passado, de consulta formulada pelo Sr. Prefeito, importando, destarte, em prejulgamento nos precisos termos do art. 30 da Lei nº 9.167/80.

Assim, por unanimidade, no TC 6.022.97-43, decidiram, no mérito, os Srs. Conselheiros:

" ... no mérito, de conformidade com o relatório e voto do Relator, responder afirmativamente aos quesitos formulados, no sentido da possibilidade legal de contratação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, independentemente da apresentação da certidão de regularidade social, posto não vislumbrar, na espécie, qualquer afronta ou descumprimento às disposições contidas no artigo 195, parágrafo 3º, da Constituição Federal e na própria Lei Municipal nº 11.184/92, por constituir lídimo direito da ECT a discussão pela via administrativa ou judicial a respeito da cobrança de contribuições sociais julgadas indevidas.

A contratação igualmente encontra respaldo nos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público, por cogitar seu objeto elemento indispensável e essencial à continuidade do serviço público municipal, prestado que é, com absoluta exclusividade pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos."

Destarte, perfeitamente agasalhada em referido parecer do Pleno, a matéria destes autos.

Acolho, portanto, os aditivos "sub examine".

São Paulo, 02 de junho de 2004.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, após determinação de Sua Excelência, na 2.147ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate, ocasião em que votaram os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, EDSON SIMÕES – Revisor, EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, bem assim consoante declaração de voto do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, votando o Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal, em acolher os termos de aditamento ao Contrato 7/99, destacando que a impropriedade apontada quanto à extemporaneidade da publicação é passível de relevação, tendo em vista que a publicidade foi atendida, embora a destempo.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar à Origem que passe a observar com rigor a obrigatoriedade da exigência de certidões de regularidade, nos termos preconizados pelo artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, inclusive nos contratos celebrados com entidades integrantes da Administração Indireta, bem como que observe os prazos legais para publicação dos ajustes.

Vencidos os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, nos termos do voto apresentado em separado, e EURÍPEDES SALES, que julgaram irregulares os termos aditivos, aplicando a multa ao ordenador da despesa.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 02 de junho de 2004.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente, com voto

MAURÍCIO FARIA
Relator