JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-003.260.03-35

ANÁLISE. CONTRATO. DISPENSA. SMT. Serviços de engenharia de tráfego e educação de trânsito. Ausência de CND e de autuação de processo. Art. 24, VIII, Lei 8.666/93. IRREGULAR. DETERMINAÇÃO. Votação por maioria.

Relatório e voto englobados, TCs: 72.005.008.01-35, 72.005.244.01-98, 72.001.170.02-92, 72.003.018.02-07, 72.003.264.03-96, 72.003.345.03-96. TC's citados: 72.003.024.02-00, 72.003.025.02-64,

ACÓRDÃO

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 5.008.01-35, 5.244.01-98, 1.170.02-92, 3.018.02-07, 3.264.03-96, 3.345.03-96, e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, após determinação de Sua Excelência, na 2.300ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos a fim de sanear a apuração dos votos. Na referida sessão, votaram os Conselheiros Maurício Faria – Relator, Roberto Braguim – Revisor, Edson Simões e Eurípedes Sales.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim – Revisor, consoante declaração de voto apresentado, Edson Simões, nos termos do voto apresentado em separado, e Eurípedes Sales, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, em julgar irregular o Contrato 413/03-SMT, em razão da não-comprovação da regularidade fiscal com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, o que infringiu o artigo 195, parágrafo 3º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 47, I, "a", da Lei Federal 8.212/91 e artigo 2º da Lei Federal 9.012/95, e da falta de autuação de processo, com infringência ao artigo 12 do Decreto Municipal 41.772/02. Vencido, neste tópico, o Conselheiro Maurício Faria – Relator que, nos termos de seu relatório e voto, julgou regular o referido contrato.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Maurício Faria – Relator e Roberto Braguim – Revisor, votando o Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal, em aceitar os efeitos financeiros do mencionado contrato, relevando as demais irregularidades apontadas nos autos – ausência de justificativa de preços; omissão de cláusulas essenciais prevendo as hipóteses de penalidades de rescisão; publicação extemporânea e remessa intempestiva de documentação via Sistema Eletrônico de

Remessa de Informações (Seri) –, por seu caráter formal, inexistência de má-fé e de prejuízo ao Erário.

ACORDAM, afinal, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim – Revisor, Edson Simões e Eurípedes Sales, em determinar à Secretaria Municipal de Transportes – SMT e à Companhia de Engenharia de Tráfego – CET que elaborem e formalizem os futuros contratos com o correto e adequado preenchimento dos requisitos estatuídos no artigo 55 da Lei Federal 8.666/93.

Vencidos, em parte, os Conselheiros Edson Simões, consoante voto apresentado em separado, e Eurípedes Sales, que não aceitaram os efeitos decorrentes do referido ajuste, tendo o Conselheiro Edson Simões ainda aplicado multa ao ordenador da despesa.

Participaram do julgamento os Conselheiros Maurício Faria – Relator, Edson Simões e Eurípedes Sales.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de novembro de 2006.

Antonio Carlos Caruso – Presidente, com voto.

Roberto Braguim – Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO e **VOTO** englobados: v. TC 72.003.018.02-07.

Declaração de **VOTO** englobado proferido pelo Conselheiro Roberto Braguim: v. TC 72.003.018.02-07.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Edson Simões

De acordo com o relatório da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e com o parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo, o Contrato número 413/03, sob análise, não apresenta justificativa de preços nem Certidão Negativa de Débito – CND e, tampouco, Certificado de Regularidade do Empregador perante o FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) – CRF, com validade à época dos ajustes.

Ademais, há outro fato de igual ou maior gravidade, mas apenas tangenciado, qual seja, sendo o objeto do contrato semelhante ao de outros

firmados entre as mesmas partes (analisados nos TCs 3.018.02, 3.264.03, 3.345.03, 5.008.01, 5.244.01 e 1.170.02), os valores não são coincidentes, e os anexos dos ajustes não trazem o detalhamento de cada serviço a ser prestado com a respectiva carga horária e profissionais envolvidos, impossibilitando não só acompanhar a execução contratual mas, sobretudo, reforçam a necessidade de se aquilatar se o preço contratado está compatível com o praticado no mercado, consoante exigência contida no item VIII do artigo 24 da Lei número 8.666/93.

Afora essas irregularidades, constata-se que publicação do ajuste foi extemporânea, não houve previsão de cláusula impondo penalidade e estabelecendo valor da multa por descumprimento de obrigação contratual, observando-se, outrossim, que a Origem não encaminhou as informações dos ajustes ao Tribunal de Contas no prazo previsto no artigo 2º, parágrafo primeiro, da Instrução 01/02.

Em face do que dos autos consta, comprovou-se que assiste razão aos órgãos técnicos quanto à irregularidade do instrumento sob exame, posto que se trata de empresa da administração pública indireta, no caso, a Companhia de Engenharia de Tráfego, a qual não está isenta do cumprimento da lei, nem permite que a Origem proceda a exegeses para justificar seus atos infringentes à legislação de regência, especialmente o disposto no artigo 195 da Constituição Federal, parágrafo terceiro, a exemplo de dispensar a apresentação da CND, quando não comprova que a Contratada estaria, à época do ajuste, discutindo, na via judicial, a cobrança de contribuições sociais julgadas indevidas, sendo concebido que o 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, em recente julgamento, no TC 4.287.03-27, pacificou o entendimento de ser obrigatória a apresentação de Certidão Negativa de Débito – CND (INSS e FGTS), ainda que positiva com efeito de negativa, por empresa pública, em cumprimento ao disposto no artigo 195 da Constituição Federal.

No tocante à dispensa de justificativa de preços e de planilha de custos, por se tratar de empresa que detém exclusividade na contratação de serviços, o fato de prever-se a possibilidade de sub-contratação, anula tal característica.

Com efeito, se os serviços fossem efetivamente exclusivos, o contrato não permitiria a sub-contratação e, conforme bem apontado pela Auditoria, no Contrato 768/03, objeto do TC 863.04-75, firmado com a CET, aproximadamente 96% (noventa e seis por cento) dos serviços naquele estabelecidos foram terceirizados, descaracterizando a pretensa exclusividade da prestação dos serviços pela contratada.

Ademais, ainda que o artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, no inciso VIII (oitavo) 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 ao disposto no referido inciso e aos princípios da economicidade, moralidade e eficiência, exigência essa reproduzida no artigo 12 do Decreto Municipal número 41.772/02, os quais foram violados pela Origem no contrato em análise.

Da mesma forma, a falta de planilha de orçamento com preços unitários e quantitativos de serviços contratados em referência, contraria a exigência contida no artigo 7º, parágrafo 2º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, bem como o correspondente artigo 2º do Decreto Municipal nº 41.772/02.

Outrossim, ainda que a contratada seja empresa da administração pública indireta, com exclusividade de prestação de serviços essenciais, é obrigatória a observância dos elementos necessários à validade do contrato, o que implica a inclusão de cláusula penal e estipulação do valor de multa, nos exatos termos do inciso VII do artigo 55 da Lei 8.666/93, que restou infringido pela Origem.

Afora as infringências acima analisadas, o ajuste ainda apresenta violações a dispositivos legais que não podem ser relevadas, a saber: a) Publicação extemporânea dos ajustes, em desrespeito ao artigo 61, parágrafo único, da Lei Federal 8.666/93 e artigo 26 da Lei Municipal número 13.278/02 e b) Não-encaminhamento tempestivo das informações do ajuste ao Tribunal de Contas, em afronta ao artigo 3º da Instrução 01/02 do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

Diante do exposto, JULGO IRREGULAR o Contrato número 413/03, sob análise, sem aceitação dos efeitos financeiros dele decorrentes.

E, em razão das irregularidades verificadas no ajuste, a saber,

a) falta de justificativa de preços;

b) ausência de cláusula contratual prevendo penalidades e multa;

c) não-apresentação à época do ajuste, das certidões de regularidade fiscal relativa à seguridade social junto ao INSS e de regularidade do FGTS;

d) atraso na publicação do ajuste e

e) intempestividade no encaminhamento de informações ao Tribunal de Contas, APLICO ao Ordenador da Despesa a multa de R$ 381,00 (trezentos e oitenta e um reais), em razão dos atos impróprios cometidos, nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei número 9.167/80.

Outrossim, DETERMINO a expedição de recomendação à Origem a fim de que, nos futuros contratos com a CET: 1) exija a apresentação de orçamento em planilhas discriminando os preços unitários e quantitativos dos serviços e especificação dos materiais e equipamentos; 2) apresente pesquisa de preço de mercado, conforme exigido no inciso VIII do artigo 24, da Lei 8.666/93; 3) inclua as penalidades e defina o valor de multa contratual determinados no inciso VII, do artigo 55 da Lei Federal 8.666/93.

VOTO de desempate englobado proferido pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso: v. TC 72.003.018.02-07.