TC nº 72-002.343.05-97

ANÁLISE. CONTRATO. SMT. Serviços especializados de gerenciamento, fiscalização, administração e engenharia de transporte. Sistema de Transporte Público de Passageiros. Relevadas a publicação extemporânea, ausência de quantitativos de preços unitários e CND. ACOLHIDO excepcionalmente. Votação por maioria. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 195, § 3º, CF. Art. 60 e 61, Lei 4.320/64. Art. 2º, Lei nº 9.012/95. Art. 7º, II, § 2º e §§ 4º e 6º, art. 24, VIII, artigo 26, parágrafo único, art. 29, IV, Lei 8.666/93. Art. 42, LRF. Lei Mun. 13.278/02. Dec. Mun. 44.279/03. Art. 3º e 5º, Dec. Mun. Mun. 23.639/87.

TCs citados 72-005.295.02-00 e 72-003.707.03-85

Relatório e voto englobado TC 72.002.345.05-12

2.745ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 12.01.2015

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatado englobadamente com o TC 72.002.345.05-12 e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA, nos termos de seu voto proferido em separado, DOMINGOS DISSEI e, apresentando declaração de voto o Conselheiro JOÃO ANTONIO – Revisor que, houve por bem modificar seu voto, nos termos do artigo 174, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte, passando a acompanhar os votos proferidos pelos Conselheiros MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, para acolher, excepcionalmente, o ajuste, relevando a publicação extemporânea do extrato do contrato, a falta de quantitativos de preços unitários na proposta comercial e, excepcionalmente, a impropriedade relativa à ausência da certidão negativa de débito.

Vencido o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, que julgou irregular o contrato e expediu determinação à Origem.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em aceitar os efeitos financeiros do ajuste, considerando não haver nos autos indícios de comportamento eivado de má-fé, dolo ou fraude, ou mesmo de prejuízo ao erário, sendo que o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, o fez em caráter excepcional.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após observadas as formalidades legais, o arquivamentos destes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, JOÃO ANTONIO – Revisor e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 4 de junho de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuida-se dos processos TCs 2.345/05-12 e 2.343/05-97, ora relatados de forma englobada, que tratam da análise de contratações diretas, formalizadas pela Secretaria Municipal de Transportes, com entes da própria Administração Pública Municipal de São Paulo.

O TC 2.345/05-12 versa sobre o Contrato nº 235/2004, celebrado com a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, tendo por objeto a prestação de serviços de engenharia de tráfego e educação de trânsito no Município de São Paulo, com vigência de 1º de setembro de 2004 a 30 de abril de 2005, pelo valor total de R$ 172.000.000,00 (cento e setenta e dois milhões de reais).

E no TC 2.343/05-97, o Contrato nº 232/2004, avençado com a São Paulo Transporte S/A – SPTrans, tendo por escopo a prestação de serviços especializados de gerenciamento, fiscalização, administração e engenharia de transporte, voltados ao Sistema de Transporte Coletivo de Passageiros no âmbito do Município de São Paulo, com vigência de 02 de agosto de 2004 a 31 de março de 2005, pelo valor total de R$ 161.203.218,00 (cento e sessenta e um milhões, duzentos e três mil, duzentos e dezoito reais).

De acordo com os despachos de autorização, expedidos pelo Secretário de Transportes, ambos os contratos foram firmados com dispensa de licitação, amparados no artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal 8.666/93, enquadrando-se na hipótese de a prestadora de serviços ser entidade integrante da Administração Pública, criada para esse fim específico em data anterior à vigência dessa Lei, respeitadas as disposições da Lei Municipal nº 13.278/02, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 44.279/03.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, ao analisar os contratos, concluiu pela sua irregularidade de ambos, pelos seguintes fundamentos:

1 - "infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64, artigos 3º e 5º do Decreto Municipal nº 23.639/87 e ao artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, devido à insuficiência de empenhamento para cobertura das despesas do exercício de 2004;

2 - infringência ao inciso VIII do artigo 24 e inciso III do § único do artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93 c/c artigo 12 do Decreto Municipal nº 44.279/03, pela ausência de documentação comprobatória de que os preços contratados são compatíveis com os praticados no mercado; e

3 - infringência ao § 3º do artigo 195 da Constituição Federal, ao artigo 2º da Lei nº 9.012/95 e ao inciso II do artigo 40 do Decreto Municipal nº 44.279/03, pois não há certidão emitida (CND e FGTS) para o estabelecimento, por ocasião da contratação".

O Contrato nº 232/04 (TC 2343/05) apresentou outras duas inconformidades além das acima apontadas, a saber:

4 - "infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02, devido à publicação extemporânea do extrato do contrato; e

5 - infringência ao disposto no inciso II do § 2º e §§ 4º e 6º do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/93, em razão da falta de quantitativos e preços unitários na proposta comercial".

Oficiada para as justificativas acerca das irregularidades apontadas na análise dos contratos, a Origem alegou que a contratação tanto da Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, que atua na segurança e funcionamento do trânsito, quanto da São Paulo Transporte – SPTrans, responsável pela gestão do transporte público municipal, é imposição legal contida no Decreto Municipal nº 37.293/97, não havendo outra opção ou escolha a ser feita senão a contratação direta dessas empresas, atuando como uma *longa manus* do Poder Público na prestação dos respectivos serviços públicos.

A Origem alegou, ainda:

(a) que seria dispensável a apresentação de comprovação de regularidade fiscal das Contratadas, exigível somente das pessoas jurídicas de direito privado;

(b) a pesquisa de preço mostra-se descabida diante da competência delegada por lei e da hegemonia da SPTrans para consecução dos serviços objeto do ajuste em análise;

(c) a inviabilidade de elaboração de critérios comparativos de preços, pois nenhuma outra empresa detém competência para executar os serviços atribuídos por lei à CET, no âmbito do gerenciamento do trânsito local;

(d) inocorrência de afronta à Lei de Responsabilidade Fiscal, pois no contrato previu-se que a liberação das verbas relativas às despesas efetuadas em 2005 ficaria condicionada à disponibilidade de recursos, no caso de aprovação da proposta orçamentária, e que o desembolso até o final de 2004 obedeceu aos limites orçamentários fixados pelo Poder Público;

(e) no tocante à falta de quantitativos na contratação com a SPTrans, argumentou que o artigo 7º da Lei Federal 8.666/93 seria aplicável, no seu entender, somente às licitações e não na contratação direta, como no caso em exame; e

(f) a publicação extemporânea do Contrato nº 232/04 é falha relevável, pois não implica nulidade do ato administrativo válido e perfeito, praticado por autoridade competente.

Em ambos os processos, foi determinada a intimação do Ordenador da Despesa a fim de que se manifestasse sobre as irregularidades apontadas pela Auditoria, ensejando a apresentação de defesa pelo Interessado apenas no TC nº 2343/05-97, que argumentou não haver qualquer vício no ato em análise, propugnando pelo reconhecimento da regularidade da contratação da SPTrans.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, ao analisar as justificativas apresentadas pela Origem, reafirmou que, por se tratar de uma prestação continuada, o valor do ajuste deveria se distribuir uniformemente ao longo dos meses da contratação, e não onerar o exercício de 2005 com despesas, de fato, ocorridas em 2004, concluindo que os argumentos em defesa da regularidade dos ajustes não conseguiram elidir as irregularidades apontadas, que restaram ratificadas nessa análise técnica.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, ao pronunciar-se a respeito da matéria, exarou parecer endossando as conclusões da Auditoria ante as infringências constatadas quanto à insuficiência da dotação para cobrir as despesas do exercício de 2004, bem como quanto à falta de justificativa de preços e à ausência de comprovante de regularidade junto ao INSS e ao FGTS, esta podendo

ser relevada, opinando, entretanto, pela irregularidade dos instrumentos sob exame.

Especificamente no TC 2.343/05, além de também relevar a extemporaneidade da publicação do ajuste, a Assessora Jurídica Subchefe acompanhou a manifestação expendida pela Assessora preopinante, sugerindo, todavia, o reconhecimento dos efeitos financeiros produzidos, sem prejuízo de eventuais penalidades que se entender aplicáveis, entendimento esse ao qual se alinhou o Assessor Chefe.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento dos ajustes em análise, propugnando pela relevação das ressalvas, pois, mesmo diante das falhas verificadas, não se poderiam interromper os serviços imprescindíveis à coletividade e também por não haver indicação de existência de prejuízo à Administração ou efetivo dano à Municipalidade.

Encerrando a fase de instrução, a Secretaria Geral, em ambos os processos, endossou a materialidade das infringências apontadas pelos Órgãos Técnicos desta Corte.

No TC 2.345/05 relevou as impropriedades concernentes à ausência de comprovante de regularidade fiscal da Contratada, assim como relevou a falta de justificativa de preços, mas opinou, entretanto, pela irregularidade do ajuste em tela, em decorrência da insuficiência de empenho para a cobertura das despesas do exercício e por se tratar de despesa realizada no último quadrimestre do mandato, a ponto de desrespeitar a gestão fiscal responsável, o que representa uma afronta ao princípio da legalidade, que é uma exigência do Estado de Direito para nortear todos os comportamentos dos agentes públicos.

E no TC 2.343/05-97, opinou pela irregularidade do ajuste em tela, submetendo, contudo, ao critério do Relator a proposta de reconhecimento dos efeitos financeiros produzidos, sem prejuízo de determinações ou penalidades cabíveis à espécie.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

A ausência de comprovante de regularidade fiscal das Contratadas, a que se refere o inciso IV do artigo 29 da Lei Federal nº 8.666/93, configura infringência, pois, mesmo em se tratando de empresas da administração pública indireta, a Companhia de Engenharia de Tráfego e a São Paulo Transporte não estão isentas do cumprimento da lei, especialmente do disposto no artigo 195 da Constituição Federal, § 3º, e disciplinado no artigo 47, inciso I, alínea “a”, da Lei Federal nº 8.212/91, não podendo a Origem dispensar a apresentação de certidões relativas à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Na hipótese de estar-se discutindo na via judicial a cobrança de contribuições sociais julgadas indevidas, é consabido que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS expede certidão positiva com efeito de negativa, desde que haja liminar ou depósito judicial visando à suspensão da exigibilidade do crédito, nos termos do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional.

A esse respeito, o Pleno do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, nos TC's 4.287/03-27 e 3.260/03-35, pacificou o entendimento de ser obrigatória a apresentação de Certidão Negativa de Débito – CND (INSS), ainda que positiva com efeito de negativa, por empresa pública, em cumprimento aos dispositivos supracitados, sendo, igualmente, obrigatória a apresentação de comprovante de regularidade junto ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

No tocante à ausência "de documentação comprobatória de que os preços contratados são compatíveis com os praticados no mercado", apontada pela Auditoria em ambos os contratos, não prospera o argumento da Origem invocando a dispensa de justificativa de preços, por tratar-se de empresa que detém exclusividade na contratação de serviços.

Tal argumento mostra-se insubsistente, pois, de acordo com o observado pela Assessoria Jurídica, "nas hipóteses de contratação direta, o que é dispensado ou inexigido é o procedimento licitatório, e não as formalidades essenciais a qualquer contratação em que o Poder Público é parte".

Ademais, ainda que o artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, no inciso VIII, preveja a possibilidade de contratação direta de entidade que integre a Administração Pública que tenha sido criada para o fim específico de prestar certos tipos de serviços, é essencial que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado, em respeito aos princípios da economicidade, moralidade e eficiência, exigência essa reproduzida no artigo 12 do Decreto Municipal número 44.279/03, dispositivos legais violados pela Origem.

Da mesma forma, persiste a infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64, aos artigos 3º e 5º do Decreto Municipal nº 23.539/87, em razão de ser prestação continuada, cujo valor do ajuste deveria ser distribuído de modo uniforme ao longo dos meses de contratação, sem onerar o exercício de 2005 com despesas de fato ocorridas em 2004, consoante bem apontou a Especializada, que apurou o empenhamento insuficiente.

Diante do exposto, considerando os princípios constitucionais da legalidade e da impessoalidade, os dispositivos legais aplicáveis à espécie, retro enunciados, e o teor das manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e, em parte, da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, julgo irregulares os Contratos nº 235/04-SMT (TC nº 2.345/05-12) e nº 232/04-SMT (TC nº 2.343/05-97), aceitando, em caráter excepcional, os efeitos financeiros deles decorrentes,

"levando em conta não haver estampado no presente, indícios de dolo, má-fé ou dano ao erário", conforme asseverado no parecer da Secretaria Geral.

Determino à Origem para que, nos futuros contratos com empresas da Administração Pública Indireta, apresente pesquisa de preço de mercado e exija proposta comercial com quantitativos e preços unitários, o comprovante de regularidade junto ao INSS e ao FGTS, ainda que a certidão seja positiva com efeito de negativa.

Após, observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Declaração de VOTO englobado apresentada pelo Conselheiro João Antonio:

Com o relator, porém, segue a presente declaração de voto.

Verifiquei que assiste razão ao Nobre Conselheiro Maurício Faria quando afirma, no julgamento dos TCs 5.295.02-00 e TC 3.707.03-85, na Sessão 2.744 Sessão Ordinária de 28/05/14: "Já que as planilhas evidenciam a formação dos preços do Contrato, na medida que advém dos próprios custos da CET, o que se mostra em conformidade com o parágrafo 9º, do artigo 7º da Lei Federal n° 8666/93. Ademais, tratando-se de detentora exclusiva da prestação, inexiste mercado específico para pesquisa de preços.

Aliás, essa foi a posição encampada pelo Nobre Conselheiro Domingos Dissei, onde, no mesmo julgamento, também afirmou: "É evidente que essas empresas também possuem uma Certidão Positiva com efeito de Negativa (CND e FGTS). É expedida essa certidão, porque eles sempre fazem isso, e o INSS acolhe esse tipo de negociação".

Considerando-se a especificidade que envolve a contratação em exame, em que o contrato possui todas as características de verdadeiro contrato de gestão e levando em conta não haver estampado indícios de dolo, má-fé ou dano ao erário nas ações aqui descritas, reconheço os efeitos financeiros das contratações tratadas no presente feito.

Após as comunicações de praxe, ARQUIVEM-SE os autos.

VOTO em separado englobado apresentado pelo Conselheiro Maurício Faria:

Em julgamento, os Processos TCs 2.345.05-12 e 2.343.05-12, que tratam da análise das contratações diretas (contrato nº 235/04 e contrato 232/04), com fundamento no art. 24, VIII, formalizadas pela Secretaria

Municipal de Transporte com a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET e com a São Paulo Transportes S/A – SPTrans.

A análise da Auditoria concluiu pela irregularidade dos ajustes, pelos seguintes motivos:

(i) insuficiência de empenhamento para cobertura das despesas do exercício de 2003;

(ii) ausência de documentação comprobatória de que os preços contratados são compatíveis com os praticados no mercado; e

(iii) ausência da certidão negativa de débito (CND/FGTS).

Nos autos do Processo TC que examina o contrato nº 232/04, apontou outras duas infringências, quais sejam:

(I) publicação extemporânea do extrato do contrato e;

(II) falta de quantitativos e preços unitários na proposta comercial.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral, manifestaram-se no sentido da relevação das impropriedades concernentes à ausência de comprovante da certidão negativa de débito e à extemporaneidade do ajuste.

Nos autos do TC 2.345/05, a Secretaria Geral relevou também a falta de justificativas de preços. Relevo a publicação extemporânea do extrato do contrato e a falta de quantitativos de preços unitários na proposta comercial.

A primeira em razão de sua natureza formal, e a segunda porque restou justificado pela Origem que a apuração do valor ocorreu em função do objeto que foi executado em sua totalidade, insertos todos os materiais e despesas na execução objeto do ajuste.

Da mesma forma, em conformidade com a manifestação da Secretaria Geral e com os precedentes deste E. Tribunal, relevo excepcionalmente no caso concreto, a impropriedade relativa à ausência das certidões negativas de débito. Neste tocante, reitero as considerações tecidas em outras oportunidades, a exemplo do voto proferido nos autos do Processo TC 3.025.02-64, julgado na 2.407ª Sessão Ordinária deste Pleno, ocasião em que esta Egrégia Corte, por unanimidade, acolheu excepcionalmente contrato celebrado entre a Secretaria Municipal de Transporte e a Companhia de Engenharia de Tráfego, para efeito, inclusive da aceitação de seus efeitos financeiros, relevando a ausência de apresentação, por parte da CET, da Certidão Negativa de Débito – CND com o INSS.

Ponderou-se, naquela oportunidade, que a contratação entre pessoas da Administração Pública não dispensa a demonstração da aludida Certidão, uma vez que a Administração se encontra, de igual forma, submetida à regra contida no § 3º do artigo 195 da Constituição Federal.

Contudo, também se considerou, a essencialidade do objeto contratado para continuidade do serviço público.

Com efeito, tratam-se de prestações de serviços, que à evidência, não poderiam ser prescindidos pelo Município sob pena de se agravar de forma intensa o tormentoso trânsito da Cidade de São Paulo, em prejuízo a toda coletividade.

Em relação à justificativa de preço, entendo que a contratação de empresas integrantes da Administração Indireta, "in casu", constituiu-se no único meio de garantir a continuidade do serviço público essencial voltado para a segurança e educação de trânsito, assim como o seu bom funcionamento, sendo certo que a comprovação da compatibilidade de preços com o mercado pressupõe a existência de um mercado, o que, no presente caso, não existe, posto que, nenhuma outra empresa pode executar os serviços atribuídos a essas entidades.

Quanto a este aspecto, ressalte-se a manifestação da Secretaria Geral que "não restou demonstrado nos autos que o preço praticado foi excessivo, desvantajoso ou acima dos parâmetros de mercado". Por fim, quanto à insuficiência de empenhamento para cobertura das despesas do exercício, não obstante a impropriedade ocorrida, a mesma não pode ensejar a irregularidade do ajuste, uma vez que os pagamentos foram realizados.

Pelo exposto, acolho excepcionalmente os ajustes, para efeito, inclusive, de aceitação de seus efeitos financeiros, considerando não haver nos autos indícios de comportamento eivado de má-fé, dolo ou fraude, ou mesmo de prejuízo ao Erário.