TC nº 72-000.818.03-30

ANÁLISE. CONTRATO. SPTrans. Serviços jurídicos. Elaboração dos editais. Outorga das concessões dos serviços de transporte coletivo de passageiros. Lei Mun. 13.241/01. REGULAR. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TC 72.003.102.02-03

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Maurício Faria. Referidos autos tiveram seu julgamento convertido em diligência, conforme proposta do Procurador Chefe da Fazenda Municipal – PFM, Gianfrancesco Genoso, na 2.429ª S.O.

CONSIDERANDO que os memoriais juntados nos autos pela PFM agregaram mais elementos no sentido de demonstrar a razoabilidade dos preços praticados, e que, ainda, os conteúdos e documentos acrescentados vão ao encontro dos fundamentos já invocados anteriormente, às fls. 307/321 dos presentes autos,

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório, voto e adendo ao voto do Relator, em ratificar a regularidade do Contrato 2002/057, celebrado entre a São Paulo Transporte S.A. – SPTrans e a Dallari Associados Advocacia.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar à SPTrans que adote as providências pertinentes para inserir, nos futuros contratos, ainda que realizados com inexigibilidade de licitação, as cláusulas penais com os valores das multas incidentes.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de ofício, acompanhado de cópia do presente Acórdão, à SPTrans, bem como ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, para ciência, com o posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor "ad hoc", Antonio Carlos Caruso e Edson Simões.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 05 de agosto de 2009.

Roberto Braguim
Presidente.

Maurício Faria
Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Em julgamento os contratos nºs 045/2002 e 057/2002, celebrados entre a São Paulo Transporte S.A. e o escritório Dallari Associados Advocacia, por inexigibilidade de licitação, com fundamento no artigo 25, II, c/c o art. 13, V, da Lei Federal de Licitações e alterações posteriores, bem como na Lei Municipal nº 13.278/02 e Decreto Municipal nº 41.722/02.

Os objetos dos contratos são, respectivamente, a prestação de serviços jurídicos especializados em direito administrativo para elaboração da legislação complementar à Lei Municipal nº 13.241/01 e de assessoria e consultoria na elaboração dos editais, durante os procedimentos licitatórios necessários à outorga das concessões dos serviços de transporte coletivo de passageiros, de acordo com o previsto na mencionada lei.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, analisando o embasamento legal das contratações, constatou que os objetos, por sua complexidade, podem ser caracterizados como singulares, bem como que o contratado, diante de sua inegável reputação em razão da habilitação e capacitação profissional na área envolvida, deve ser considerado como notoriamente especializado nos termos da lei. Por tais razões, opinou pelo acolhimento dos ajustes.

No que se refere à competência para contratar, aspecto apontado pela Auditoria, como à frente se verá, consignou a Assessora Subchefe que o artigo 29 da Lei Municipal nº 13.241/01 elucida a questão, na medida em que submete à deliberação da SPTRANS a forma pela qual promoverá os estudos para a realização do planejamento do sistema, não sendo negada a possibilidade da contratação de terceiro em face do elevado grau de especialização da matéria.

A Auditoria, na conclusão do relatório de análise, opinou pela irregularidade dos ajustes, em vista das seguintes infringências:

TC 3.102.02-03:

a) a competência para a contratação é da Secretaria Municipal de Transportes;

b) descumprimento do artigo 26 da Lei 8.666/93, por ausência de publicação do ato que autorizou a contratação;

c) falta dos documentos fiscais – CND e FGTS;

d) o contrato não estabelece os valores das multas.

TC 818.03-30:

a) infringência ao art. 38 da Lei 8.666/93 e art. 2º, "caput" e inciso VI, do Decreto Municipal nº 41.772/02, que tratam dos procedimentos instrutórios, no caso, especificamente, a planilha de orçamento ou pesquisa de preço e autuação do processo administrativo;

b) infringência ao art. 26 da Lei Municipal nº 13.278/02, c/c arts. 26 e 61 da Lei Federal 8.666/93, relativos à publicação dos atos que antecedem a contratação direta e o contrato (a publicação da autorização inicial ocorreu após a lavratura do contrato; não consta despacho de ratificação, nem sua publicação). Da mesma forma, o extrato do contrato;

c) infringência ao art. 29, IV, c/c art. 55, XIII, da Lei Federal 8.666/93, ao art. 195, § 3º, da CF, e art. 2º da Lei Federal nº 9.012/95 (não consta certidão de FGTS com vigência na data da contratação);

d) desatendimento à Instrução 02/00 (extemporaneidade na remessa dos documentos ao TCM);

e) infringência ao art. 55, VII, da Lei Federal 8.666/93, pelo não-estabelecimento do valor das multas;

f) infringência aos arts. 29 e 30 da Lei Municipal nº 13.241/01 (a responsabilidade legal pela organização dos serviços de Transporte Coletivo foi devolvida ao Poder Público e todo o procedimento licitatório está sendo conduzido pela SMT, e não houve delegação de competência, tampouco autorização ou ratificação da autoridade competente, como já ocorreu em outras situações).

A Secretaria de Fiscalização e Controle, com relação ao TC 3.102.02-03, entendeu superadas várias das questões apontadas por AUD em face da manifestação da AJCE, considerando pendentes apenas as relacionadas à ausência das certidões de regularidade fiscal e o não-estabelecimento de multas no contrato aludido, e, com relação ao TC 818.03-30, não considerou afastada nenhuma das irregularidades apontadas por AUD, asseverando ainda que superados os aspectos relativos à singularidade e à inegável reputação e notoriedade do escritório contratado, remanescem as infringências formais apontadas pela Auditoria, razão pela qual considerou irregular o contrato em julgamento.

Carlos Alberto Tavares Carmona, na qualidade de ex-Diretor Presidente da São Paulo Transporte S/A, apresentou as seguintes justificativas, relacionadas a ambos os processos:

- que, à época das contratações em julgamento, a empresa tinha entendimento diverso do defendido por esta Corte quanto à necessidade de publicação do despacho autorizatório das contratações realizadas, já que, por tratar-se de sociedade de economia mista não há que se falar em ratificação pela autoridade superior, uma vez que a própria Diretoria autoriza as contratações. Em razão desse entendimento, publicava apenas o contrato/resumo, em cinco dias, contados da assinatura, o que foi observado. Assim, a publicação da autorização não ocorreu posteriormente à lavratura do ajuste, porque não houve referida publicação. Entretanto, esclarece a empresa que, desde que esta Corte questionou referido entendimento, passou a publicar o despacho autorizatório das contratações;

- com relação à ausência de processo instaurado, esclarece que a falha, de cunho meramente administrativo, foi sanada, e que todos os documentos acostados à época estão devidamente autuados, com as folhas numeradas seqüencialmente e rubricadas pelo funcionário responsável;

- com relação à regularidade com o FGTS, verifica-se pela INTERNET que a contratada encontrava-se regular às datas das contratações, sendo que apenas a entrega da certidão deu-se posteriormente, mas a regularidade restou comprovada antes de qualquer pagamento, com plena observância da norma constitucional;

- com relação às multas, argumentou que por se tratar de contratação por notoriedade sequer se cogitou do inadimplemento contratual, mas que, ainda assim, a cláusula oitava previu expressamente a aplicação da Lei 8.666/93;

- quanto à competência da SPTrans para a celebração dos contratos, argumenta que a Lei Municipal nº 13.241/2001 a conferiu por meio do artigo 29, inciso I. Neste sentido também é o artigo 38 do referido diploma legal, quando dispõe que, durante a implantação e conclusão do novo modelo, a SPTrans continuará prestando serviços, executando as atribuições estabelecidas no seu estatuto social, bem como aquelas que forem fixadas no contrato de prestação de serviços firmado com a SMT;

- com relação à razoabilidade dos preços, a própria inviabilidade de competição e natureza singular dos serviços resultam na impossibilidade do estabelecimento de critérios objetivos para aferição e comparação de preços. Para tanto, a SPTrans procurou conhecer previamente junto a outras empresas os valores pagos em contratações de trabalhos técnicos profissionais especializados, de modo a concluir pela razoabilidade do preço diante do volume e complexidade do trabalho.

Os mesmos argumentos foram apresentados na defesa subscrita pelo Diretor Financeiro e Administrativo, tendo sido pleiteado o reconhecimento da regularidade dos ajustes.

O contratado, por sua vez, alegou que as informações constantes dos autos demonstram que foram reconhecidas a singularidade do objeto e a notória especialização do contratado, sendo, portanto, perfeitamente legais as contratações. Com relação aos valores argumentou que, embora seja impossível comparação, nada existe que possa configurá-los como despropositados, e que, diante da extensão e complexidade do objeto, foram havidos como razoáveis e proporcionais. No tocante às falhas formais, reputou-as exclusivamente à contratante, destacando, ainda, que, devido ao fato de o objeto já ter sido executado, algumas falhas já foram convalidadas e outras podem vir a sê-lo, nada havendo que possa dar ensejo à nulidade da contratação.

Em nova manifestação, AUD ratificou sua posição anterior pela irregularidade dos ajustes.

A AJCE, embora tenha acatado alguns argumentos apresentados pela Origem, relativos à publicação da autorização, do contrato e sua ratificação, entendeu que as demais irregularidades apontadas por AUD impedem o acolhimento do ajuste. Por fim, o Assessor Chefe, acolhendo as demais justificativas, inclusive quanto à cláusula penal, entendeu que apenas duas irregularidades subsistiram às justificativas das partes, as relativas à competência da SPTRANS para celebrar a contratação em exame e à ausência de regularidade junto ao FGTS, sendo que as mesmas impedem o acolhimento.

O Órgão Fazendário, considerando a alteração do posicionamento da AJCE no curso da instrução processual, propugnou por nova intimação da Origem e do contratado. Em nova manifestação, o contratado ressaltou as características próprias do trabalho desenvolvido e a impossibilidade de qualquer confrontação com outros realizados, inclusive quanto ao preço, decorrente da própria inviabilidade de competição, argumentando que o juízo possível é o de plausibilidade e razoabilidade, considerando os aspectos do tempo absorvido em sua execução e da complexidade de seu objeto. Não obstante, trouxe como fonte de referência, valores envolvidos em contratações diretas de profissionais de notória especialização. Com relação às falhas formais, destacou que todas são suscetíveis de convalidação, tecendo considerações acerca do entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema em face dos princípios da razoabilidade, legalidade e da segurança das relações jurídicas, nada havendo a ensejar a nulidade dos contratos.

A Origem propugnou pela relevação das falhas de natureza meramente formal.

A Auditoria e a Assessoria Jurídica de Controle Externo mantiveram os posicionamentos anteriores pela irregularidade dos ajustes.

A Procuradoria da Fazenda Municipal posicionou-se pelo acolhimento dos ajustes e, especificamente nos autos do TC nº 818.03-30, destacou passagem da manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo relacionada

ao preço, no sentido de que sua razoabilidade foi pela relatoria argüida à fl. 85, sobrevindo esclarecimentos dos interessados.

A Secretaria Geral, por fim, posicionou-se no sentido de reconhecer corretas as contratações por inexigibilidade de licitação, reconhecendo o preenchimento dos requisitos legais.

Afastou os argumentos apresentados pela Origem, quanto à competência, considerando que o poder concedente deveria ser a Secretaria Municipal de Transportes e não a SPTrans. Todavia, considerou a falha insuficiente para ensejar a rejeição do contrato, já que a SPTRANS é vinculada à SMT e os atos se deram com a participação da Secretaria. Além disso, ressaltou que não houve lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiros, sendo falha que comporta saneamento, inclusive pelo preconizado na Lei Federal nº 9.784/99.

Quanto à instauração do processo administrativo, consignou que a Origem deve aperfeiçoar as rotinas observando os prazos estabelecidos pela Lei de Licitações. Asseverou que as multas devem ser previstas no instrumento contratual, não bastando a mera invocação do artigo 87 do mesmo diploma legal.

Por fim, afastou a irregularidade apontada acerca da inexistência das certidões de regularidade fiscal, considerando que foram apresentadas por ocasião da celebração do primeiro ajuste, situação que alcançaria o segundo.

Ressaltando que os serviços foram prestados a contento, opinou pelo acolhimento dos ajustes, sem prejuízo das recomendações mencionadas.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Os contratos em julgamento tiveram por objeto a contratação de assessoria jurídica especializada para a implementação do novo modelo de organização dos serviços do sistema de transporte coletivo urbano de passageiros, instituído pela Lei Municipal nº 13.241 de 13/12/2001, regulamentada pelo Decreto nº 42.736 de 19/12/2002. A legislação que disciplina as contratações públicas exige a observância de alguns requisitos essenciais para a contratação sem o prévio procedimento licitatório. Tratando-se de inexigibilidade de licitação por notória especialização, a análise deve partir da natureza do objeto, que deve ser caracterizado como singular nos termos da lei, para, em seqüência, proceder-se à análise da notoriedade do contratado.

Verificados os requisitos indispensáveis para a averiguação da singularidade do objeto e da notoriedade do contratado, a AJCE

manifestou-se pela regularidade formal do procedimento adotado para a contratação, constatando que foram observados os preceptivos legais regedores da matéria, já que os motivos alegados justificam e autorizam a providência eleita pela Origem.

Assim, este aspecto da abordagem remanesce solucionado, já que não houve manifestação de qualquer Órgão Técnico desta Corte de Contas contrária ao reconhecimento do preenchimento dos requisitos de singularidade do objeto e notoriedade do contratado, o que nos leva, por brevidade, a deixar de tecer maiores considerações além daquelas longamente tratadas nos autos.

Nesse sentido, vale o primeiro destaque à formulação da AJCE que consignou, invocando voto do Ministro Carlos Átila do TCU, que o fato de a entidade pública possuir quadro próprio de advogados não constitui impedimento legal para a contratação de advogado particular para a prestação de serviços específicos, desde que a natureza e as características de singularidade e de complexidade desses serviços sejam de tal ordem que se evidencie não poderem ser normalmente executados pelos profissionais dos seus próprios quadros, justificando-se a contratação de pessoa cujo nível de especialização a recomende para a causa, como se deu nos ajustes em julgamento.

É de se notar que os relatórios produzidos pelas Comissões Especiais nomeadas para análise da contratação são minuciosos e abordam estes aspectos, considerando as justificativas e documentos que instruíram a contratação.

Outro sentido de análise inafastável refere-se ao preço que, nos termos do inciso III do § único do artigo 26 da Lei Federal 8.666/93, deve ser justificado.

De fato, extenso é o rol de precedentes das Cortes de Contas e dos nossos Tribunais nesse sentido, sendo certo que a questão só pode ser analisada se levada para o campo da razoabilidade, considerando-se o volume de trabalho e sua complexidade e especificidade, eis que não existem critérios de comparação que levem a uma conclusão segura acerca de sua eventual exorbitância.

Ainda assim, cumpre consignar que o contratado arrolou em sua defesa alguns trabalhos contratados por notoriedade, colhidos em diversas fontes, apenas como referência e no intuito de demonstrar as reais dificuldades na avaliação pretendida (fls. 149/150 do TC 818.03-30).

Em face de todos esses aspectos e das manifestações dos órgãos técnicos preopinantes, considero que também esta questão foi superada no curso da instrução processual, eis que nada há que possa levar à conclusão de que os valores são desarrazoados.

Superados os três primeiros requisitos legais indispensáveis para a contratação, resta a análise das impropriedades apontadas pelos Órgãos Técnicos e da irregularidade apontada pela Secretaria Geral como o único aspecto relevante não superado, relacionado à competência para a contratação.

Com relação aos aspectos formais lançados, há que se destacar as divergências de opiniões nos apontamentos dos Órgãos Técnicos desta Corte durante toda a instrução processual, como demonstrado no relatório, de forma que procuraremos tecer breves considerações sobre cada um deles, já destacando que as próprias divergências mencionadas apontam para a viabilidade de relevação, com exceção daquele referente à competência para a contratação:

- Ratificação da autorização e contrato e publicação: A Resolução nº 02/249 que autorizou a contratação foi votada em 29/07/02 e publicada em 03/08/02, não existindo comprovação da publicação do contrato, que foi celebrado no mesmo dia da autorização.

Assim, a Diretoria da SPTRANS autorizou a contratação direta, e estando no grau hierárquico mais elevado da empresa, não há que se falar em ratificação.

Consta que a publicação da autorização ocorreu posteriormente à assinatura do ajuste, e que não foi o mesmo publicado. Todavia, o contrato já foi executado, tendo seus efeitos se consolidado em decorrência da passagem do tempo.

- Autuação dos processos: embora de natureza formal, trata-se de falha significativa, já que a não-instauração do processo administrativo afasta a possibilidade do exame da contratação, e, conseqüentemente, indisponibiliza um dos mais eficientes instrumentos de controle dos atos da Administração Pública. A não instauração de PA fere a própria cidadania, já que afasta o direito concedido ao cidadão de fiscalizar, através dos órgãos competentes, as decisões do Poder Público, que devem ser motivadas e, sem o encadeamento lógico e sucessivo de atos e fatos que levam à emissão do ato jurídico final, não há como analisá-lo. O devido processo legal em sua acepção ampla não há que ser subestimado.

Entretanto, não há como afastar o fato de que referidos processos, ainda que a destempo, foram devidamente autuados e seus documentos numerados de forma seqüencial, a demonstrar que os atos necessários e indispensáveis à contratação em julgamento foram observados, ou seja, é possível se identificar um "iter", ainda que não consubstanciado na oportunidade no processo administrativo instaurado. O próprio relatório apresentado pela Comissão Especial nomeada para análise da contratação demonstra a adoção das providências, assim como os documentos juntados aos autos. Assim, houve a constituição, embora com defasagem temporal, dos processos administrativos correspondentes.

Ainda não se afastando a falha de procedimento da empresa contratante, há que se considerar que a impropriedade constatada, sobretudo porque sanada posteriormente com a instauração do PA, não afetou o ajuste, que restou documentado e inclusive foi devidamente executado, não resultando em irregularidade que possa eivá-lo de vício que macule sua validade.

- Regularidade fiscal junto à seguridade social: não foi exigida comprovação, por ocasião da celebração do contrato, o que significa inobservância da legislação que rege a matéria. Entretanto, o contratado demonstrou, através da juntada do histórico de fl. 320, que encontrava-se em situação regular, e que nenhuma ordem de serviço foi emitida antes de seu fornecimento.

- Prazo para remessa: não está relacionado diretamente à análise da legalidade do ato, mas à inação do agente responsável pela remessa, que dá ensejo à aplicação de penalidades em decorrência da situação de sujeição especial. Todavia, considero falha formal que deve ser relevada.

- Ausência de cláusula penal no ajuste: os valores não foram fixados no contrato, que se limitou a fazer referência expressa à Lei de Licitações. A lei determina que conste o valor das multas (art. 55, VII). Segundo o art. 86 o contratado fica sujeito às multas estabelecidas no edital e contrato, o que não ocorreu. Esta falha comporta determinação para que a Origem passe a inserir os respectivos valores das multas no contrato. Ao mesmo tempo, não tendo havido descumprimento, tampouco ocorrido situação de incidência de cláusula penal, inexistiu prejuízo concreto.

Por fim, o aspecto relevante não superado:

- Competência para contratar: o entendimento adotado pelos Órgãos Técnicos foi no sentido de que a Lei Municipal nº 13.241/01 devolveu à SMT a responsabilidade pela organização dos serviços de transporte, que anteriormente havia sido delegado à SPTRANS, de modo que a competência para a edição e encaminhamento da legislação complementar é do Poder Executivo, além do fato de a SPTRANS ser contratada pela PMSP para prestar serviços de administração e engenharia de transportes voltada à operacionalização, gerenciamento, fiscalização, supervisão e administração do Sistema, não tendo amparo legal para contratar terceiro para a elaboração de Decretos Regulamentadores e Projetos de Lei (arts. 30 c/c 36 e 40, da Lei Municipal 13.241/01).

De fato, na esteira da manifestação da Secretaria Geral, consideramos que o artigo 29 da Lei Municipal nº 13.241/01 não autoriza a SPTRANS a promover as contratações em apreço. Todavia pairam dúvidas plausíveis quanto a este aspecto, eis que seria possível concluir, da interpretação do texto legal, que as contratações seriam ínsitas ao desempenho das atribuições conferidas para elaborar estudos e realizar o planejamento do sistema. Tal possibilidade de interpretação pode ser constatada pela manifestação da AJCE de fl.

229 do TC 3.101.02-03, onde a Assessora Subchefe, fazendo referência ao artigo 29 da referida lei, entende que não é negada à SPTRANS a possibilidade de que os estudos sejam contratados com terceiros, em vista do elevado grau de especialização. Não obstante, tendo a me alinhar com a interpretação conferida pela Secretaria Geral, no sentido de que cabia à SMT a competência para a realização das contratações, o que não torna ilegais os atos, já que a contratante é empresa vinculada à Secretaria Municipal de Transportes, que dispõe de controle sobre a empresa governamental, além do que os trabalhos foram realizados de forma integrada, como revela a instrução processual.

Em face de todo o exposto, julgo regulares os contratos 045/2002 e 057/2002, celebrados entre a São Paulo Transporte S.A. e o escritório Dallari Associados Advocacia, e determino encaminhamento de ofício à Origem para que seja cientificada da decisão e adote as providências pertinentes para inserir nos futuros contratos, ainda que realizados com inexigibilidade de licitação, as cláusulas penais com os valores das multas incidentes.

Determino encaminhamento de ofício ao Ministério Público Estadual – Promotoria de Justiça da Cidadania, com cópia da decisão proferida por este Plenário.

Após, arquivem-se os autos.

Adendo ao VOTO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria – Relator

Os processos ora em exame já foram incluídos anteriormente em pauta, na Sessão Plenária Ordinária de nº 2.376, realizada em 21.05.2008. O julgamento dos contratos 045/2002 e 057/2002 foi iniciado e, após o relato da matéria, proferi meu voto pela regularidade dos instrumentos, com determinações. Ainda na fase de votação, o Sr. Conselheiro Revisor "ad hoc" solicitou vistas dos autos, devolvendo-os para a continuidade do julgamento na Sessão Ordinária de nº 2.420, quando então foram proferidos os votos dos demais Conselheiros, sendo os autos conclusos ao Sr. Conselheiro Presidente para proferir voto de desempate. Antes de ser proferido o voto de desempate, o Sr. Procurador Chefe da Fazenda Municipal requereu a juntada de Memoriais, solicitando a conversão do julgamento em diligência, a qual foi deferida, à unanimidade, pelo Pleno. Assim, depois de reiniciada a tramitação dos autos para apreciação pelos órgãos técnicos dos termos dos Memoriais apresentados, retornam os autos nesta oportunidade para julgamento conclusivo.

A AJCE e SG manifestaram-se no sentido de que as informações adicionais agregaram mais elementos no sentido de demonstrar a razoabilidade de preços praticados. Assim, frente ao exposto, e por entender que os conteúdos e documentos acrescentados aos autos vão ao encontro dos fundamentos já invocados em meu voto proferido anteriormente, de forma englobada, e anexado às fls. 458/472 do TC nº 3.102.02-03 e às fls. 307/321 do TC

nº 818.03-30, RATIFICO O SEU INTEIRO TEOR, CONCLUSIVO PELA REGULARIDADE DOS INSTRUMENTOS EM EXAME, COM AS DETERMINAÇÕES ENTÃO CONSIGNADAS, na esteira dos pareceres proferidos pelos órgãos técnicos.