JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-001.970.08-44

2º Julgado

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SPTRANS. Serviços de conservação, manutenção corretiva, preventiva e limpeza. Paradas de ônibus e demais estruturas complementares. ACOLHIDO. Votação unânime.

Relatório e Voto englobado TC: 72.003.030.06-28.

Legislação citada: Sum. 331, IV, TST. Sum. 473, STF. Art. 31, Lei Mun. 13.278/02. Arts. 55, VII, XIII e 57, § 4º, Lei 8.666/93. Lei 12.440/11. Lei Mun. 15.465/11. Lei Mun. 13.701/03. Lei Mun. 14.865/08.

TC citado: 72-002.057.08-00

2.692ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado 25.11.2013

1º Julgado

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SPTRANS. Serviços de conservação, manutenção corretiva, preventiva e limpeza. Paradas de ônibus e estruturas complementares. ACOLHIDO. RECOMENDAÇÃO. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Relatório e voto e englobado TC 72-003.030.06-28

2.570ª Sessão Ordinária

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com o TC 72.003.030.06-28, 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 acolher a execução contratual, referente ao período de 01/11/11 a 31/03/12, correspondente ao valor total medido de R$ 4.630.713,99 (quatro milhões, seiscentos e trinta mil, setecentos e treze reais e noventa e nove centavos).

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício ao Ministério Público – Promotoria de Justiça e do Patrimônio Público e Social da Capital, acompanhado de cópia do presente Acórdão, apenas para efeito de conhecimento, tendo em vista que, nesta fase, não houve requisição de informação pelo Órgão Ministerial.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício à São Paulo Transporte S.A. – SPTrans e à São Paulo Obras – SP-Obras, remetendo cópia do V. Acórdão, e, após cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 7 de agosto de 2013.

ROBERTO BRAGUIM - Vice-Presidente no exercício da Presidência.

EDSON SIMÕES – Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuidam-se dos TC's nºs 3.030/06-28 e 1.970/08-44, relatados englobadamente, que versam sobre a prestação de serviços de conservação, manutenção corretiva e preventiva, limpeza das paradas de ônibus e demais estruturas complementares de uso ou influência do sistema de transporte coletivo urbano de passageiros na Cidade de São Paulo, decorrente do Contrato nº 6/006-01-00, celebrado entre a São Paulo Transporte S.A – SPTrans e a empresa Egypt Engenharia e Participações Ltda.

Nesta fase, o TC nº 3.030-06-28 trata da análise dos Termos de Aditamento nºs 04 a 08, vinculados ao Contrato acima referido, o qual foi examinado e julgado regular pelo Plenário deste Tribunal de Contas, nos termos do Acórdão de folhas 1.387 (junho/07), idêntico resultado alcançado pelos Termos Aditivos nºs 01 a 03, conforme se verifica do Acórdão inserto à folha 1.821 (agosto/2011) dos autos.

Os Termos Aditivos sob exame têm as seguintes

especificações:

O TA nº 04, datado de 24/04/2009, teve por objeto a prorrogação do prazo de vigência contratual por 12 (doze) meses e a redução de 2% (dois por cento) para serviços prestados no período estabelecido. Considerando a base de julho/2008, o valor pactuado foi de R$ 8.759.961,41 (oito milhões, setecentos e cinquenta e nove mil, novecentos e sessenta e um reais e quarenta e um centavos).

Os Termos de Aditamento nºs 05 e 07, formalizados, respectivamente, em 01/07/2009 e 19/01/2011, objetivaram definir obrigações contratuais com o intuito de eximir a SPTrans da responsabilidade subsidiária das obrigações trabalhistas da empresa Contratada, prevista na Súmula 331[1], inciso IV, do Tribunal Superior do Trabalho, concernente à contratação de serviços terceirizados.

Os de números 06 e 08 formalizados, respectivamente, em 23/04/2010 e 20/04/2011, prorrogaram, sucessivamente, o prazo de vigência contratual por 12 meses, observando-se o valor anual acrescido do reajuste contratual, resultando que o Termo de Aditamento nº 06 apresentou o valor de R$ 9.346.308.58 (nove milhões, trezentos e quarenta e seis mil, trezentos e oito reais e cinquenta e oito centavos), data/base julho/2009, e o TA nº 08, o valor de R$ R$ 10.134.029,81 (dez milhões, cento e trinta e quatro mil, vinte e nove reais e oitenta e um centavos), data/base julho/2010. O Termo de Aditamento nº 06 estabeleceu, também, a exclusão do item 11.11[2] da cláusula 11ª do Contrato, inserido por meio do Termo Aditivo nº 05.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, ao analisar os referidos Termos de Aditamento[3] concluiu pela regularidade dos de nºs 04 e 05 e

---

[1] Súmula nº 331 do TST
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.
[2] TA nº 05 - "Cláusula Décima Primeira – Das alterações, rescisão, penalidades e multas
11.11. No caso de descumprimento dos subitens 9.18.1 a 9.18.8 e itens 9.19 e 9.20 da Cláusula Nona, a CONTRATADA, estará sujeita a pena de retenção dos seus créditos, até comprovação da regularidade"
[3] TC 3030/06-28 – Relatórios Técnicos de Análise dos TA's 04 a 08 – fls. 2.975/

pela irregularidade dos TA's nºs 06 a 08, cujos relatórios técnicos estão assim fundamentados:

No tocante ao Termo Aditivo nº 06, foram apontadas as seguintes infringências:

1 – a inobservância do art. 31[4] da Lei Municipal nº 13.278/02, pois a prorrogação contratual abrangeu o período de 25/04/10 a 25/04/11, afirmando que deveria iniciar-se em 24/04/2010, data em que se encerrou o prazo do Termo Aditivo anterior (TA nº 04);

2 – desobediência ao inciso VII[5] do artigo 55 da Lei Federal 8.666/93, pela exclusão do item 11.11 do Contrato, que impunha penalidade para a hipótese de descumprimento das obrigações previstas nos subitens 9.18.1 a 9.18.8 e itens 9.19 a 9.20 do contrato[6].

No relatório técnico de análise do Termo de Aditamento nº 07, as impropriedades assinaladas seriam as mesmas que foram apontadas no Termo Aditivo nº 06, pois:

1 – o erro do prazo de vigência do Termo de Aditamento nº 06 acarretou equívoco neste ajuste, cuja data final deveria ser 24/04/11; e

2 – a inclusão de novas obrigações para a Contratada não estava acompanhada de correspondente penalidade na hipótese de seu descumprimento, violando o mandamento contido no inciso VII do artigo 55 da Lei de Licitações.

O TA nº 08, cujo prazo de vigência deveria iniciar-se em 24/04/11 e não em 25/04/11, além de ostentar idênticas irregularidades que comprometeriam a validade do TA nº 06, configurou prorrogação excepcional não justificada devidamente, como exige o § 4º[7] do artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/93, eis que a Origem alegou como motivo a suspensão da Concorrência nº 04/2011, determinada por este Tribunal de Contas.

A Especializada entendeu não caracterizada a excepcionalidade que justificaria a prorrogação do prazo de vigência contratual por

---

[4] LM 13.278/02 - Art. 31 – Os prazos fixados em meses terão como termo final, no mês de vencimento, o mesmo dia em que se iniciaram, e aqueles fixados em anos, o mesmo dia do mês em que passaram a fluir.

[5] Art. 55 – São cláusulas necessárias em todo o contrato as que estabeleçam:
I – o objeto e seus elementos característicos;
(...)
VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

[6] Deveres da Contratada que visavam eximir a SPTrans da responsabilidade prevista na Súmula 331, inciso IV, do TST.

[7] Art. 57 – A duração dos contratos regidos por esta lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:
§ 2º - Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.
§ 4º - Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do "caput" deste artigo poderá ser prorrogado em até doze meses.

mais doze meses, além dos 60 (sessenta) meses legalmente permitidos, vez que a referida concorrência, objetivando a contratação dos serviços em questão, previa a abertura dos trabalhos para o dia 08/04/2011, ao passo que o contrato encerrar-se-ia dias após, em 25/04/2011, fatos que, no seu entendimento, revelariam não ter a Administração guardado a devida cautela para proceder à nova licitação a tempo e modo.

A Origem e os responsáveis pelos ajustes em exame ofereceram defesas com idêntico teor, sustentando o seguinte:

a) a legalidade dos Termos de Aditamento sob exame;

b) os serviços contratados compreendiam, dentre outros itens, a limpeza e higienização das paradas e abrigos visando manter o nível de conforto dos usuários com a realização de varrições, jateamento, coleta de lixo nos abrigos e reparo ou substituição da estrutura dos abrigos e pisos para evitar acidentes envolvendo os usuários;

c) a essencialidade dos serviços em questão não permitia qualquer interrupção, o que traria imensuráveis prejuízos à Municipalidade e, principalmente, aos usuários;

d) que a vigência do prazo contratual fixada de modo diverso do previsto no art. 31 da Lei Municipal nº 13.278, decorreu de interpretação díspar da aplicada pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo, procedimento destituído de má-fé e de prejuízo ao erário e não mais adotado na SPTrans, embora entendesse que o dia do início de um ajuste não poderia coincidir com o dia do ajuste anterior, para que não existissem duas contratações vigentes num mesmo dia, com os mesmos objeto e partes;

e) a exclusão da sanção visou corrigir possíveis distorções em sua aplicação, em atendimento ao questionamento formulado pela Superintendência Jurídica da SPTrans;

f) as situações de descumprimento das novas obrigações incluídas no TA nº 05 não ficaram sem uma penalidade, pois a sanção aplicável era a estabelecida no item 11.1.1.2 do contrato, prevendo multa de 10% (dez por cento) por inexecução parcial, calculada sobre a parcela não executada; e

g) que nos novos contratos, além da exigência de documentos pertinentes à Súmula 331 do TST, estabeleceu-se a apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, em atendimento à Lei Federal nº 12.440/11.

Especificamente a respeito da formalização do Termo de Aditamento nº 08, datado de 25/04/2011, arguiram ter sido inevitável a prorrogação excepcional do Contrato nº 06/06, além do prazo de 60 (sessenta) meses, por diversos fatores, a saber:

1 – a indefinição quanto ao novo modelo de licitação, considerando que tramitava no Legislativo Municipal o Projeto de Lei nº 047/10,

prevendo a transferência da gestão dos abrigos de paradas de ônibus e de totens para a São Paulo Obras, sob a forma de concessão, projeto esse convertido na Lei Municipal nº 15.465 somente em 18/10/2011;

2 - o processo licitatório foi deflagrado em 19/10/2010, bem antes do prazo de expiração do contrato;

3 – a preparação da licitação pela SPTrans, contemplando ampliação do objeto do Contrato 06/06 então vigente, de modo a incluir 284 (duzentos e oitenta e quatro) abrigos para atender as recomendações do TCM quanto à substituição de abrigos com mais de 15 (quinze) anos e os pontos palito em desacordo com as especificações para a área de sua localização;

4 – a realização de Consulta Pública com disponibilização da minuta do Edital e dos Anexos, abrindo prazo até o dia 25/02/2011 para críticas e sugestões; e

5 – que, uma vez publicado o Aviso do Edital da Concorrência nº 004/2011, o certame foi suspenso em 05/04/2011, por força de determinação do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

Por sua vez, o segundo signatário do TA nº 07 limitou-se a juntar cópia da defesa apresentada pelos demais Interessados, alegando ser meramente procurador constituído pela SPTrans para assinar contratos previamente aprovados em reunião de diretoria, por isso não arcaria com responsabilidade quanto ao teor dos instrumentos, sobretudo aqueles de ordem técnica.

A Auditoria, examinando os argumentos apresentados pela Origem e pelos Interessados, reiterou na íntegra as conclusões das irregularidades apontadas em suas análises, notadamente quanto à previsão de penalidade genérica, eis que a sanção deve guardar proporção com os eventuais danos causados pelo descumprimento contratual e ser adequada com relação à extensão de sua aplicabilidade, de modo a permitir o cumprimento integral das cláusulas contratuais.

Ao pronunciar-se, a Assessoria Jurídica de Controle Externo posicionou-se pela regularidade dos Termos Aditivos nºs 04, 06, 07 e 08 e considerou superada a irregularidade do Termo de Aditamento nº 05, que estabelecia a retenção dos créditos da Contratada enquanto não comprovada a regularidade de seus encargos trabalhistas e previdenciários, cuja cláusula (11.11) foi excluída por meio do Termo de Aditamento nº 06, por falta de previsão legal, procedimento em consonância com casos análogos julgados tanto por esta Corte de Contas, no TC 2.057/08-00[8], quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede do REsp (Recurso Especial) 633.432[9] e do RMS (Recurso em Mandado de Segurança)

[8] TC 2.057/08-00 – Por unanimidade, o Plenário do TCM decidiu pela impossibilidade de retenção de créditos. Rel. Antonio Carlos Caruso – Julgado em 10/12/2008

[9] STJ – REsp 633.432/MG – DJ de 20/06/2005 – Rel. Min. Luiz Fux – 1ª Turma - ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.

24.953[10].

Prosseguindo em sua manifestação, entendeu ser relevável a impropriedade atinente à interpretação equivocada do artigo 31 da Lei Municipal nº 13.278/02, ocasionando o atraso de um dia na formalização dos Termos Aditivos nºs 06 a 08, por considerar não mais prevalecer tal entendimento na SPTrans e não haver provocado a interrupção contratual.

Por fim, mesmo resvalando na possibilidade de se questionar a eventual falta de cautela da Origem no tocante ao início da preparação de novo certame, a Área Jurídica também considerou regular o Termo de Aditamento nº 08, pois, de acordo com as razões apresentadas pela SPTrans, reputou achar-se caracterizada a situação excepcional subsumida ao disposto no § 4º do artigo 57 da Lei de Licitações, portanto, pertinente a prorrogação contratual na forma avençada.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, apropriando-se das razões expendidas pela Origem e endossando os fundamentos expostos pela Assessoria Jurídica, opinou pela regularidade dos Termos de Aditamento em pauta, propugnando fossem relevadas as impropriedades apontadas ou, que houvesse o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados.

A Secretaria Geral, por seu turno, concluiu serem regulares os Termos de Aditamento nºs 04, 05, 06, 07 e 08, expondo em seu pronunciamento, em síntese, os seguintes fundamentos:

1 – a retenção de pagamento da Contratada até comprovação de sua regularidade, no caso trabalhista, perfaz ato desprovido de previsão legal, restando à Administração o dever de fiscalização assídua da execução do ajuste e, eventualmente, a rescisão contratual, por descumprimento de

---

2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, "caput", 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão somente de acordo com o que a lei determina.
3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não poderia a ECT [Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos] aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade.
Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços. (...)"

[10] STJ – RMS 24.953-CE – DJ 17/03/2008 – Rel. Min. Castro Meira – 2ª Turma - ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO. RESCISÃO. IRREGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DE PAGAMENTO. (...)"
2. A exigência de regularidade fiscal deve permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser "obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação".
3. Desde que haja justa causa e oportunidade de defesa, pode a Administração rescindir contrato firmado, ante o descumprimento de cláusula contratual.
4. Não se verifica nenhuma ilegalidade no ato impugnado, por ser legítima a exigência de que a contratada apresente certidões comprobatórias de regularidade fiscal.
5. Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna.
6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte

obrigação contratual, com amparo no artigo 55, inciso XIII[11], da Lei Federal nº 8.666/93;

2 - a penalidade de retenção de pagamento prevista no TA nº 05 foi excluída do contrato quando da celebração do TA nº 06, não havendo notícias de que a mesma tenha sido aplicada e, não gerando efeitos para qualquer parte, a discussão acerca de suposta irregularidade decorrente do item 11.11 ficaria limitada ao campo abstrato;

3 – poder-se-ia relevar a impropriedade referente às datas de vigência dos Aditamentos nºs 06, 07 e 08, pois decorreu de interpretação equivocada conferida ao artigo 31 da Lei Municipal nº 13.278/02, procedimento não mais adotado pela Origem e, sobretudo, porque não gerou a interrupção factual do ajuste;

4 – a iminência de encerramento do prazo contratual e a consequente elaboração do novo certame sofreram forte interferência dos fatores defrontados pela "*SPTrans, tais como dificuldades de elaboração de um novo modelo de edital, incorporando serviços não considerados na contratação em vigência à época; a incerteza política vivida naquele momento com questionamentos acerca da responsabilidade pela execução dos serviços de manutenção das paradas e abrigos de ônibus à SP-Obras, para que os obtivesse por meio de concessão; a suspensão do certame determinada por este Tribunal em 05/04/2011 e a impossibilidade da prestação dos serviços sofrer solução de continuidade, sob pena de graves prejuízos ao Sistema de Transporte Público Urbano de Passageiros da Cidade de São Paulo e, por consequência, ao interesse público envolvido na espécie*;" e

5 - as razões de defesa explanadas pela Origem justificaram a prorrogação excepcional do Contrato, não havendo como afastar a ocorrência fática de situação ensejadora da prorrogação efetivada pelo Termo de Aditamento nº 08, restando atendidos os requisitos contidos no § 4º do artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/93.

O TC nº 1.970/08-44, igualmente ora em julgamento, trata do prosseguimento da análise do acompanhamento de execução contratual, alcançando todo o período de vigência do Contrato nº 06/2006, visando verificar se as principais cláusulas do ajuste estavam sendo executadas nos termos em que pactuadas, consoante determinado no Acórdão de folhas 595/596 (03/08/11).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu que os serviços contratuais em foco, correspondendo ao valor total medido de R$ 4.630.713,99 (quatro milhões, seiscentos e trinta mil, setecentos e treze reais e noventa e nove centavos), no período de 01/11/11 a 31/03/12, foram executados a contento, não obstante as falhas, impropriedades e recomendações descritas[12] no

---

[11] Art. 55 – São cláusulas necessárias em todo o contrato as que estabeleçam:
XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

[12] 4.1 – Impropriedade: painéis informativos com adesivos das linhas de ônibus desatualizados;

relatório técnico.

E, ao final de sua manifestação a respeito da execução contratual, a Auditoria informou do encerramento do Contrato nº 06/006-01-00, em 25/04/2012, sem que a SPTrans houvesse formalizado qualquer outro ajuste com objeto semelhante, tendo em vista o estabelecido na Lei Municipal nº 15.465/11, sobre a outorga de concessão, a título oneroso, mediante licitação, "*visando a confecção, instalação e manutenção de relógios eletrônicos digitais de tempo, temperatura, qualidade do ar e outras informações institucionais, bem como de abrigos de parada de transporte público de passageiros e de totens indicativos de parada de ônibus, com exploração publicitária*.", cuja gestão foi atribuída à São Paulo Obras – SP-Obras.

Informou, ainda, ter constatado que, inexistindo contratação específica, a conservação e a manutenção das paradas de ônibus estavam sendo realizadas de forma emergencial por funcionários da SPTrans e equipes de varrição da Secretaria Municipal de Serviços realizavam a limpeza e varrição das paradas em corredores de ônibus, precariamente.

Oficiada a manifestar-se, a Origem assim justificou as observações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, atinentes à execução contratual:

1 – o alto índice de vandalismo e a limitação do orçamento contratual dificultavam a substituição e atualização dos elementos de informações aos usuários, nas paradas de ônibus;

2 – os pagamentos dependiam de recursos advindos da Secretaria Municipal de Transportes e a transferência tardia ocasionava o atraso no pagamento à Contratada, mas sem advir ônus para o erário;

4.2 – Infringência: diversos pagamentos foram realizados intempestivamente sem a atualização financeira prevista no subitem 8.6.2 do contrato;
4.4 – Outras Constatações
a) a existência de abrigos em mal estado de conservação (como exemplo o localizado próximo ao nº 1.200 da Rua Joaquim Marra), não apresentando condições adequadas de utilização;
b) a quantidade significativa de abrigos sem bancos, apesar de movimento significativo de usuários, principalmente em regiões periféricas;
c) a grande quantidade de pontos de madeira (palitos) em locais que comportariam abrigos, apesar da utilização intensiva de usuários no local;
d) tratando-se de serviços de natureza diferenciada (limpeza, manutenção/conservação etc.), deveriam ser emitidas notas fiscais distintas com os códigos fiscais correspondentes aos efetivos serviços prestados, o que propiciaria a adequada tributação e respectivas retenções na fonte quando aplicáveis, tal qual já recomendado no Acórdão de folhas 595/596; e
e) ausência de identificação das faixas de ônibus, desatendendo o Programa de Ação Imediata de Regulamentação de Estacionamento e Parada – PAIRE, nos locais de colocação dos novos abrigos que menciona.
Recomendações:
1) para a Área de Planejamento da SPTrans e a Área responsável pela Sinalização da CET, em conjunto, providenciarem estudos para implantação de sinalizações horizontais em paradas de ônibus, cujos locais sejam problemáticos, incluindo faixa de ônibus nos locais de colocação dos novos abrigos, observando o Programa de Ação Imediata de Regulamentação de Estacionamento e Parada – PAIRE; e
2) atualização dos painéis de linhas de ônibus, trabalho que deve ser bem coordenado entre as áreas de planejamento (SPTrans) e de colocação dos adesivos para que a informação esteja prontamente atualizada e disponível.

3 – a pintura “PAIRE” destinada a ônibus é feita em conjunto com a CET nos lugares que entendem necessários;

4 - a restrição orçamentária e o vandalismo impediam que todas as paradas de ônibus do Município apresentassem instalações adequadas e em bom estado de conservação, sendo priorizada a colocação de abrigos nas regiões próximas a hospitais, escolas, postos de saúde, dentre outras instituições;

5 – que, até o mês de dezembro de 2008, o ISS [Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza] incidente sobre os serviços contratados sofria a retenção de 5% (cinco por cento) na fonte, nos termos dispostos na Tabela do Anexo 2, da Portaria SF [Secretaria de Finanças] nº 14/2004, editada em conformidade com a Lei Municipal nº 13.701/2003, competindo à SPTrans, na qualidade de tomadora dos serviços, reter e repassar o citado tributo ao erário Paulistano;

6 – a partir do mês de competência dos serviços de janeiro/2009, com base na Lei Municipal nº 14.865/2008, os aludidos serviços deixaram de integrar a Tabela supra referida, por isso não mais sujeito o correspondente imposto à “retenção na fonte obrigatória, ficando a responsabilidade pelo recolhimento do ISS devido, a cargo da contratada”.

7 – ciente de que, por questões de ordem orçamentária o contrato vigente era limitado, sem poder alcançar a totalidade dos abrigos e pontos de parada de ônibus, ou seja, sem atender às reais necessidades do Município de São Paulo, consoante bem apontado no relatório da Auditoria, “*a SPTrans havia iniciado processo para nova contratação de manutenção de pontos e abrigos de ônibus, além dos corredores exclusivos, contratos estes que melhorariam sobremaneira a manutenção dos equipamentos, entretanto, devido à promulgação da Lei 15.465/11, as licitações foram revogadas*”; e

8 - os serviços de conservação dos abrigos estavam sendo realizados pela Secretaria Municipal de Infraestrutura e Obras e os de varrição pela Secretaria Municipal de Serviços, até que houvesse a formalização dos contratos de exploração publicitária nestes equipamentos com contrapartida de substituição e manutenção.

Analisando as justificativas apresentadas, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, diante da constatação de que a SPTrans dependia de transferências de recursos da Secretaria Municipal de Transportes, afastou a indigitada impropriedade de extemporaneidade dos pagamentos, mantendo as demais conclusões, prevalecendo o entendimento inicial de que os serviços foram executados a contento. Informou, por fim, que a São Paulo Obras havia formalizado, em 17/12/12, contrato de concessão para os serviços de manutenção e conservação das paradas de ônibus, bem como de instalação de pontos e respectivos totens indicativos.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo acolhimento da execução contratual, aduzindo inexistirem outras questões jurídicas a

serem discutidas, sem prejuízo das eventuais recomendações cabíveis.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, considerando as conclusões da Auditoria e as justificativas oferecidas pela Origem, opinou pela regularidade da execução contratual aqui analisada, relevando-se as impropriedades apontadas e, alternativamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados.

A Secretaria Geral ao manifestar-se, registrou "*que a instrução dos autos, especialmente, as manifestações dos Órgãos Técnicos, AUD e AJCE, revelou que a Execução do Contrato nº 06/006/01-00 ocorreu a contento do que ficou estabelecido no ajuste*" e as recomendações e constatações apontadas, além de não terem causado prejuízo ao erário, não impediram que as conclusões técnicas fossem pela regularidade do ato analisado.

Dessa forma, acompanhando os pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, posicionou-se, igualmente, pelo acolhimento da Execução Contratual em foco, sem embargo das recomendações julgadas pertinentes.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Ao longo da instrução processual do TC 3030/06-28, as impropriedades inicialmente indicadas pela Auditoria, que poderiam implicar a irregularidade dos Termos de Aditamento nºs 06, 07 e 08, foram elucidadas mediante as justificativas apresentadas pela SPTrans e os abalizados pareceres emitidos pelas Área Jurídica e Secretaria Geral deste Tribunal de Contas.

No que diz respeito à cláusula 11.11, introduzida pelo Termo de Aditamento nº 05 e que previa a retenção de pagamentos à Contratada, a título de penalidade para os casos que especificava, a Origem, no exercício do poder-dever de rever seus próprios atos, procedimento amparado na Súmula 473[13] editada pelo Supremo Tribunal Federal, solucionou a questão de forma adequada ao suprimir referida cláusula contratual, na celebração do Termo Aditivo nº 06, sem que houvesse notícia de que aquela sanção tenha sido aplicada, tampouco gerado efeitos para qualquer das partes, motivos pelos quais, em caráter excepcional ACOLHO POR REGULAR o aludido Termo de Aditamento nº 05.

Ante todo o exposto e considerando as manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir e ficam fazendo parte integrante deste voto, igualmente JULGO REGULARES os Termos de Aditamento nºs 04, 05, 06, 07 e 08 ao Contrato nº 06/2006, analisados no TC

[13] Súmula 473 - A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

3030/06-28.

E, com amparo nos pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e dos demais Órgãos acima enunciados, constantes do TC nº 1.970/08-44, ACOLHO a execução contratual, referente ao período de 01/11/11 a 31/03/12, correspondente ao valor total medido de R$ 4.630.713,99 (quatro milhões, seiscentos e trinta mil, setecentos e treze reais e noventa e nove centavos).

Para registro, ressalto a informação de folha 1.127, encartada nos autos do TC nº 1.970/08-44, consignando que, em 17/12/2012, a SP-Obras formalizou o Contrato nº 0141291600 com a empresa PRA SP – Concessionária de Exploração de Mobiliário Urbano S.A, tendo por objeto a "*concessão de serviço de utilidade pública, com uso de bem público, com outorga onerosa, compreendendo a manutenção e conservação de abrigos em ponto de parada de ônibus ou em estações de embarque e desembarque e de pontos/totens indicativos de ponto de parada de ônibus existentes, bem como a criação, confecção, instalação e manutenção de abrigos em ponto de parada de ônibus e em estações de embarque e desembarque e de totens indicativos de ponto de parada de ônibus, com exclusividade na exploração publicitária*". Essa contratação deu-se com amparo na Lei Municipal nº 15.465/11, que dispôs competir à São Paulo Obras a outorga e a gestão da concessão dos referidos serviços, além da atribuição de realizar a fiscalização da respectiva execução.

Determino a expedição de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo[14] – Promotoria de Justiça e do Patrimônio Público e Social da Capital, acompanhado de cópia do Acórdão a ser proferido pelo Plenário desta Corte, apenas para efeito de conhecimento, já que, nesta fase, não houve requisição de informação pelo Órgão Ministerial.

Expeçam-se, ainda, ofícios à São Paulo Transportes – SPTrans e à São Paulo Obras – SPObras, com o objetivo de encaminhar cópia do Acórdão a ser prolatado pelo Pleno.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com o TC 72.003.030.06-28, 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

[14] Envia-se o atual Acórdão porque, anteriormente, houve pedido de informações do Ministério Público do Estado de São Paulo sobre o Contrato nº 06/2006 (julgado regular por este TCM-SP, em 20/06/07)

Relator, em acolher a execução contratual, referente aos meses de maio, junho e julho de 2008.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em recomendar à São Paulo Transporte S.A. – SPTrans que, em futuros procedimentos da espécie, inclua no respectivo processo administrativo a planilha orçamentária da qual conste, detalhadamente, os itens referentes a despesas com pessoal, materiais, encargos sociais etc., facilitando não só a correta classificação dos serviços prestados para fins tributários, mas também as pesquisas de mercado dos elementos integrantes da proposta, em eventuais prorrogações de prazos contratuais.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício ao Secretário Municipal de Finanças, acompanhado de cópias do relatório e voto e do presente acórdão, com o escopo de examinar o enquadramento dos serviços previstos no Contrato 6/006-01-00, para efeito de recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar, à Coordenadoria Processual desta Casa, após os procedimentos previstos no § 4º do artigo 136 do Regimento Interno deste Tribunal (atos de registro e publicação do acórdão), a disponibilização dos autos em cartório, para atender aos pedidos de vista e cópias formulados no requerimento protocolizado em 14/07/2011 nesta Corte de Contas.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, o retorno dos autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, objetivando dar prosseguimento à análise da execução do contrato, alcançando todo o período de vigência do referido ajuste.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 03 de agosto de 2011.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuida o **TC 3.030.06-28**, nesta fase, da análise dos **Termos de Aditamento 01, 02 e 03**, relacionados ao **Contrato 6/006-01-00,** celebrado entre a **São Paulo Transporte S.A. – SPTrans e a empresa Egypt Engenharia e Participações Ltda.,** tendo por objeto a prestação de serviços de conservação, manutenção corretiva e preventiva, limpeza das paradas de ônibus e demais estruturas complementares de uso ou influência do sistema de transporte coletivo urbano de passageiros na Cidade de São Paulo. Aludido contrato foi acolhido, por regular, pelo Plenário deste Tribunal de Contas, nos termos do Acórdão de folha 1.387.

O Aditivo de número 01, datado de 01/03/2007, tem por objeto *"o acréscimo quantitativo e qualitativo de serviços e a inclusão do Corredor Expresso Tiradentes ao escopo do Contrato"*, no valor de R$ 1.546.526,39 (um milhão, quinhentos e quarenta e seis mil, quinhentos e vinte e seis reais e trinta e nove centavos), perfazendo o valor anual de R$ 7.596.154,57 (sete milhões, quinhentos e noventa e seis mil, cento e cinquenta e quatro reais e cinquenta e sete centavos).

Os de números 02 e 03 formalizados, respectivamente, em 24/04/2007 e 24/04/2008, prorrogaram, sucessivamente, o prazo em 12 meses, observando-se o valor anual acrescido do reajuste contratual, resultando que o TA 02 apresentou o valor de R$ 7.786.894,01 (sete milhões, setecentos e oitenta e seis mil, oitocentos e noventa e quatro reais e um centavo) e o TA 03, no valor de R$ 8.190.022,01 (oito milhões, cento e noventa mil, vinte e dois reais e um centavo).

Por sua vez, o TC 1.970/08-44 trata da análise do acompanhamento de execução contratual, visando verificar se as principais cláusulas do contrato acima referido estão sendo executadas conforme pactuadas.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, nos distintos procedimentos de análise, assim concluiu:

a) Quanto aos termos de aditamento: pela regularidade do primeiro e irregularidade dos de nºs 02 e 03. Apontou atraso de um dia no envio de informações sobre o Termo 02, a este Tribunal de Contas, e o fato de ter a Origem promovido pesquisa parcial de preços, além de não haver indicação da fonte consultada. Em decorrência, o Termo de Aditamento 03 foi considerado irregular.

b) Quanto à execução contratual: considerando as medições dos serviços realizados nos meses de maio a julho de 2008, entendeu que o objeto foi executado a contento**.** Não obstante, formulou recomendações para a melhoria dos serviços de manutenção, segurança e limpeza dos abrigos e pontos de ônibus. Nesse sentido, destacam-se as seguintes considerações:

b.1 - Os serviços de reparo dos painéis de informação, no Corredor Inajar/Rio Branco/Centro, deveriam ser realizados com maior frequência, em razão do seu estado de conservação.

b.2 – Considerando o objeto do contrato em questão, para fins de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, o código do serviço deveria corresponder ao de limpeza e não ao adotado pela contratada, de construção civil, nos termos do artigo 1º da Lei Municipal 13.701/2003. A planilha orçamentária com detalhamento dos gastos incorridos com insumos e com materiais, se constasse do processo administrativo, orientaria o correto enquadramento da empresa e a emissão de nota fiscal discriminando os efetivos custos.

A Origem apresentou justificativas em ambos os processos e os responsáveis, tanto pelos ajustes quanto pela fiscalização do contrato, ofereceram defesas, sustentando, de forma unânime, a legalidade dos atos sob exame.

No tocante aos ajustes em análise, a Origem ressaltou que, por um lapso**,** os documentos pertinentes à pesquisa de mercado não foram encartados aos autos do correspondente processo administrativo, sendo apresentadas as fontes de consulta utilizadas, consistentes nas Tabelas da Siurb, do Departamento de Estradas de Rodagem e em cotações de insumos utilizados na execução dos serviços.

Para comprovar a vantajosidade do valor avençado no Aditivo 02, demonstrou que, em julho de 2006, os preços contratuais dos 6 itens, que representam 70% (setenta por cento) dos serviços contratados, ficaram 6,31% (seis vírgula trinta e um por cento) abaixo dos valores de mercado, enquanto que nos demais 230 itens, que compõem os restantes 30% (trinta por cento) dos serviços, os respectivos valores pactuados foram 15% (quinze por cento) inferiores aos vigentes no mercado.

Esclareceu, ainda, que, além dos preços contratuais apresentarem, em julho de 2006, vantajosidade em relação aos oferecidos pelo mercado, já na base de julho/2005 estavam 17,95% (dezessete vírgula noventa e cinco por cento) abaixo do orçamento estimativo da SPTrans.

A respeito das observações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, atinentes à execução contratual, considerada a contento, as considerações apresentadas pela Origem foram:

1 – os elementos de informações aos usuários, nas paradas de ônibus, são substituídos frequentemente, tanto em virtude da atualização de linhas, quanto pelo alto índice de vandalismo, que dificulta a manutenção e acarreta elevado custo para a Administração.

2 – o enquadramento tributário da contratada, para fins de recolhimento do ISS, deu-se pela preponderância dos serviços de construção civil de pequeno porte compreendidos no objeto contratado e não os serviços de limpeza. Tendo a empresa, para fins de cálculo do referido imposto, deduzido na nota fiscal, em razão do seu enquadramento, a parcela de material e uso de equipamentos não discriminados, incumbe à Fazenda Municipal verificar a exatidão do

lançamento do tributo. Entretanto, o assunto foi submetido à área competente da SPTrans para análise.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo acolhimento dos três termos de aditamento, em análise, merecendo ser transcrita parte do seu parecer em que entendeu se achar superada a questão atinente à pesquisa de mercado, nos seguintes termos:

"Nesse sentido, entendo que as justificativas trazidas pela Origem, notadamente às fls. 1.737/1.740, com a apresentação das planilhas de fls. 1.741/1.756, esclarecem o questionamento da área de Auditoria e, s.m.j., são suficientes para atender à norma legal e legitimar a prorrogação formalizada no TA 02.

Além do mais, por ocasião da celebração do TA 03, para nova prorrogação contratual, a pesquisa de preços – efetuada a partir dos valores pactuados no Aditamento 02 (cf. docs. de fls. 1.546/1.668) – foi aceita pelos Senhores Auditores, sem qualquer ressalva, como se pode verificar na planilha de fls. 1724, no Item 15, alínea "a".

Tal constatação permite inferir que os preços praticados no Aditamento 02 estavam compatíveis com os praticados no mercado, inclusive a parcela de 30% (trinta por cento) que não foram objeto de pesquisa naquela oportunidade."

Manifestou-se, outrossim, a Área Jurídica, pela regularidade da execução contratual, por inexistirem outras questões de âmbito jurídico a serem discutidas, sem prejuízo das recomendações devidas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, apropriando-se das razões expendidas pela Origem e endossando os fundamentos expostos pela Assessoria Jurídica, opinou pela regularidade dos termos de aditamento em pauta, entendendo, quanto ao mais, "*que a execução sob exame se encontra formalmente regular, na medida em que o ajuste foi adimplido de forma satisfatória"* conforme "*as manifestações favoráveis da Coordenadoria V (fls. 500/527), da SFC (fl. 527) e da AJCE (fls. 576/580)*".

Encerrando a fase de instrução, a Secretaria Geral, igualmente entendendo que as justificativas da SPTrans "*seguidas dos documentos de fls. 1.741/1.756 demonstram a correção da pesquisa de preços efetuada, de forma a comprovar que a vantajosidade de preços prosseguiu por ocasião das prorrogações dos prazos contratuais*", concluiu serem regulares os Termos de Aditamento 01, 02 e 03, aduzindo, no tocante ao atraso de um dia para a remessa de informações a este Tribunal de Contas, ser falha de natureza formal, suscetível de relevação.

Concordou com as conclusões alcançadas pelos órgãos pré opinantes, no sentido da regularidade da execução contratual, sem embargo das recomendações necessárias.

VOTO

Ante o exposto e considerando as manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, e ficam fazendo parte integrante deste voto, julgo regulares os Termos de Aditamentos 01, 02 e 03 ao Contrato 06/2006 e acolho a execução contratual referente aos meses de maio, junho e julho de 2008.

Faço recomendação à São Paulo Transporte S.A. a fim de que, em futuros procedimentos da espécie, inclua no respectivo processo administrativo a planilha orçamentária da qual conste, detalhadamente, os itens referentes a despesas com pessoal, com materiais, com encargos sociais, etc.; facilitando não só a correta classificação dos serviços prestados para fins tributários, mas também as pesquisas de mercado dos elementos integrantes da proposta, em eventuais prorrogações de prazos contratuais.

Determino o retorno dos autos do TC 1.970/08-44 à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, objetivando dar prosseguimento à análise da execução do Contrato, alcançando todo o período de vigência do referido ajuste.

Expeça-se ofício ao Secretário Municipal de Finanças, acompanhado de cópias do relatório, do voto e do Acórdão a ser proferido pelo Plenário, com o escopo de examinar o enquadramento dos serviços previstos no Contrato 6/006-01-00 para efeito de recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Após os procedimentos previstos no § 4º do artigo 136 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Município de São Paulo (atos de registro e publicação do Acórdão), disponibilizem-se os autos para atender aos pedidos de vista e cópias, formulados no requerimento protocolizado em 14/07/2011 nesta Corte de Contas.