EM TRAMITAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-003.044.10-19

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SPTRANS. Serviços de administração e apoio à operação, manutenção civil, elétrica, hidráulica e de tecnologia da informação para os corredores, terminais, estações de transferência e paradas. REGULAR. RECOMENDAÇÕES. Votação unânime.

Relatório e Voto englobado TCs: 72.002.444.10-61 e 72.002.446.10-97

TCs citados: 72.000.675.09-70 e 72.001.904.10-34

Legislação citada: arts. 54, 58, III e IV e 67, Lei 8.666/93. Arts. 112 e 113 CC.

2.656ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72.002.444.10-61 e 72.002.446.10-97, 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 regular a execução do Contrato 09/0087-01-00, no período de 01/08/2010 a 21/01/2011, referente aos serviços de manutenção civil, elétrica e hidráulica nos terminais, estações de transferência e paradas, no montante medido de R$ 4.455.707,77 (quatro milhões, quatrocentos e cinquenta e cinco mil, setecentos e sete reais e setenta e sete centavos), e pago no valor de R$ 3.567.381,85 (três milhões, quinhentos e sessenta e sete mil, trezentos e oitenta e um reais e oitenta e cinco centavos).

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, em resposta ao requerimento constante dos autos, visando a instruir o Inquérito Civil nº 1.259/2010, instaurado no âmbito daquele Órgão.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão à São Paulo Transporte S.A. – SPTrans, na pessoa do seu Diretor-Presidente, para ciência, seguida das recomendações (itens "a", "b", "d", "e", "f" e "g") constantes do Relatório da Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte, de folhas 414 a 432vº dos presentes autos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das 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, 06 de fevereiro de 2013.

ROBERTO BRAGUIM - Vice-Presidente no exercício da Presidência.

EDSON SIMÕES – Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuidam os autos dos TC's 2.444/10-61, 2.446/10-97 e 3.044/10-19, do acompanhamento da execução do Contrato nº 0087-01-00/09, firmado entre a São Paulo Transporte S.A. e a empresa Socicam Administração, Projetos e Representações Ltda., objetivando a prestação de *"serviços de administração e apoio à operação, manutenção civil, elétrica, hidráulica e de tecnologia da informação nos Terminais, Estações de Transferência e Paradas da SPTrans, bem como manutenção de tecnologia da informação para os corredores da SPTrans, no âmbito do Município de São Paulo, abrangendo as respectivas áreas de estocagem, túneis, passarelas de acesso, rampas e passeios, incluindo o fornecimento de mão de obra, materiais e equipamentos,* no valor total de R$ 76.309.325,52 (setenta e seis milhões, trezentos e nove mil, trezentos e vinte e cinco reais e cinquenta e dois centavos), pelo prazo de 12 meses.

O Edital, a Concorrência 2/2009 e o Contrato dela decorrente foram objeto de análise, respectivamente, nos TC's 675/09-70 e 1.904/10-34, tendo sido acolhidos, por votação unânime, pelo Plenário deste Tribunal de Contas, na Sessão Ordinária nº 2.608, ocorrida em 04 de abril de 2012.

Tendo em vista os diversos serviços incluídos no objeto contratual, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle propôs que a análise da sua execução fosse realizada em etapas.

Dessa forma, cuida o TC 2.444/10-61 do acompanhamento da execução contratual referente ao fornecimento de móveis, utensílios e equipamentos, representando, essa parcela do objeto, o valor de R$ 1.662.188,16 (um milhão, seiscentos e sessenta e dois mil, cento e oitenta e oito reais e dezesseis centavos), para o período de 12 meses.

A Coordenadoria V, em manifestação preliminar, concluiu pela irregularidade da execução contratual, por entender que a contratada não estava atendendo ao objeto verificado, uma vez que teria ocorrido atraso na entrega dos referidos bens. Diante disso, entendeu que a SPTrans deveria exigir o recolhimento aos cofres municipais da multa de R$ 7.630.932,55 (sete milhões, seiscentos e trinta mil, novecentos e trinta e dois reais e cinquenta e cinco centavos) a ser aplicada nos termos do subitem 13.1.1 do contrato, assim como a quantia de R$ 52.762,55 (cinquenta e dois mil, setecentos e sessenta e dois reais e cinquenta e cinco centavos) referente à soma dos valores glosados nas medições de agosto e setembro, uma vez que os radiocomunicadores e os pacotes de utilização mensal eram serviços contratados por meio de locação, quando o item 4.3 do contrato determinava que os bens "*deveriam ser novos, comprovados por meio de Nota Fiscal/Fatura de compra*" (folhas 195/206).

Oficiada, a São Paulo Transporte S/A.[1], na pessoa do seu então Diretor Presidente (Marcelo Cardinale Branco), apresentou os seus esclarecimentos às folhas 210/215 acompanhados de 5 encadernações, registrando, em síntese, "*a grandeza da contratação e, por consequência, a complexidade e dificuldade de sua fiscalização.*"

Em relação ao momento da entrega do mobiliário, a Origem afirmou que *"a Socicam apresentou um cronograma, aprovado pela SPTrans, tendo em vista que não havia no contrato disposição expressa sobre o momento desse fornecimento, situação essa que não gerou nenhum prejuízo aos usuários nem à SPTrans, tendo só gerado o pagamento quando da efetiva entrega de cada material".*

Advertiu que "*em nenhum momento a SPTrans interpretou que todos esses bens deveriam ter sido entregues quando da assinatura do contrato, até mesmo por questão de logística. Ao contrário. De acordo com o Item 3 da Parte I, do Anexo II do Edital, Termo de Referência, observa-se que antes da emissão das Ordens de Serviço foi prevista uma inspeção conjunta nas instalações envolvidas na execução para registrar a situação que se encontravam, cabendo, posteriormente, às próprias Ordens de Serviços, fixarem início e término das etapas a serem executadas (Subitem 3.1)*".

Alegou, por fim, que "*estava providenciando a revisão das cláusulas de penalidades para melhor adequá-las ao tipo de contratação em causa,*

[1] Responsáveis pelo Contrato: Signatários: Marcelo Cardinale Branco – Diretor Presidente da SPTrans e Roberto Antonio Diniz – Diretor Financeiro, folha 26.
Demais indicados pela SFC como responsáveis pela execução contratual: Maurício Lima Ferreira, Carlos Eduardo dos Reis Leal, Gerson Luiz Martinez e Douglas Wilson Roman.

com critérios compatíveis às eventuais inadimplências da Contratada. Finalizando o estudo, será elaborado o competente aditamento contratual".

Em novo exame, a Coordenadoria V ratificou a sua conclusão anterior.

De outro lado, o Subsecretário de Fiscalização e Controle emitiu parecer ressaltando que os serviços se encontravam em fase embrionária, razão pela qual a imposição de multa lhe parecia ser ato precoce. Ponderou, assim, no sentido de uma revisão dos valores das multas, já que na forma pela qual foi estipulada poderia vir a inviabilizar o contrato.

Destacou, ainda, que "a Coordenadoria V, para ratificar seu entendimento anterior, se baseia em parecer da área jurídica da própria SPTrans que reconhece que a entrega dos materiais e equipamentos deveria ter sido efetuada de pronto, para o perfeito atendimento das obrigações contratuais pactuadas. No entanto, é forçoso reconhecer que há uma corrente, também dentro da própria SPTrans, que vem procurando estabelecer um cronograma de entrega dos materiais e demais equipamentos, o que poderia vir a corrigir a situação apresentada" (folhas 336/341).

No que concerne à entrega de mobiliário, a Assessoria Jurídica de Controle Externo salientou que a Origem, diante da falta de regra contratual explícita, propôs, para solucionar a questão de forma imparcial, que a área gestora da SPTrans fizesse um inventário constatando quais os bens que foram ou não fornecidos, o que deverá ser comprovado pela contratada mediante a entrega das respectivas Notas Fiscais, fixando um prazo para a entrega dos bens em haver, por meio da emissão de Ordem de Serviço.

Atentou, também, para o fato de que "a própria SPTrans, na dúvida acerca da exata interpretação da cláusula contratual sobre a entrega do mobiliário, aprovou o cronograma de entrega dos bens móveis apresentado pela contratada".

De acordo com a Área Jurídica, dispõe o artigo 67 da Lei nº 8.666/93 que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da administração devidamente designado, devendo o gestor agir de forma proativa e preventiva e observar o cumprimento pela contratada das regras previstas no instrumento contratual.

Asseverou que "a lei atribui ao gestor autoridade para acompanhar o desenvolvimento do contrato, o que lhe possibilita corrigir distorções e resolver as dúvidas existentes. Nessa função e, avaliados todos os interesses envolvidos, resolveu o gestor do contrato aprovar o cronograma apresentado pela contratada, motivo pelo qual não se configurou situação de mora, em face da concordância da contratante em escalonar a entrega".

No que diz respeito à alegada impossibilidade de

aplicação da multa nos moldes originalmente pactuados, considerou "plausíveis as justificativas trazidas pela São Paulo Transporte", ressaltando que *"a Origem poderá rever a cláusula penal do contrato, com a finalidade de estabelecer multas mais compatíveis com a natureza da infração, evitando assim o excesso de repressão por descumprimento parcial do contrato, com vista a não alterar o caráter comutativo da avença e a não criar situações impeditivas ao perfeito funcionamento do serviço e do adimplemento contratual".*

Dessa forma, concluiu que, no caso concreto, "*a SPTrans deverá fazer o levantamento dos bens que já foram efetivamente entregues, assinalando um prazo final para e entrega definitiva dos demais bens e equipamentos. Descumprida a nova determinação, poderá então a SPTrans aplicar a multa cabível, com base nas cláusulas contratuais revistas e compatibilizadas com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade"* (folhas 343/354).

Novamente oficiada, a Origem ofereceu outras justificativas e, intimados, os Agentes Responsáveis[2] apresentaram defesa às folhas 356/401, bem como apresentaram cópia do Termo de Aditamento ao contrato, firmado com o objetivo de individualizar as situações que ensejam a cominação de penalidades e estabelecer o escalonamento das sanções de acordo com a gravidade da infração cometida, adequando assim as clausulas penais, que em sua redação original dificultava ou até mesmo impedia a efetiva aplicação de penalidades por descumprimento pontual do pactuado.

Em pronunciamento final, a Assessoria Jurídica de Controle Externo assim se expressou: *"a rigor, podemos afirmar que a indicação pormenorizada de circunstâncias que configuram infração contratual e a gradação das penalidades a ela aplicáveis atendem ao critério da ponderação que deve permear a aplicação dos mecanismos sancionadores. Nessa senda, entendemos salutar a providência tomada pela Origem".*

No que diz respeito à afirmação da Origem de que a nova fórmula das cláusulas penais seria adotada também para os descumprimentos já constatados , entendeu correta a solução, "*sem quaisquer outras ilações nesse momento pelo fato de a indisponibilidade do interesse público ter sido excepcionada com fundamento na inaplicabilidade da cláusula penal (em sua forma original) e, ainda, devido às evidências de que a medida tende a beneficiar a contratada (não ferindo, portanto, o interesse particular)*".

No tocante aos demais apontamentos feitos no final do parecer de folhas 234/245 da Auditoria, salientou ser cabível tão somente a avaliação da entrega dos rádios comunicadores e a sua incorporação ao patrimônio público, porquanto as questões relativas à licitação, ao respectivo instrumento convocatório e à formação do contrato não se referem estritamente à execução contratual, encontrando-se sob exame específico nos TC's 675/09-70 e 1.904/10-34

[2] Marcelo Cardinale Branco (na qualidade de Diretor Presidente da SPTrans e também como Signatário do Contrato), Roberto Antonio Diniz, Maurício Lima Ferreira, Carlos Eduardo dos Reis Leal, Gerson Luiz Martinez e Douglas Wilson Roman, indicados por SFC como responsáveis pela fiscalização da execução do contrato.

(já julgados e acolhidos por este Tribunal).

Sobre esse ponto, corroborou do entendimento trazido pela Origem no sentido de que "a cláusula 1.3.5 do contrato previa a possibilidade de locação de tais aparelhos" e que, com amparo nos artigos 112 e 113 do Código Civil e no artigo 54 da Lei Federal nº 8.666/93, "os rádios comunicadores não se incluem no rol de móveis, utensílios e equipamentos que deverão integrar o patrimônio público ao final do contrato", não vislumbrando, dessa forma, ofensa à cláusula 4.3 do contrato e à cláusula do Termo de Referência.

Concluiu, dessa forma, pela regularidade da execução contratual (folhas 286/294).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, subsidiando-se nos esclarecimentos ofertados pela Origem, requereu o acolhimento da execução do ajuste (folhas 296/300).

A Secretaria Geral endossou as manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo propugnando pela regularidade da execução contratual, no período e valores auditados (folhas 302/305).

O TC 2.446/10-97 examina a parte atinente à execução dos serviços de manutenção de Tecnologia da Informação nos Terminais, Estações de transferência, Paradas e Corredores de ônibus, no valor de R$ 8.247.727,20 (oito milhões, duzentos e quarenta e sete mil, setecentos e vinte e sete reais e vinte centavos), pelo prazo de 12 meses.

O relatório inicial da Coordenadoria V concluiu pela irregularidade da execução contratual, indicando falhas na prestação dos serviços de manutenção de Tecnologia da Informação, motivo pelo qual entendeu que a SPTrans deveria exigir da Contratada o recolhimento aos cofres públicos (ou, alternativamente, desconto nos próximos pagamentos) de R$ 16.547.941,47 (dezesseis milhões, quinhentos e quarenta e sete mil, novecentos e quarenta e um reais e quarenta e sete centavos), sendo R$ 15.261.865,10 (quinze milhões, duzentos e sessenta e um mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e dez centavos) referente à multa contratual por inexecução parcial do objeto e R$ 1.286.076,37 (um milhão, duzentos e oitenta e seis mil, setenta e seis reais e trinta e sete centavos) referente às glosas nas medições de agosto e setembro de 2010, ambas em virtude de subcontratação não autorizada e da não realização de manutenção preventiva. Propôs, ao final, recomendações (todas descritas em notas de rodapé) (folhas 282/300).

Oficiada, a São Paulo Transporte S.A., na pessoa do seu então Diretor-Presidente, apresentou esclarecimentos, alegando, em síntese, que estava providenciando a revisão das cláusulas penais do ajuste para melhor adequá-las ao tipo de contratação em causa, com posterior elaboração de aditamento contratual, nos exatos termos já expostos quando do relato do TC 2.444/10-61.

Trouxe, ainda, a Origem, as informações e documentos de fls. 314/335, dando conta de que a SPTrans autorizou a subcontratação da Trends Engenharia e Tecnologia Ltda., após a apresentação, pela empresa, da documentação exigida no item 14.2 do contrato. Sustentou que os serviços de manutenção preventiva e corretiva de Tecnologia da Informação admitiam a subcontratação, sendo que a eventual flexibilização dos procedimentos pertinentes justificava-se para evitar a descontinuidade de serviços públicos essenciais.

Quanto às demais falhas apontadas, afirmou que se referem à fase inicial da execução e que, naquele momento, algumas alterações nos procedimentos haviam sido implementadas, sanando parte dos apontamentos, enquanto outros estariam em fase de solução (folhas 304/335).

Em nova manifestação, a Coordenadoria V ratificou as suas conclusões anteriores (folhas 336/338).

O Subsecretário de Fiscalização e Controle destacou que *"a questão da subcontratação da empresa TRENDs já se encontra superada pela autorização expressa concedida pela SPTrans e também pela adequação, pela Subcontratada, do seu estatuto social".*

Sobre a alegação da Coordenadoria V de necessidade de serem glosadas as importâncias pagas pelo serviço, registrou que *"não pode a administração se enriquecer sem causa, o que ensejaria uma avaliação jurídica sobre a possibilidade de se pagar seus valores por meio de indenização. Além disso, não há notícia de que os serviços não tenham sido devidamente executados".*

Finalizou arguindo que "*as demais constatações realizadas implicaram na aplicação de multas, sendo que essa questão já mereceu ponderação quando de minha manifestação nos autos do TC 2.444/10-61, cuja cópia segue juntada ao presente"* (folhas 336/340).

Novamente oficiada, a São Paulo Transporte trouxe aos autos cópia do Termo de Aditamento que revisou a cláusula penal do contrato, informando, ainda, a situação da aplicação das glosas.

Intimados, os demais Responsáveis[3] pela fiscalização da execução contratual reafirmaram as alegações da Origem.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo reiterou os argumentos expendidos no TC 2.444/10-61 sobre a questão da revisão da cláusula penal. No tocante à questão da subcontratação, observou ter ficado demonstrado nos autos que *"a empresa Trends Engenharia e Tecnologia Ltda. prestou efetivamente os serviços e que, em 04.11.10, a Socicam obteve a expressa autorização da Origem para subcontratar a execução dos serviços."*

[3] Roberto Antônio Diniz (fls. 394/396), Douglas Wilson Roman (fl.397) e Gerson Luiz Martines (fl.399)

Consignou que, *"no exercício da função de fiscalização do contrato, com fulcro no disposto no artigo 67 da Lei Federal 8.666/93 e avaliados todos os interesses envolvidos, resolveu o gestor do contrato não aplicar a penalidade, tendo em vista que os serviços não foram paralisados, convalidando em 04.11.10 a subcontratação da empresa Trends.*".

Com a autorização expressa da SPTrans em relação à subcontratação, concluiu a Assessoria Jurídica de Controle Externo que "a irregularidade apontada restou superada, pela convalidação dos atos praticados".

Opinou, ao final, pelo acolhimento da execução contratual, salientando que a SPTrans poderá, caso constatados novos descumprimentos contratuais, aplicar a multa cabível, com base nas cláusulas contratuais revistas e compatibilizadas com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (folhas 343/354).

Seguiram-se outras manifestações da Origem, dos Responsáveis[4] e dos Órgãos Técnicos deste Tribunal.

Após a apreciação dos últimos documentos colacionados aos autos, a Assessoria Jurídica de Controle Externo reiterou seus pareceres pelo acolhimento da execução contratual (folhas 547/548).

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pela regularidade da execução contratual (folhas 550/555).

A Secretaria Geral, endossando a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinou pela regularidade da execução contratual, no período e valores auditados.

Julgou necessário reafirmar a tese da convalidação da subcontratação, dada a sua peculiaridade no caso concreto, pelo fato de ter demandado atividades saneadoras tanto do Poder Público como do particular, o que encontra inteiro respaldo na doutrina (folhas e 557/562).

O TC 3.044/10, por sua vez, trata, exclusivamente, do acompanhamento da execução contratual relativa aos serviços de manutenção civil, elétrica e hidráulica, dos Terminais, Estações de Transferência e Paradas de ônibus, correspondendo esta parcela do objeto ao valor de R$ 20.282.710,33 (vinte milhões, duzentos e oitenta e dois mil, setecentos e dez mil reais e trinta e três), pelo período de 12 meses.[5]

---

[4] Marcelo Cardinale Branco (na qualidade de Diretor Presidente da SPTrans e tb como Signatário do Contrato), Roberto Antonio Diniz, Maurício Lima Ferreira, Carlos Eduardo dos Reis Leal, Gerson Luiz Martinez e Douglas Wilson Roman.

[5] A gestão do contrato é de responsabilidade da Diretoria de Serviços de Transporte - DS, diretor Roberto Antonio Diniz, cláusula décima sexta, fl. 25, e a fiscalização realizada por Antonio Maria Claret Reis de Andrade, Superintendente de Manutenção, indicado pela Diretoria de Infraestrutura - DI, fl. 251.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, em manifestação preliminar, concluiu pela regularidade da execução contratual, no montante medido de R$ 4.455.707,77 (quatro milhões, quatrocentos e cinquenta e cinco mil, setecentos e sete reais e setenta e sete centavos), e pago no valor de R$ 3.567.381,85 (três milhões, quinhentos e sessenta e sete mil, trezentos e oitenta e um reais e oitenta e cinco centavos), propondo recomendações de melhorias na fiscalização dos serviços (descritas em notas de rodapé).[6] (folhas 414/432).

Oficiada, a São Paulo Transporte (na pessoa do seu Diretor-Presidente, Marcelo Cardinale Branco), informou que "as recomendações da Auditoria deste Tribunal haviam sido absorvidas pela área técnica responsável daquela Empresa" (folhas 437/561).

Em nova apreciação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle ratificou a conclusão pela regularidade da execução contratual, considerando, contudo, cumprida a recomendação para que fosse exigida *da Contratada a comprovação da entrega inicial dos Equipamentos de Proteção Individual - EPI's* (folhas 564/565).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral acompanharam o parecer da Auditoria, opinando pela regularidade da execução contratual, com as recomendações propostas (folhas 568/569, 571/572 e 575/576).

VOTO ENGLOBADO

À vista das conclusões unânimes da Coordenadoria V, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral no sentido da regularidade da execução dos serviços de manutenção civil, elétrica e hidráulica, dos Terminais, Estações de Transferência e Paradas, objeto de análise do TC 3.044/10-19, mostram-se desnecessárias quaisquer considerações adicionais.

---

[6] Recomendações:

a- "Incluir nos futuros editais, quando da possibilidade de subcontratação, informação que o faturamento poderá ser feito diretamente pela subcontratada, com prévia autorização da contratante;[6]

b- Calcular os custos decorrentes dos Relatórios de Vistorias realizados nos Terminais, tendo em vista que a responsabilidade é da Contratada, e solicitar o ressarcimento, ou alternativamente, descontar dos pagamentos a serem realizados[6];

c- Exigir da Contratada a comprovação da entrega inicial dos Equipamentos de Proteção Individual - EPI's[6];

d- Exigir da Contratada os procedimentos de manutenção preventiva, bem como os cronogramas para a análise e aprovação da Contratante[6];

e- Verificar a oportunidade e conveniência de utilizar a Confiabilidade e Disponibilidade dos Equipamentos nas Solicitações de Manutenção, visando, inclusive, comparativos quando da realização de manutenções preventivas[6];

f-Compatibilizar a Norma e Procedimentos nº ST.IF.01 com os Procedimentos para Abertura de Solicitações de Manutenções Corretivas nos Terminais[6];e

g- Apurar o custo (discriminando mão de obra, materiais, veículos, equipamentos e outros) de cada intervenção em manutenção civil, elétrica e hidráulica, visando formar um banco de dados para futuras contratações e/ou prorrogações contratuais."

No que concerne à parcela da execução tratada nos TC's 2.444/10-61 e 2.446/10-97, cumpre, de início, abordar a questão essencial que trouxe debates aprofundados durante a instrução de ambos os processos: cuida-se da possibilidade de revisão de cláusula que estabelece as sanções por inadimplemento contratual.

Corroboro do entendimento expressado pelo Subsecretário de Fiscalização e Controle, pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral, no sentido de ser procedimento legítimo que se coaduna com os princípios constitucionais que regem o direito administrativo.

Vejamos.

A Lei Federal nº 8.666/93 estabelece, em seu artigo 58, incisos III e IV, que o regime jurídico dos contratos administrativos confere à Administração Pública a prerrogativa de fiscalizar-lhes a execução e aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste. A lei, entretanto, não estabelece a dosagem ou limitação das penalidades, o que permite a imposição unilateral de tais cláusulas contratuais pela Administração, podendo levar a imposições de penalidades muitas vezes desproporcionais à obrigação legal assumida.

Assim, a aplicação da penalidade, sempre que houver infração contratual, é dever do administrador público. A lei confere ao gestor público os meios para punir o particular falho na execução contratual, destacando a penalidade aplicável. Nesse caso, porém, deverá o administrador estar atento à finalidade da sanção, aos princípios de direito público, em especial ao princípio da proporcionalidade, de forma a evitar o excesso de repressão.

No caso concreto, cuida-se de contrato de objeto de natureza complexa pela integração de vários serviços de natureza distintas, fato que exigiu, inclusive, a realização em etapas da análise de execução contratual.

Em virtude dessas características do objeto contratual, ficou patente, na opinião da Assessoria Jurídica de Controle Externo, do Subsecretário de Fiscalização e Controle e da Secretaria Geral, que a cláusula contratual 13.1.4 impunha excessiva onerosidade à contratada, acarretando a quebra do princípio da proporcionalidade.

Na opinião dos citados Técnicos, "o atraso na execução do serviço ou o seu inadimplemento parcial deveria conduzir a uma penalidade sobre a parcela inadimplida e não sobre o valor total do contrato".

Não obstante seja lícita a aplicação de penalidades ao contratado infrator, sendo dever do gestor fazê-lo, cabe ao mesmo eleger as medidas adequadas ao alcance dos fins visados pela cláusula penal.

Isto porque a aplicação de multas excessivas onera desproporcionalmente as empresas contratadas, o que pode influenciar na prestação dos serviços, podendo resultar em sua inviabilização. Não é essa, por certo, a finalidade das cláusulas sancionatórias. É necessário punir o infrator, sem prejudicar a comutatividade do ajuste. Ademais, o desequilíbrio do contrato pode gerar a interrupção dos serviços, o que, por certo, não atende ao interesse público, mormente em se cuidando de serviços essenciais que não podem sofrer solução de continuidade.

Nesse diapasão é o entendimento da majoritária doutrina e dos Tribunais Superiores (farta citação de doutrina e jurisprudência em notas de rodapé)[7].

De outro lado, importante consignar que o poder de autotutela conferido à Administração admite a revisão do ato administrativo, para converter a penalidade excessiva em outra de menor onerosidade e mais consentânea com os fins objetivados na contratação. Verificado o excesso da punição, o administrador pode rever o ato nos limites da finalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade e da supremacia do interesse público. À Administração Pública é assegurada a aplicação do princípio da autotutela, pelo qual lhe é permitido, por ofício ou provocação, a revisão de seus próprios atos, por

---

[7] José Roberto Pimenta Oliveira, em seu livro Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro (São Paulo, Ed. Malheiros, 2006, p. 486) já alertava que: *"Não deve o meio sancionatório ficar além do grau requerido para cumprir a sua teleologia"*.
Da mesma forma, Regis Fernandes de Oliveira diz que *"o legislador não pode ultrapassar os limites do "razoável" para estipular sanções"* (Infrações e Sanções Administrativas, São Paulo, Ed. RT, 1993, p. 482).
Esse, também, é o entendimento de Marçal Justen Filho: "*é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprobabilidade da infração. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade apurados. O tema traz a lume o princípio da proporcionalidade"* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª edição, Dialética, p. 849).
[7] Assim, mesmos nos casos em que atuação estatal é legítima, deve haver sempre a ponderação entre o interesse público e o interesse privado envolvidos, de forma a contribuir ao final pela realização máxima desse mesmo interesse público. A compatibilização entre a conduta e a sanção, se dá sempre pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.
Diante disso, não obstante a formalidade estabelecida em contrato, é certo que a doutrina e jurisprudência vêm se manifestando pela relativização do formalismo procedimental, mormente sobre sua aplicação em excesso, em decorrência do poder de autotutela conferido à Administração Pública.
Confira-se sobre o tema a decisão do Superior Tribunal de Justiça:
CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1 Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao seu aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma. 2. Os Atos Administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência. 3. O art. 86, da Lei nº 8.666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos. 4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações). 5. Princípio da Razoabilidade. 6. Recurso improvido. (STJ, REsp 330677/RS, Min. José Delgado, T1 – Primeira Turma, DJ 04.02.2002).

motivos justificados dentro da sistemática normativa vigente.

E, no caso concreto, a Origem o fez por meio de Termo de Aditamento, onde estabeleceu as sanções com base nos elementos que governam o princípio da proporcionalidade, revelando-se a pertinência pela adequação do meio ao fim perseguido[8].Tal medida se revelou correta na opinião da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral.

Também entenderam acertada a decisão da Origem quanto à aplicação da nova metodologia aos descumprimentos contratuais já constatados, justificando-se a retroatividade das disposições contidas no aditamento em face dos cânones constitucionais que emanam dos princípios da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, a Assessoria Jurídica e a Secretaria Geral igualmente se pronunciaram pela regularidade da revisão da fórmula contratualmente estabelecida para o cálculo das glosas, notadamente no que se refere ao item 25.1.3.1, que aplicava triplo multiplicador (fator três) sobre o valor da Ordem de Serviço, efetuada pela Origem, mediante a instrumentalização de termo aditivo.

Nessa esteira, também foi adotada a retroatividade para a situação que envolve as glosas o que implicou, por consequência lógica, a restituição de valores já aplicados à Contratada, seja por conta de multas, seja por conta de glosas eventualmente recolhidas.

Com relação à entrega de mobiliário (tratada no TC 2.444/10-61), consoante ficou exaustivamente demonstrado na instrução, a

---

[8] Veja-se que tais providências encontram ressonância, inclusive, no direito privado, eis que o Código Civil, em seus artigos 412 e 413, proíbe penas excessivas e permite a redução da penalidade quando excessiva ou quando a obrigação principal tiver sido cumprida em parte.

E nem se diga que a revisão do ato administrativo estaria vedada por conta do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que estabelece a estrita obediência às normas e condições do edital. Em verdade, em nome do princípio da supremacia do interesse público, a Lei de Licitações admite as alterações unilaterais dos contratos administrativos.

Preservado o objeto contratual e as condições efetivas da proposta, boa parte da doutrina nacional tem admitido alterações contratuais com vista a um melhor atendimento do interesse público.

Traga-se, a esse propósito, os entendimentos perfilhados por administrativistas ilustres, como Adilson de Abreu Dallari e Carlos Ari Sundfeld.

"Em resumo, não se pode licitar uma coisa e contratar outra coisa diferente, mas nada impede que o contrato se refira à mesma coisa licitada, mas com alterações ou adaptações destinadas à plena satisfação do interesse público" (Dallari, Aspectos Jurídicos da Licitação, 7ª edição, Ed. Saraiva, 2007, p.116)

Carlos Ari Sundfeld, por sua vez:

"Do exposto, pode-se concluir que a vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta vencedora, embora constitua a regra geral, admite mitigações. É preciso para tanto, que circunstâncias fáticas supervenientes tornem necessária a adaptação do contrato à nova realidade".

"Tal é a conclusão que mais se coaduna com as próprias finalidades da regra que estabelece a necessidade de vinculação (evitar a fraude e garantir a melhor proposta para a Administração Pública). Além disso, é corroborada pelo fato de que a Lei 8.666, em vez de afastar qualquer possibilidade de adaptação contratual a um novo contexto, expressamente admitiu hipóteses de alteração (art. 65)." (in A vinculação ao edital da licitação e o problema da alteração das condições contratuais (parecer), Revista Interesse Público, nº 23, 2004, p. 74/88).

Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral entenderam superado o apontamento, uma vez que, diante da ausência de cláusula contratual fixando data específica para a entrega do mobiliário, bem como diante da aprovação, pelo gestor do contrato, do cronograma de entrega dos bens apresentados pela Contratada, não teria se configurado situação de mora. Além disso, a Origem estabeleceu uma data para a entrega dos bens faltantes, sob pena de aplicação das multas cabíveis.

A esse respeito, noticiou a SPTrans que "a *Socicam forneceu os móveis, utensílios e equipamentos previstos no item 6.8.4 do termo de referência da Concorrência nº 002/09, dentro do prazo previsto no cronograma apresentado pela mesma e aprovado pelo Gestor do Contrato, conforme cópia das notas fiscais em anexo, a exceção de 38 cilindros de oxigênio e 135 radiocomunicadores*."

A Assessoria Jurídica ponderou, sobre esse ponto, que *"como se pode verificar da leitura integral das informações prestadas pela Origem (fl. 252/253), os referidos cilindros de oxigênio e os radiocomunicadores deixaram de ser entregues por determinação da própria SPTrans, fato que afastou a aplicação de multa por inexecução parcial à empresa Socicam."*

Além disso, apesar de a Coordenadoria V ter alegado que o contrato exigia que os rádios comunicadores deveriam ser novos, apresentados mediante "Nota Fiscal/Fatura de compra", devendo ao final serem incorporados ao patrimônio público, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral entenderam correta a interpretação da Origem no sentido de que a cláusula 1.3.5 do contrato previa a possibilidade de locação de tais aparelhos.

Também no entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, *"os rádios comunicadores não se incluiriam no rol de móveis, utensílios e equipamentos que deverão integrar o patrimônio público ao final do contrato, de modo que não vislumbraram ofensa à cláusula ou à cláusula do Termo de Referência".*

Por derradeiro, no que concerne ao apontamento de ausência de autorização para a subcontratação, (tratada no TC 2.446/10-97), a conclusão do Subsecretario de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, foi no sentido de que "a questão foi superada, visto que houve, ainda que tardiamente, a expressa autorização, pela Origem, da subcontratação da empresa Trends Engenharia, convalidando, portanto, a falha antes pontuada".

Isto posto 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 endosso e adoto como razões de decidir, JULGO REGULAR A EXECUÇÃO DO CONTRATO nº 87-01-00/09, no período de *01.08.10 a 21.01.11, referente aos serviços de manutenção civil, elétrica e hidráulica nos terminais, estações de transferência e paradas,* no montante medido de R$ 4.455.707,77

(quatro milhões, quatrocentos e cinquenta e cinco mil, setecentos e sete reais e setenta e sete centavos), e pago no valor de R$ 3.567.381,85 (três milhões, quinhentos e sessenta e sete mil, trezentos e oitenta e um reais e oitenta e cinco centavos) (objeto do TC 3044/10-19).

Com fundamento nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal, da Secretaria Geral e, no que couber, da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, JULGO REGULAR A EXECUÇÃO DO CONTRATO nº 87-01-00/09, referente à prestação dos *serviços de manutenção de Tecnologia da Informação, nos Terminais, Paradas e Estações de Transferência*, nos valores e período auditados, (examinada no TC 2.446/10-97) e à relativa *à entrega de móveis, bens, utensílios e equipamentos* (objeto do TC 2.444/10-61).

Determino que sejam encaminhadas cópias da decisão a ser alcançada por este Plenário ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, em resposta ao requerimento constante dos autos, visando a instruir o Inquérito Civil nº 1.259/2010, instaurado no âmbito daquele Órgão.

Determino, também, a expedição de Ofício dirigido à Origem, na pessoa do seu Diretor-Presidente, acompanhado de cópia da decisão, para ciência, seguido das recomendações constantes do Relatório de folhas 414/432 da Coordenadoria V do TC 3.044/10-19 (itens “a”, “b”, “d”, “e”, “f” e “g”).

Após o cumprimento das formalidades legais, ARQUIVEM-SE os autos.