JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.000.864.04-38

LICITAÇÃO – DISPENSA – CONTRATO – NÃO DISPONIBILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS PARA ANÁLISE – PUBLICAÇÃO EXTEMPORÂNEA DO EXTRATO DO TERMO CONTRATUAL – NÃO COMPROVAÇÃO DA CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL DO INSS – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DE PREÇOS – AUSÊNCIA DE PLANILHA DE ORÇAMENTO – DEFESAS DOS INTERESSADOS – NÃO ACOLHIDO O CONTRATO – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 195, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMBINADO COM O ARTIGO 47, INCISO I, LETRA "A", DA LEI FEDERAL 8212/91 E ARTIGO 2º DA LEI FEDERAL 9012/95 – DETERMINAÇÃO – ACEITADOS OS EFEITOS JÁ PRODUZIDOS – PRINCÍPIO DA ESTABILIZAÇÃO E VENCIDO O CONS. MAURÍCIO FARIA – VOTO DE DESEMPATE

RELATÓRIO

Cuida o TC 863.04-75 da análise de contratação direta da CET, para prestação de serviços de adequação do ambiente viário, visando à implantação do novo sistema de transporte coletivo – fase II, enquanto, por sua vez, o TC 864.04-75 trata da análise de contratação direta da SPTrans, visando à prestação de serviços especializados para implantação de sistema informatizado de monitoramento da frota de veículos do Sistema Integrado de Transporte Público, tendo sido, ambos os contratos, firmados pela SMT com fulcro no art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/93.

Em relação aos ajustes ora analisados, a Auditoria apontou como irregularidades a não-disponibilização de documentos para exame; a publicação extemporânea do extrato do contrato; a ausência de CND/INSS e CRF/FGTS; e, ainda, enfatizou a falta de justificativa de preços e a falta da planilha de orçamento, concluindo, sob o aspecto contábil/orçamentário, pela irregularidade das contratações.

A Secretaria Municipal de Transportes, em sua manifestação de defesa, destaca que, em relação à CET, essa empresa é responsável pela consecução dos serviços públicos em questão, e que, quanto à SPTrans, a competência exclusiva da empresa no âmbito do transporte público municipal encontra-se definida por força do artigo 29 da Lei Municipal nº

13.241/01, não sendo facultada à Administração Pública a contratação com terceiros nessas hipóteses, justificando-se, portanto, a contratação direta.

Quanto à questão atinente à falta de regularidade fiscal – INSS/FGTS, argumenta que eventual discussão judicial acerca da legitimidade da existência de possíveis débitos junto ao INSS não impede as empresas de contratarem com o Poder Público e, ainda que assim não fosse, diante da legislação específica e das próprias características de criação das contratadas, não seria permitida a contratação de qualquer outra empresa para realização dos serviços indicados. Quanto a esta última irregularidade apontada, vale destacar que a SPTrans, também intimada a se pronunciar, trouxe para os autos cópia da ação declaratória (Ação Declaratória nº 2003.61.00.003576-4, 26ª Vara Federal Cível) movida contra o INSS, para demonstrar a existência da alegada demanda judicial.

Esclarece, também, que, em relação à falta de disponibilização de documentos para exame, estaria enviando as informações acerca das contratações efetuadas por meio do sistema SERI e que por esta razão deixou de fazê-lo por cópia, seguindo instrução do próprio TCM, acrescentando, ainda, que a falta de publicação do extrato do contrato caracteriza falha meramente formal, não comprometendo os regulares efeitos do ajuste.

Já no que tange à falta de justificativa dos preços contratados, destaca que a interpretação, a contrário senso, da ressalva 'no que couber', do parágrafo único do art. 26, da Lei 8.666/93, leva ao entendimento de que a justificativa de preço nem sempre é obrigatória e que, quanto à ausência de Planilha de Orçamento, o disposto no inciso VI do artigo 2º do Decreto Municipal nº 41.772/02, só se aplica aos casos em que houver licitação.

Ao exame da manifestação da Origem, a Auditoria ratificou seu entendimento pela irregularidade dos ajustes, no que foi acompanhada pela SFC e pela AJCE, somente no que toca ao TC 864.04.38, relevando as demais falhas relativas à publicação extemporânea do extrato do contrato, bem como à não-disponibilização da documentação para exame.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento dos contratos, posto que formalmente regulares, relevando-se as ressalvas apontadas, eis que meramente formais.

Na mesma esteira foi o posicionamento da Secretaria Geral, que considerou suficientes os esclarecimentos trazidos pela Origem, opinando, por fim, pelo acolhimento dos Contratos 768/03 e 766/03, sem prejuízo das determinações julgadas cabíveis.

É o relatório.

VOTO

O objeto dos contratos ora em julgamento, em que pese reflita intervenções específicas e adicionais àquelas rotineiramente executadas, remete-nos, forçosamente, à compreensão do dimensionamento das ações necessárias que permearam a implantação do novo sistema de Transporte Público no Município de São Paulo, atividades estas inerentes à finalidade institucional das empresas públicas em questão, mas que vieram trazer novas frentes de atuação, e novos custos, em relação aos serviços tradicionais contratados anteriormente.

Nesse sentido, destacamos que, quanto ao contrato firmado com a CET, temos por objeto a 'adequação do ambiente viário para implantação do novo sistema integrado de transporte coletivo – fase II' e, com relação ao contrato firmado com a SPTrans, compreende seu objeto o 'desenvolvimento de um novo sistema informatizado de controle integrado do transporte público', envolvendo planejamento, administração, controle e fiscalização.

Feitas essas observações iniciais, como bem ressaltado pela douta Secretaria Geral desta Corte, verifica-se que as contratações ora em julgamento não podem ser analisadas unicamente sob a ótica da Lei 8.666/93, mas, sim, atentando-se, também, para o ordenamento jurídico municipal, em especial a Lei 13.241/01, que dispõe sobre o Sistema Municipal de Transporte Público.

Com o intuito de assegurar a supremacia do interesse público, algumas das funções que integram a competência originária do Município foram delegadas às empresas estatais, as quais detêm exclusividade na prestação dos serviços inerentes a suas atividades institucionais, razão pela qual a validade jurídica dos termos acordados encontra-se presente, ainda que possuam particularidades no que toca à forma de contratação.

Com relação à necessidade de comprovação da regularidade fiscal, a contratação de empresa integrante da Administração Indireta pelo Município não autoriza a dispensa dessa exigência, uma vez que também se encontra submetida à regra contida no § 3º do art. 195 da Constituição Federal. Contudo, nestes casos, conforme precedente jurisprudencial desta Corte, o princípio da continuidade do serviço público pode ser invocado para aceitação dos contratos firmados com empresas estatais em débito para com o sistema da seguridade social, se encontra a Administração sem alternativa idônea para manter, operante, serviço público essencial, prestado com exclusividade pela empresa contratada, por força de competência estabelecida em lei.

Como se não bastassem tais argumentos, fato é que, nos relatórios da auditoria relativos à análise dos processos de prestação de contas das empresas, consta informação noticiando a existência de parcelamento consolidado da dívida das mesmas junto ao INSS, o que também reforça nosso entendimento por relevar este apontamento, tendo, inclusive, constado das justificativas apresentadas nos autos, destaque no sentido da existência de pendência judicial acerca do reconhecimento do referido débito.

Nesse panorama, há que se ponderar, ainda, acerca da complexidade operacional colocada por uma alteração de envergadura tal como a de se implantar um novo sistema de transporte público num município como o de São Paulo, razão pela qual acompanho as manifestações da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral desta Corte, no sentido de que as contratações em exame encontram amparo nas leis federal e municipal vigentes à época, sendo que eventual falha quanto à justificativa mais detalhada de preços e demais infringências de natureza formal não devam impedir o acolhimento dos ajustes.

Frente ao exposto, **julgo regulares os Contratos 768/03 e 766/03**, relevando-se as irregularidades apontadas no curso da instrução processual, diante da excepcionalidade com que se revestem as contratações firmadas, visando ao conjunto das ações necessárias à continuidade dos serviços públicos em apreço, prestados com exclusividade pelas empresas contratadas, por força de competência estabelecida em lei.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 25 de outubro de 2006.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Acompanho o voto do Conselheiro Revisor, porém, não aceitando os efeitos financeiros produzidos.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de outubro de 2006.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

DECLARAÇÃO DE VOTO

Na análise dos TCs em discussão e julgamento conjunto, versando sobre contratos firmados entre a Prefeitura do Município de São Paulo, através da Secretaria Municipal de Transportes, como contratante, e a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET e a São Paulo Transporte – SPTrans, como contratadas, a Divisão Técnica V da Subsecretaria de Fiscalização e Controle acusou as seguintes infringências:

a) ao artigo 3º da Instrução TCM/01/2002, pela não-disponibilização de documentos;

b) ao artigo 61, § único, da Lei Federal nº 8.666/93 (Art.61 ... Parágrafo único – A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na Imprensa Oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.), e artigo 26, da Lei Municipal nº 13.278/02 (Art. 26 – O termo de contrato e seus aditamentos deverão ser publicados, na íntegra ou em extrato, no Diário Oficial do Município, dentro de 20 (vinte) dias contados da sua assinatura.), pela não-publicação dos contratos no Diário Oficial da Cidade;

c) ao artigo 195, § 3º, da Constituição Federal de 1988 (Art. 195 ... § 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.), e ao artigo 38, inciso II, do Decreto Municipal nº 41.772/2002 (Art. 38 - Na celebração de contratos por dispensa ou inexigibilidade de licitação, exigir-se-ão do contratado, apenas, os documentos que comprovem: ... II - regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.), por ausência de comprovação da regularidade fiscal com o INSS/FGTS;

d) ao artigo 12 do Decreto Municipal nº 41.772/02 (Art. 12 - Nas hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, deverá ser autuado processo especial, visando à formalização da contratação direta, mediante a perfeita caracterização da exceção prevista em lei, fundamentadas razões para escolha do contratado e justificativa do preço.), pela falta de justificativa de preços;

e) ao artigo 2º, VI, do Decreto Municipal 41.772/02 (Art. 2º - O processo de licitação, devidamente autuado, deverá ser instruído, conforme o caso, com os elementos seguintes: ... VI - planilha de orçamento ou pesquisa de preço;), pela falta de Planilha de Orçamento.

A Origem apresentou justificativas sobre as irregularidades increpadas e a Assessoria Jurídica de Controle Externo emitiu parecer pelo não-acolhimento dos ajustes, o que, entretanto, não foi recepcionado pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral, ambas opinando por sua acolhida, com relevação das impropriedades formais e recomendações cabíveis.

Anoto, de início que os contratos "sub examine" foram pactuados com dispensa de licitação calcada no artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.666/93 (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.), situação essa perfeitamente caracterizada na espécie.

Consigno, também, desde logo, que as impropriedades formais assinaladas nas letras "a", "b" e "e" são passíveis de relevação, quando ausentes o prejuízo ao Erário e a má-fé dos agentes envolvidos, posição essa que tenho externado, principalmente, no julgamento dos ajustes entre a Prefeitura e as suas entidades descentralizadas.

De outra face, as justificativas apresentadas pela Origem quanto aos preços, são perfeitamente aceitáveis nas hipóteses ventiladas, não só pela natureza dos contratos e especificidade de seus objetos, como também pelas dificuldades em se encontrar paradigmas de comparação ou confronto, além de que o cumprimento das exigências do artigo 26, § único, da Lei Federal de Licitações (Art.26 - ... Parágrafo único - O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço. IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados), e do artigo 12, do Decreto Municipal nº 41.772/2002 (Art. 12 - Nas hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, deverá ser autuado processo especial, visando à formalização da contratação direta, mediante a perfeita caracterização da exceção prevista em lei, fundamentadas razões para escolha do contratado e justificativa do preço.), para instrução do processo administrativo de dispensa, tem caráter relativo,como se deduz da locução 'no que couber', constante desse texto legal.

Sem embargo, expresso minha determinação para que os futuros contratos sejam elaborados e formalizados com o correto e adequado preenchimento dos requisitos estatuídos no artigo 55 da Lei Federal nº 8.666/93.

Todavia, a irregularidade assinalada pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, sintetizada na letra "c" retro, (ausência de comprovação da regularidade fiscal com o INSS/FGTS), não pode ser, "data venia", ignorada e relevada por este Colendo Sodalício, em face do mandamento contido no artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, que expressamente veda a pessoa jurídica em débito com o Sistema de Seguridade Social contratar com o Poder Público, nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Aliás, a espécie em foco é bastante parecida com os ajustes apreciados recentemente no TC nº 4.287.03-27, pactuado entre a Secretaria Municipal de Transportes e a SPTrans, julgado irregular, por votação majoritária, pelo V. Acórdão proferido na sessão 2.288ª, de 06/09/2006.

Naquela oportunidade, deixamos consignado, no voto vencedor declarado, a implementação do preceito constitucional pela Lei Federal nº 8.212/91 que, dispondo sobre a organização e o plano de custeio da seguridade social, exige no seu artigo 47, II, na redação da Lei nº 9.032/95 (Art. 47 - É exigida Certidão Negativa de Débito – CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos: ... II – do proprietário, pessoa física ou jurídica, de obra de construção civil, quando de sua averbação no registro de imóveis, salvo no caso do inciso VIII do artigo 30.), a exibição obrigatória da Certidão Negativa de Débito – CND, fornecida pelo órgão competente, na "**contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios ou creditício por ele concedido"** (inciso I, letra "a").

E, segundo a conceituação do artigo 15 do mesmo texto legal, considera-se empresa **"a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional"**.

Portanto, está sujeita à observância da regra constitucional qualquer pessoa jurídica interessada em contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios, independentemente de sua natureza pública ou privada, não cabendo ao intérprete distinguir onde a lei não distingue, ou mesmo imaginar situações que possam arredar ou contornar sua aplicabilidade.

Consigno, ainda, por relevante, que a prova de regularidade fiscal, relativa à Previdência Social e ao Fundo de Garantia (FGTS), vem exigida pelo artigo 29, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93, acrescentado pela Lei nº 8.883/94 (Art. 29 - A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em: ... IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.), como condição de habilitação nos feitos licitatórios, sendo que a Lei Federal nº 9.012/95, artigo 2º, proíbe as pessoas jurídicas em débito com o FGTS celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autarquia e fundacional, bem como participar de concorrência pública.

Outrossim, não suprem a Certidão Negativa de Débito ou o Comprovante de Quitação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, ou instrumento equivalente, a discussão judicial em torno de alíquotas ou de determinados débitos, sem que, eventual liminar concedida nessas demandas seja abrangente e não específica, como nas hipóteses aqui analisadas.

Assim, coerente com pronunciamentos pretéritos, em situações similares, não acolho os contratos, por violação ao artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 47, inciso I, letra "a", da Lei Federal nº 8.212/91 (Art. 47 – É exigida Certidão Negativa de Débito – CND, fornecida pelo Órgão competente, nos seguintes casos: I - da empresa: a) na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou creditício concedido por ele.), e artigo 2º da Lei 9.012/95 (Art. 2º - As pessoas jurídicas em débito com o FGTS não poderão celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, bem como participar de concorrência pública.), respeitando, contudo, os efeitos financeiros já produzidos, em obediência ao princípio da estabilização e consolidação das relações jurídicas consumadas.

É como voto.

TCM, 25 de outubro de 2006.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com o TC 863.04-75, e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, consoante declaração de voto apresentada, e EDSON SIMÕES, nos termos do voto em separado, em não acolher o Contrato 766/03-SMT.GAB, por violação aos artigos 195, § 3º da Constituição Federal, combinado com o artigo 47, inciso I, letra "a", da Lei Federal 8.212/91, e artigo 2º da Lei Federal 9.012/95.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos mesmos votos, em exarar determinação para que os futuros contratos sejam elaborados e formalizados com o correto e adequado preenchimento dos requisitos estatuídos no artigo 55 da Lei Federal 8.666/93.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator que, consoante relatório e voto apresentados, julgou regular o mencionado ajuste e relevou as irregularidades apontadas no curso da instrução processual, diante da excepcionalidade com que se reveste a contratação firmada, visando à continuidade dos serviços públicos em apreço, prestados com exclusividade pela empresa contratada, por força de competência estabelecida em lei.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelo voto do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Revisor, votando o Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em aceitar os efeitos financeiros já produzidos, em obediência ao princípio da estabilização e consolidação das relações jurídicas consumadas. Vencido, neste particular, o Conselheiro EDSON SIMÕES, que não aceitou os referidos efeitos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator e EDSON SIMÕES.

Ausente o Conselheiro EURÍPEDES SALES, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de outubro de 2006.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte