TC nº 865/2004

2º Julgado
RECURSOS. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregulares o contrato e os Termos Aditivos. Serviços de detecção, registro e processamento de infrações de trânsito. SMMT. Não há comprovação de compatibilidade entre os preços contratados e aqueles utilizados como parâmetro na contratação. Nenhum elemento novo foi trazido aos autos relativamente ao critério inadequado de pagamento em virtude da vinculação entre a remuneração da contratada e o efetivo recebimento da multa. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

3.035ª Sessão Ordinária

1º Julgado
ANÁLISE. CONTRATO. DISPENSA. TERMO ADITIVOS. SMT. Serviços de detecção, registro e processamento de infrações de trânsito. Ausência de justificativa de preço e comprovação de regularidade. INSS, FGTS. Critério de remuneração irregular. Art. 24, VIII e 26, parágrafo único e III, Lei 8.666/93. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

TC's citados 72.004.251.01-18, 72.004.252.01-80, 72.006.022.97-73, 72.003.260.03-35, 72.005.039.01-69, 72.002.906.02-95, 72.004.252.01-67, 72.002.905.02-22, 72.004.251.01-18, 72.002.943.03-00, 72.001.835.01-22, 72.003.025.02-64.

2.559ª Sessão Ordinária

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Processo julgado em bloco, ora em grau de recurso, nos termos da Resolução 6/2017 desta Corte, do qual é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso interposto, pois presentes os requisitos regimentais

de admissibilidade, e, quanto ao mérito, em negar-lhe provimento, mantendo-se o V. Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 8 de maio de 2019.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Trata o TC 865/2004, neste estágio processual, de análise do recurso interposto pelos Srs. Jilmar Agustinho Tatto e Dernal Oliveira Santos (fls. 273/279), em face do v. Acórdão de fls. 271/272, que decidiu, à unanimidade, julgar irregulares o Contrato 765/03-SMT e os Termos Aditivos 01/2003, 02/2003, 03/2003, 04/2003 e 05/2003, preservando, excepcionalmente, os efeitos financeiros da contratação.

O objeto consistiu na contratação de serviços de detecção, registro e processamento de infrações de trânsito, operando por meio dos Modo Fixo, Modo Fixo com Painel Informativo e Modo Flexível.

Em seu recurso, os Srs. Jilmar Agustinho Tatto e Dernal Oliveira Santos sustentaram, em síntese, que as irregularidades apontadas deveriam ser consideradas como meras irregularidades formais incapazes de macularem os instrumentos em análise. Argumentou, ainda, que não se vislumbrou dano ou prejuízo ao erário, além da boa-fé que permeou todos os atos praticados.

Encaminhados os autos a Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta opinou pelo conhecimento do recurso interposto e, no mérito, pelo não provimento do mesmo.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o provimento do recurso interposto, propugnando, assim, pela reforma do v. julgado de fls. 271/272.

A Secretaria Geral observou que o recurso interposto pelo recorrente não trouxe argumentos de fato ou de direito capazes de alterar o quanto decidido pelo v. Acórdão, motivo pelo qual, opinou pela manutenção da decisão colegiada.

Frisou que as questões ventiladas no recurso já foram amplamente debatidas nestes autos, quando da fase de instrução probatória e de julgamento pelo pleno desta C. Corte.

Manifestou-se ao final pelo conhecimento do recurso interposto e, no mérito, pelo não provimento do mesmo, mantendo-se na íntegra a R. decisão recorrida nas determinações nelas estabelecidas.

É o Relatório.

VOTO

Em julgamento o recurso interposto pelos Srs. Jilmar Agustinho Tatto e Dernal Oliveira Santos, em face do Venerando Acórdão de fls. 271/272, que decidiu, à unanimidade, julgar irregulares o Contrato 765/03-SMT e os Termos Aditivos 01/2003, 02/2003, 03/2003, 04/2003 e 05/2003, preservando, excepcionalmente, os efeitos financeiros da contratação. De acordo com o aludido Acórdão, o Contrato foi julgado irregular tendo em vista a ausência de justificativa do preço contratado e o critério de remuneração.

Os Termos Aditivos foram julgados irregulares por acessoriedade.

Em relação à ausência de preços, alegam os Recorrentes que a Companhia de Engenharia de Tráfego-CET é uma companhia mista constituída com a finalidade específica para o planejamento, implantação e operação do sistema viário no trânsito, portanto, é a única empresa competente para gerir as questões de trânsito no âmbito do Município de São Paulo.

Afirmam que o custo unitário de cada uma das modalidades de detecção de infração de trânsito foi determinado com base nas licitações realizadas pela referida Companhia, que demonstraram a proporcionalidade e economicidade dos valores apresentados à época.

De fato, entendo que a pesquisa de mercado não é a única forma de aferição do valor da contratação, desde que demonstrada sua razoabilidade e compatibilidade com o interesse público, podendo, inclusive ser aceito o critério adotado pela Origem. Ocorre, contudo, que os Recorrentes não

trouxeram qualquer comprovação de compatibilidade entre os preços contratados e aqueles utilizados como parâmetro na contratação.

Relativamente ao critério inadequado de pagamento em virtude da vinculação entre a remuneração da contratada e o efetivo recebimento da multa, nenhum elemento novo foi trazido aos autos.

Por todo o exposto, CONHEÇO do Recurso interposto, pois presentes os requisitos regimentais de admissibilidade e, quanto ao mérito, NEGO-LHE PROVIMENTO, mantendo-se o Venerando Acórdão atacado por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

É como voto, Senhor Presidente.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregulares o Contrato 765/03-SMT, tendo em vista a ausência de justificativa do preço contratado e o critério de remuneração, e os Termos Aditivos 01/2003, 02/2003, 03/2003, 04/2003 e 05/2003, em face do princípio da acessoriedade.

ACORDAM, no entanto, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor e ROBERTO BRAGUIM, excepcionalmente, considerando que não houve nos autos a constatação de sobrepreço nem de prejuízo ao erário, até porque se trata de relações entre dois entes da Administração, em preservar os efeitos financeiros da contratação.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor e ROBERTO BRAGUIM.

Ausente o Conselheiro EURÍPEDES SALES, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de maio de 2011.

EDSON SIMÕES
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos do exame do Contrato nº 765/03 e dos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º Termos de Aditamento, firmados entre a Secretaria Municipal de Transportes e a Companhia de Engenharia de Tráfego, tendo por objeto a prestação de serviços de detecção, registro e processamento de infrações de trânsito.

Os órgãos técnicos preopinantes apontaram irregularidades nos ajustes no que se refere à ausência de justificativa do preço contratado e de comprovação da regularidade da contratada perante o INSS e FGTS, à remessa intempestiva dos documentos a esta Corte e à inadequação no critério de pagamento, vinculado ao montante correspondente à quantidade de multas recebidas pelo Tesouro Municipal, tendo a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendido, ainda, ser irregular o contrato, uma vez que, tendo por objeto atividade-fim da CET, o ajuste não poderia prever a transferência de sua execução a terceiros (Cláusula Sétima), porquanto as subcontratações não condizem com o instituto da dispensa de licitação.

Intimados, apresentaram defesas nos autos os dirigentes da Secretaria Municipal de Transportes e da Companhia Engenharia de Tráfego, bem como os ordenadores da despesa, à época, Srs. Dernal Oliveira Santos e Jilmar Augustinho Tatto. Em síntese, foram os seguintes os argumentos das defesas: as informações acerca das contratações efetuadas foram encaminhadas via SERI; os preços utilizados na contratação tiveram como base o resultado de licitações anteriormente realizadas, sendo que tais procedimentos licitatórios somente foram instaurados depois da realização de pesquisa de preços no mercado; houve compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado, tratando-se de contrato firmado entre a Municipalidade e a CET por imposição de lei; medidas administrativas e judiciais estavam sendo encaminhadas entre a CET e o INSS, não havendo qualquer débito em relação ao FGTS. A CET juntou certidões positivas de débito, com efeito de negativas, emitidas em junho de 2005 e novembro de 2005, bem como o Certificado de Regularidade do FGTS-CRF com prazo de validade até 5 de setembro de 2003.

A Auditoria manteve seu posicionamento pela irregularidade dos ajustes, por entender que as manifestações e documentos oferecidos pelos defendentes não lograram alterar as suas conclusões precedentes.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou o posicionamento da Auditoria pela irregularidade do contrato e dos aditamentos sob exame. Relativamente aos supostos precedentes referenciados nas defesas, a Especializada informou: a) que no âmbito do TC nº 72.001.835.01-22, a não apresentação das certidões fiscais por ocasião do TA 001/2001 ao Contrato nº 02/01 foi julgada regular, por maioria de votos, porém se tratava de processo distinto do processo ora analisado; b) que o TC nº 72.004.251.01-18, julgado irregular, e o TC nº 72.004.252.01-80, com o mesmo objeto do processo em questão, tratam de licitações que originaram os Contratos nºs 049/03 e 101/02, o que corrobora com o fato de que a subcontratação é total, portanto necessária a apresentação da pesquisa de preços. Já com relação à remessa intempestiva dos documentos solicitados por este Tribunal, entendeu tratar-se de uma relação de caráter administrativo que não maculou a contratação. Em conclusão, reiterou seu parecer anterior pelo não acolhimento dos ajustes.

A Procuradoria da Fazenda Municipal acolheu as razões de defesa apresentadas pela Origem. No que concerne à prova de regularidade perante o INSS e o FGTS, invocou, ainda, entendimento expressado pelo Tribunal de Contas da União, por ocasião de consulta que lhe foi formulada, quando aquela Corte de Contas concluiu no sentido da possibilidade de contratação de empresas paraestatais ou da realização de pagamentos a elas devidos, mesmo sem a comprovação da regularidade com o INSS e o FGTS, quando tais empresas forem detentoras do monopólio de prestação de serviços essenciais ao funcionamento da Administração. Alegou o Órgão Fazendário, por fim, a ausência de prejuízo ao erário e o atendimento ao interesse público, requerendo o acolhimento dos ajustes, ou, ao menos, o reconhecimento dos seus efeitos financeiros.

A Secretaria Geral esclareceu que tem sustentado, com apoio em acórdão deste Tribunal, no âmbito do TC nº 72.006.022.97-43, a inexigibilidade de Certidão Negativa de Débito quando a empresa demonstrar que vem questionando o débito, por meio administrativo ou judicial, sem solução definitiva a ela desfavorável. Acrescentou, ainda, que tem defendido, em outros expedientes, a tese de que a certidão expedida posteriormente à celebração do contrato cobre todo o período anterior, com certeza real da inexistência de débito, o que tem juridicamente mais força do que uma simples presunção. Afastou, contudo, as alegações de defesa acerca da exclusividade da CET para exercer os serviços contratados, tendo em vista o contrato admitir subcontratações parciais. Acrescentou que se a empresa detivesse exclusividade para a execução dos serviços contratados não poderia subcontratá-los, nem mesmo parcialmente, dado que não haveria outras empresas aptas à sua execução.

Relativamente à licitação, ponderou que, nos termos da lei, o fato de o Município constituir uma empresa para execução de determinados serviços não impede, nem torna impossível, a licitação. Ponderou, contudo, que esta

Corte tem decidido pela aplicação do art. 24, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.666/93, nas contratações com empresas similares e com a própria CET, mencionando o TC nº 72.003.260.03-35.

Quanto à justificativa de preço, entendeu que esta assume caráter de indispensabilidade em todas as contratações diretas, estabelecendo a lei, como critério, a compatibilidade com o preço de mercado. Considerou, ainda, que as defesas apresentadas foram unânimes no sentido de que as pesquisas de mercado foram feitas apenas após a assinatura do contrato e quando licitadas as subcontratações, concluindo, assim, que foram elas efetuadas pela contratada, não pela contratante, em descumprimento ao estabelecido no art. 26, parágrafo único, da Lei Federal de Licitações. Opinou, pois, pela irregularidade do Contrato nº 765/03 e dos Termos Aditivos nºs de 1 a 5, estes pela incidência do princípio da acessoriedade.

Por fim, entendeu que os efeitos financeiros poderiam ser reconhecidos, ante a falta de demonstração de má-fé ou de prejuízo ao erário.

É o relatório.

VOTO

A hipótese de contratação direta prevista no inciso VIII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93 tem por expressa condicionante a compatibilidade do preço contratado com os preços praticados no mercado, devendo a justificativa do preço instruir o correspondente processo de dispensa de licitação, conforme determina o seu artigo 26, parágrafo único, inciso III.

Ao descurar a Origem dessa providência requerida pela lei para validar a contratação, o procedimento administrativo, *in casu,* se apresenta com elemento de ilegalidade por razões de cunho eminentemente objetivo, uma vez que a constatada falta de justificativa prévia do preço infirma a fundamentação para a dispensa de licitação e configura descumprimento de preceito legal.

Por conseguinte, são impróprias, para tal mister, frente à lei, as razões de defesa que, nestes autos, intentam justificar o preço contratado tomando como base os valores obtidos nas licitações que, posteriormente, foram realizadas com vistas às subcontratações previstas no Contrato nº 765/03, ora examinado.

A par disso, as razões de defesa demonstram-se contraditórias, do momento que, por um lado, alegam a impossibilidade de obtenção de preços de mercado em virtude da exclusividade dos serviços por parte da CET, e, por outro lado, procuram justificar a compatibilidade dos preços contratados à vista dos preços ofertados pelas proponentes interessadas nas subcontratações licitadas.

Embora a prestação dos serviços objeto do Contrato nº 765/03 configure atividade-fim da CET, entendo possível, diferentemente dos

posicionamentos da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, a ocorrência da hipótese de subcontratação parcial, consoante prevista na Cláusula Sétima do Contrato, quando esta recaia sobre serviços de apoio ou suporte às atividades decorrentes das competências próprias da referida empresa. No caso, a competência legal para a fiscalização do cumprimento das normas no trânsito é do poder público, exercida, em concreto, pela CET, sendo razoável considerar os procedimentos técnicos de detecção, registro e processamento de infrações como serviços de suporte.

Não obstante, as justificativas da Origem se contrapõem quando intentam demonstrar a compatibilidade do preço contratado, tomando por parâmetro os preços obtidos diretamente nas subcontratações, o que, na realidade, surge como um paradoxo em relação à sua própria sustentação, no sentido da exclusividade da empresa contratada. Por outro lado, é de se considerar que os preços desses serviços subcontratados compõem grande parte dos custos respectivos da CET.

Ainda que se aventasse equívoco no embasamento legal da contratação da CET para prestação dos aludidos serviços, considerando que a situação de exclusividade conduziria ao *caput* do artigo 25 da Lei Federal nº 8.666/93, e não ao inciso VIII do seu artigo 24, tem-se que a Origem não poderia dispensar a prévia justificativa dos preços contratados, a teor do disposto no artigo 26, parágrafo único, inciso III, daquele diploma legal, não se sustentando, ademais, a tese de defesa no sentido de que a expressão “no que couber”, inserida no dispositivo legal, “leva ao entendimento de que a justificativa de preço nem sempre é obrigatória”, isto porque a oneração injustificada do erário afronta as normas de direito público e, por decorrência, prejudica o exercício do próprio sistema de controle dos atos da Administração Pública.

De mais a mais, a fragilidade do argumento utilizado em sede de defesa para justificar, posteriormente, o preço contratado fica mais evidenciada diante da constatação de que um dos aspectos de irregularidade das licitações e dos contratos com vistas às subcontratações, tratados nos autos referenciados pela Origem, recaiu exatamente sobre a questão da fixação do critério de remuneração dependente do efetivo pagamento das multas, a propiciar a elevação do preço proposto no certame, diante, entre outros fatores, da incerteza e demora do recebimento.

De resto, mencionadas licitações e contratos não foram acolhidos por esta Corte de Contas, conforme julgamentos proferidos no âmbito dos seguintes TCs: 72.005.039.01-69 e 72.002.906.02-95 (Concorrência nº 11/01 e Contrato nº 49/02); 72.004.252.01-80 e 72.002.905.02-22 (Concorrência nº 10/01 e Contrato nº 101/02); 72.004.251.01-18 e 72.002.943.03-00 (Concorrência nº 12/01 e Contrato 49/03).

E uma vez que o mesmo critério de remuneração restou estabelecido no Contrato nº 765/03, comungo do entendimento expressado nos autos pelos órgãos técnicos desta Corte, no sentido de sua inadequação e

irregularidade, e assim o faço pelas mesmas razões que enunciei por ocasião do julgamento do TC nº 72.004.251.01-18 e acompanhantes, cuja decisão, por unanimidade, foi proferida na 2.529ª Sessão Ordinária deste Pleno, realizada em 7 de novembro de 2010, razões estas que peço vênia para transcrever, a fim de que se integrem ao presente voto:

"(...) a forma adotada de remuneração da contratada (item 21.1 do edital), condicionada, não aos serviços prestados, mas, sim, ao efetivo recebimento das multas pela Secretaria de Finanças do Município, é, a meu ver, irregular frente à Lei Federal nº 8.666/93, sob dois aspectos.

O primeiro aspecto está relacionado com a questão da restrição do universo de licitantes, a afrontar o artigo 3º, § 1º, da Lei. Com efeito, não se pode deixar de considerar que o fato de o ajuste estabelecer que a contratada deva incluir em suas faturas mensais os informes sobre a quantidade das multas efetivamente recebidas no mês (cf. Cláusula Sexta), aliado ao fenômeno tempo demandado entre a emissão do Auto de Infração e o efetivo pagamento da multa pelo infrator, é fator que repercute nas condições financeiras das empresas frente às obrigações contratuais a serem assumidas, atingindo assim o grau de interesse na participação do certame.

O segundo aspecto referenciado diz respeito à forma de remuneração adotada e à ofensa ao estabelecido pelo artigo 40, inciso XIV, da Lei de Licitações, quando a mesma dispõe no sentido de que o prazo de pagamento dos contratos celebrados pela Administração não poderá ser superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela.

O adimplemento da obrigação contratual (artigo 40, parágrafo 3º, da Lei 8.666), de regra fato gerador do direito ao recebimento da correspondente remuneração, deveria restar constatado com o recebimento provisório dos serviços prestados, evento que, por sua vez, não deverá ultrapassar a 15 (quinze) dias, nos termos do disposto pelo artigo 73, inciso I, alínea "a", do referido Estatuto Licitatório.

Por conseguinte, na esteira do entendimento da área de Engenharia e da Secretaria Geral deste Tribunal, e tendo em vista o objeto contratual, concluo que, sob o ponto de vista econômico e operacional, a prestação de serviço, no caso, é concluída quando a multa é gerada e aceita como válida pela CET.

O fato de o Poder Público receber ou não receber a valor referente à infração não pode constituir risco do contratado, cujos vínculos contratuais se estabelecem com a CET e não alcançam o infrator das regras de trânsito.

O último aspecto, ainda que em tom mais especulativo, se sustenta diante da afirmação de que a forma de remuneração adotada pode, em grande medida, induzir as licitantes a embutir em seus preços os ônus resultantes das incertezas de não receber pela totalidade das notificações geradas, acarretando

considerável aumento do custo dos serviços, prática não mais tolerável pelo ordenamento jurídico em vigor, por ser prejudicial ao interesse público.

Por oportuno, consigno a existência de decisão proferida pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, no sentido de que 'A contraprestação que tem por base de cálculo o número de infrações apuradas nos equipamentos tecnológicos fere os princípios da razoabilidade, da legalidade e da moralidade administrativa, pois desvirtua a norma do art. 320 do Código de Trânsito Brasileiro e ocasiona o indevido enriquecimento de uma entidade privada em detrimento do regular emprego do dinheiro público em obras e ações de interesse social' (ApCv nº 59005/2006, Apelante: Município de Cuiabá, Relator: Des. Rubens de Oliveira Santos Filho, j. 12 de março de 2007 (In: Boletim de Licitações e Contratos, dez./2008, p. 1196 a 1200)".

Quanto à questão concernente à regularidade fiscal da CET, levando em conta os elementos de instrução destes autos acerca da situação da empresa perante o INSS e o FGTS, entendo que, por coerência e também por similitude de raciocínio, deva o assunto receber, neste julgamento, o mesmo entendimento que esta Corte lhe vem dispensando no âmbito de outros feitos, inclusive em face da recentíssima decisão proferida quando do julgamento do TC nº 72.003.025.02-64, realizado na 2.543ª Sessão Ordinária, levada a efeito em 16 de março de 2011, em que se reiterou o entendimento pela excepcional relevação da falha, considerando a essencialidade dos serviços contratados, a exclusividade da CET e o fato de *"haver ficado demonstrado nos autos que a CET vem cumprindo a legislação aplicável, quer quanto ao INSS quer quanto ao FGTS, existindo discussões administrativas e judiciais acerca de aspectos relacionados aos valores devidos".*

Posto isto, pelas razões acima expostas relativamente à ausência de justificativa do preço contratado e ao critério de remuneração, julgo irregulares o Contrato nº 765/03 e os Termos de Aditamento de nºs 1 a 5, estes em face do princípio da acessoriedade. No entanto, na medida em que essa afirmação não desdobra na automática constatação de sobrepreço e, ainda, considerando que não houve nos autos a demonstração de prejuízo ao erário, até porque se trata de relações entre dois entes da Administração, ficam preservados os efeitos financeiros da contratação.