TC nº 72-000.949.09-01

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SPTRANS. Serviços de vigilância e segurança patrimonial. REGULARES. Votação unânime.

2.769ª Sessão Ordinária

Legislação citada: Arts. 10 e 31, Dec. Mun. 48.085/07. Lei Mun. 13.226/01. Arts. 10 e 31, Dec. Mun. 48.085/07. Arts. 16 e 17, Lei Compl. 101/00. Lei 4.320/64. Lei 6.404/76. Dec. Mun. 42.739/02.

Transito em julgado: 04/08/2015

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, em julgar regulares o Pregão Presencial 002/2007, o Contrato 07/001-01-00 e os Termos Aditivos 01/2007, 02/2008, 03/2008, 04/2008, 05/2008 e 06/2009.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício à São Paulo Transporte S.A. – SPTrans a fim de que atente para as considerações feitas pelos Órgãos Técnicos desta Corte.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar, uma vez cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 8 de outubro de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos da análise do **Pregão nº. 002/2007, do Contrato nº 07/001-01-00**, dele decorrente, e dos seus **Termos de Aditamento nºs 1/2007, 2/2008, 3/2008, 4/2008, 5/2008 e 6/2009**, celebrados entre a São Paulo Transporte S/A. e a empresa CAPITAL Serviços de Vigilância e Segurança Ltda., tendo por objeto a prestação de serviços de vigilância e segurança patrimonial para o sistema Expresso Tiradentes, no valor de R$ 4.980.000,00 (quatro milhões, novecentos e oitenta mil reais), pelo período de 12 meses, contados a partir de 28.02.2007.

A Coordenadoria V, em análise preliminar, concluiu pela regularidade do Pregão e pela irregularidade do Contrato por:

1) infringência ao artigo 10 e artigo 31 do Decreto Municipal nº 48.085/07 ante a ausência de despacho de autorização da contratação pela Diretoria da empresa e;

2) ante a falta de disponibilização, no site da internet, das informações relativas ao contrato, infringindo a Lei Municipal 13.226/2001.

Quanto aos Termos de Aditamento, a Coordenadoria V concluiu pela irregularidade dos Termos Aditivos nº 1 a 6 ante a não disponibilização das informações no site da internet, (www.compras.prefeitura.sp.gov.br/contratos), infringindo a Lei Municipal nº 13.226/2001.

E, quanto aos Termos Aditivos nºs 01 e 04, propôs fosse oficiada a Origem, solicitando a remessa de cópias das certidões de regularidade fiscal junto ao Instituto de Seguridade Social - INSS, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e Imposto sobre Serviços - ISS na data da formalização do Termo (TA nº 01 dia 28.06.2007 e INSS e ISS na data da formalização do TA nº 04 na data de 20.08.2008) (folhas 1503/1531).

Oficiada, a São Paulo Transporte apresentou os seus esclarecimentos, alegando em síntese que, o artigo 10 do Decreto Municipal nº 48.085/07 não se aplica ao caso aqui analisado, interpretando que o dispositivo se aplicaria apenas às despesas caracterizadas nos artigos 16 e 17 da Lei Complementar nº 101/00. E que o artigo citado faz parte do Capítulo I – Da administração Direta – Seção I - Da Despesa.

Esclareceu que *"o artigo 10 do Decreto Municipal nº 48.085/07, que trata da autorização para a realização das despesas, se aplica exclusivamente aos órgãos e entidades da Administração Municipal Direta, sujeitos ao regime orçamentário instituído pela Lei Federal nº 4.320/64."* E que *"...a dotação orçamentária 'Gerenciamento de Transportes' consta do orçamento da Secretaria Municipal de Transportes – SMT, que, por meio deste, são destinados os recursos necessários para o pagamento do 'Contrato de Prestação de Serviços Especializados de Gerenciamento, Fiscalização, Administração e Engenharia de*

Transporte, voltadas ao Sistema de transporte Urbano no Âmbito do Município de São Paulo' firmado com a são Paulo Transportes – SPTrans." Afirma ainda que *"sob o aspecto orçamentário, as receitas da SPTrans decorrem do mencionado contrato de prestação de serviços firmado com a Secretaria Municipal de Transportes – SMT, não possuindo, portanto, dotação orçamentária própria."*

Sobre a obrigatoriedade de disponibilização das informações no site da internet a Origem arguiu que "a legislação sob análise não atinge as sociedades de economia mista, a SPTrans encontra-se constituída sob a forma de sociedade anônima e subordina-se aos ditames da Lei Federal nº 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações e que tanto na Lei nº 13.226/2001, quanto no Decreto Municipal nº 42.739/02 regulamentador da matéria, não há qualquer menção às sociedades de economia mista."

Sobre a ausência das certidões de regularidade fiscal, nos termos aditivos, a SPTrans aduziu que " somente nas situações de aditivos de prorrogação de prazo dos contratos de serviços contínuos, é que a SPTrans exige da contratada a apresentação de certidões de regularidade fiscal e que *...os termos aditivos em questão tiveram por objeto, exclusivamente, aumentos quantitativos, e, portanto, nesses casos, não se exige a comprovação da regularidade fiscal para a formalização do aditivo, tendo em vista que tal situação não implica alteração na vigência do instrumento"* (folhas 1533/1556).

Em novo exame, a Coordenadoria V retificou sua conclusão anterior, mantendo apenas a irregularidade apontada no Contrato, em razão da ausência de despacho de Autorização pela Diretoria da empresa, infringindo o disposto no art. 10, combinado com o art. 31 do Decreto Municipal nº. 48.085/07.

Os termos aditivos, por sua vez, seriam irregulares por decorrerem de contrato considerado irregular (1557/1560).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, apesar de anuir com a necessidade de ser exarado despacho de autorização pela autoridade ou órgão competente para a contratação, entendeu que, no caso, a falha poderia ser relevável tendo em vista que um dos Signatários do Contrato é justamente a autoridade máxima da São Paulo Transporte, o que poderia inferir a sua concordância com a contratação sob exame. Quanto aos Termos Aditivos, todavia, considerou-os irregulares ante a não apresentação das certidões de regularidade fiscal junto ao FGTS e INSS infringindo os artigos 2º da Lei Federal 9.012/95, § 3º do artigo 195 da Constituição Federal, nos seguintes dizeres:

"I - Do Contrato

AUD – Não foi exarado Despacho de Autorização pela Diretoria da empresa, infringindo o disposto no art.10, combinado com o art.31 do Decreto Municipal nº 48.085/07.

A ausência do despacho de autorização para celebração do contrato, em desconformidade com o preceito gravado no artigo 10 do Decreto Municipal n° 48.085/07, de fato não se mostrou justificado pelas razões apresentadas pela Origem.

Não há como anuir com os argumentos trazidos pela Origem, em especial para as razões apresentadas às fls. 1541/1542, no sentido de que, por ser a SPTrans uma sociedade de economia mista, seu regime jurídico à submete às normas da Lei Federal nº 6.404/76, a qual dispõe sobre as sociedades por ações, e não às regras da Lei Federal nº 4.320/64

É certo que a Resolução de Diretoria, conforme documento juntado pela Origem (fl.1.546), "é o modo pelo qual se expressa a decisão máxima e em última instância" no âmbito interno da SPTrans.

Conferindo o inteiro teor da Resolução de Diretoria n° 07/002, em seu texto encontramos menção expressa ao seguinte:

Diante das justificativas contidas no citado Relatório, a Diretoria autorizou a instauração de processo licitatório, na modalidade competente, objetivando a contratação de serviços de vigilância e segurança patrimonial para o sistema Expresso Tiradentes, nas condições indicadas e observados os critérios legais (99460).

Desse modo, assiste razão à Especializada quanto ao ponto de que a Resolução de Diretoria autorizou a abertura do procedimento licitatório e não as contratações dele decorrentes, pois que não se pode extrair da referida Resolução de Diretoria que a contratação tenha sido autorizada.

Mostra-se absolutamente necessária a existência de manifestação expressa, por parte da autoridade ou órgão competente, para a celebração de contrato administrativo, sendo essa uma exigência básica quando se trata de matéria atinente ao Direito Administrativo, especialmente em contratos administrativo.

Um dos aspectos que informam a necessidade de tal despacho de autorização é o simples fato do decurso do tempo entre o disparo do certame e o seu final, o que pode, não sendo raro na rotina administrativa, dar ensejo à modificação das circunstâncias de fato. Nesse aspecto, eis aí uma das razões dentre inúmeras outras que ensejam, em nossa sistemática legal, não ser a contratação conseqüência automática do simples término do procedimento de licitação.

Contudo, o ajuste foi celebrado, tendo, inclusive, sido consignado pelo representante máximo da SPTrans, de modo que tal participação poderá ser interpretada pelo Nobre Julgador, em caráter excepcional, como ato capaz de sanar a desconformidade, pois não se pode presumir ter a autoridade máxima da empresa contratante consignado um instrumento contratual se não

estivesse de acordo com os seus termos, o que pressupõe sua adequação com o pregão anteriormente levado a cabo pela Origem.

Dessa forma, entendo, s.m.j., que o apontamento em questão não tem o condão de isoladamente ensejar a rejeição do ajuste celebrado.

AUD – Não disponibilização no site da internet (compras.prefeitura.sp.gov.br/contratos), das informações relativas ao contrato e os Termos Aditivos nºs 01 a 06 em análise, infringindo a Lei Municipal nº 13.226/2001.

A mencionada lei dispõe sobre a inclusão de dados relativos aos contratos de prestação de serviços na página eletrônica da Prefeitura do Município de São Paulo e dá outras providências.

De acordo com o relatório de análise do contrato e dos seus aditivos feitos pela Especializada, verificou-se que não foi observada a disponibilização do contrato na página eletrônica da Prefeitura.

A Origem, em sua defesa, alegou que a legislação sob análise não atinge as sociedades de economia mista, e que a SPTrans encontra-se constituída sob a forma de sociedade anônima e subordina-se aos ditames da Lei Federal nº 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações e que tanto na Lei nº 13.226/2001, quanto no Decreto Municipal nº 42.739/02 regulamentador da matéria, não há qualquer menção às sociedades de economia mista.

Devido à argumentação da Origem e aos ditames da citada legislação municipal, AUD retificou o seu posicionamento anterior e entendeu que a exigência da disponibilização das informações do contrato e seus Termos Aditivos no site da internet aplicam-se tão somente à Administração Direta, e interpretou como sanada a irregularidade apontada.

No meu ver, apesar da Lei Municipal nº 13.226/2001 não ter sido cumprida, entendo, s.m.j., que referida falha não se revela propriamente irregular para macular o presente ajuste, sem prejuízo do que o Nobre Conselheiro entender pertinente.

II – Termos de Aditamento

AUD – Os Termos Aditivos nºs 01 a 06 são irregulares, por decorrerem de contratação considerada irregular.

É certo que se o Contrato for considerado irregular, o que sucede ele, ou seja, seus Termos Aditivos também serão considerados irregulares.

No entanto, entendo, s.m.j., que com as transcrições supra mencionadas que acabo de proceder, caso essa Egrégia Corte de Contas entenda pela regularidade do contrato sub examine, não há que se falar em

irregularidade dos termos aditivos por decorrência de contratação considerada irregular.

AUD – E quanto aos Termos Aditivos nºs 01 e 04, foi proposto o envio de ofício à Origem solicitando à remessa de cópias das certidões de regularidade fiscal com o INSS, FGTS e ISS na data da formalização do TA nº 01(28/06/2007) e INSS e ISS na data da formalização do TA nº 04 (20/08/2008).

Não concerne a alegação da Origem que somente nas situações de aditivos de prorrogação de prazo dos contratos de serviços contínuos, é que a SPTrans exige da contratada a apresentação de certidões de regularidade fiscal e que "...os termos aditivos em questão tiveram por objeto, exclusivamente, aumentos quantitativos, e, portanto, nesses casos, não se exige a comprovação da regularidade fiscal para a formalização do aditivo, tendo em vista que tal situação não implica alteração na vigência do instrumento."

As certidões de INSS, FGTS e ISS são documentos que comprovam a regularidade fiscal da empresa e devem ser exigidas de qualquer pessoa jurídica que contrate com o Poder Público.

O artigo 2º da Lei 9.012/95, é claro ao estabelecer que:

Artigo 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.

Quanto ao INSS, o artigo 195 § 3º da Constituição Federal assim prevê:

Artigo 195 – A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A legislação, portanto, não deixa dúvidas quanto à necessidade de regularidade junto ao FGTS, INSS e ISS das empresas que contratam com o Poder Público. Trata-se de exigência clara e condicional à contratação, a qual permanece independente da natureza do serviço e a sua ausência acarreta a irregularidade dos Termos Aditivos nºs 01 e 04.

III – Conclusão

Por todo exposto, lembrando que o administrador está adstrito entre outros ao princípio da legalidade e de que deve, portanto, agir de conformidade com o que determina a legislação em vigor, opino, s.m.j., pela regularidade do Edital de Pregão Presencial n° 002/2007 e do Contrato n° 07/001-01-00 dele decorrente, e irregularidade dos Termos Aditivos n°s 01 e 04, com as considerações acima destacadas" (folhas 1563/1574).

Intimados, os Ordenadores de Despesa e Signatários do Contrato e dos Termos Aditivos ofertaram defesa e cópia das certidões de regularidade fiscal, com validade na época da lavratura dos Termos Aditivos (folhas 1599/1631).

Em novo exame a Coordenadoria V entendeu que as certidões apresentadas comprovavam a regularidade da Contratada à época da lavratura dos Aditamentos, ainda que extemporaneamente (folhas 1634/1636).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo ratificou seu posicionamento quanto à regularidade do Pregão e do Contrato, relevando-se, excepcionalmente a ausência de despacho de autorização da contratação, e retificou seu parecer sobre os Termos Aditivos, passando a opinar pelo acolhimento de todos, em caráter excepcional, ante a juntada extemporânea das certidões negativas de débito perante o FGTS e INSS (folhas 1641/1644).

A Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral, na esteira das manifestações dos preopinantes propugnaram pela regularidade da licitação, do contrato e dos termos aditivos (folhas 1646 e 1648/1649).

É o relatório.

VOTO

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu, inicialmente, pela regularidade do Pregão 2/2007 e pela irregularidade do Contrato em razão de o Despacho de Autorização não ter sido exarado pela autoridade máxima da empresa (Diretoria), infringindo, assim, o disposto no artigo 10, combinado com o artigo 31 do Decreto Municipal nº 48.085/07.

Também considerou os Termos Aditivos 1/2007 e 4/2008 irregulares ante a ausência de apresentação das certidões de regularidade fiscal junto ao Instituto de Seguridade Social - INSS, ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e de Imposto Sobre Serviços - ISS na data da formalização dos ajustes. Os demais Termos Aditivos seriam irregulares por acessoriedade.

Contudo, após o exame das justificativas apresentadas pela Origem, Ordenadores da Despesa e Signatários dos Ajustes, a Coordenadoria V reviu seu parecer anterior, no tocante aos apontamentos feitos aos Aditivos 1 e 4,

atestando que: *"a regularidade fiscal da empresa contratada, nas datas de lavratura dos Termos Aditivos nºs 01 e 04 resta comprovada, ainda que extemporaneamente."*

No mesmo sentido opinou a Assessoria Jurídica de Controle Externo: *"a documentação encaminhada nas defesas comprovaram, mesmo que extemporaneamente, a regularidade fiscal da Contratada junto ao INSS e ISS nas datas em que os Termos Aditivos nºs 01 e 04 foram lavrados. Da mesma forma, após a juntada da complementação da documentação de fls.1624/1631, com a correspondência encaminhada pela Caixa Econômica Federal, em resposta à solicitação da empresa Capital Serviços de Vigilância e Segurança Ltda., referido documento atestou a regularidade da empresa Capital com o FGTS, por ocasião da lavratura dos respectivos Termos Aditivos, com base nas informações prestadas pela mesma."*

Quanto à ausência de despacho de autorização assinado pelo Diretor Presidente da SPTrans, a Assessoria Jurídica de Controle Externo considerou possível a relevação da falha nos seguintes termos: *"o ajuste foi celebrado, tendo, inclusive, sido consignado pelo representante máximo da SPTrans, de modo que tal participação poderá ser interpretada, em caráter excepcional, como ato capaz de sanar a desconformidade, pois não se pode presumir ter a autoridade máxima da empresa contratante consignado um instrumento contratual se não estivesse de acordo com os seus termos, o que pressupõe sua adequação com o pregão anteriormente levado a cabo pela Origem. Dessa forma, entendo que o apontamento em questão não tem o condão de isoladamente ensejar a rejeição do ajuste celebrado."*

Nesses termos, concluiu a Assessoria Jurídica pelo acolhimento de todos os instrumentos: "*tendo em vista a documentação acrescida, ratifico o posicionamento antes estabelecido e opino pela regularidade do Edital de Pregão Presencial nº 002/007 e do Contrato nº 07/001-01-00 dele decorrente, e dos Termos Aditivos."*

Na mesma senda pronunciou-se a Secretaria Geral: *"opino pelo **acolhimento** da Licitação, do Contrato e seus Termos Aditivos".*

Diante do exposto e com amparo nos posicionamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, julgo regulares o Pregão 2/2007, o Contrato nº 07/001-01-00 e os seus Termos Aditivos nº 1, 2, 3, 4, 5 e 6.

Determino a expedição de Ofício à Origem a fim de que atente para as considerações feitas pelos Órgãos Técnicos.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.