EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-003.597.07-02

3º Julgado

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Decisão que julgou irregular o contrato. Serviços de Revitalização e Manutenção dos Equipamentos de Campo. Sistema de Controle de Tráfego. SMT. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

2.977ª Sessão Ordinária

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular o contrato. Serviços de Revitalização e Manutenção dos Equipamentos de Campo. Sistema de Controle de Tráfego. SMT. CONHECIDOS. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

2.871ª Sessão Ordinária

1º Julgado

ANÁLISE. CONTRATO. INEXIGIBILIDADE. SMT. Serviços de Revitalização e Manutenção dos Equipamentos de Campo. Sistema de Controle de Tráfego. Art. 54, §1º e 55, lei 8.666/93. Descabe cláusula de subcontratação em inexigibilidade. IRREGULAR. Votação unânime.

2.573ª Sessão Ordinária

3º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de embargos de declaração, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do

Relator, em conhecer dos embargos de declaração, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade estatuídos no artigo 144 do Regimento Interno desta Corte, e, no mérito, em negar-lhes provimento, mantendo, em sua íntegra, o teor do V. Acórdão atacado, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, DOMINGOS DISSEI e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 18 de abril de 2018.

JOÃO ANTONIO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento Embargos de Declaração opostos por Telvent Brasil S.A. contra v. Acórdão de fls. 742/743 que, à unanimidade, conheceu dos Recursos Voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela ora Embargante e, no mérito, por maioria, negou-lhes provimento, mantendo na íntegra o Aresto de fls. 605/606 que julgara irregular o Contrato 018/2007-SMT.GAB considerando que, por se tratar de Contratação Direta por Inexigibilidade de Licitação, a inclusão de Cláusula que autoriza irrestritamente a subcontratação confere permissão expressa à prática de ato simulado.

Em suas razões, a Embargante alegou, de forma singela, existir omissão no V. Acórdão, posto que, em seu entender, apesar da declaração da irregularidade da Contratação, o Plenário deixou de se manifestar acerca dos efeitos financeiros dela decorrentes. Requereu o recebimento e o provimento dos Embargos para que seja sanada a omissão por ela apontada.

Na devida instrução, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos Embargos por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade, previstos no artigo 144 do Regimento Interno desta Corte. No mérito, opinou pela sua rejeição, tendo em conta a natureza do procedimento em questão, destacando parecer inserto no Expediente AJCE nº 145/2015, pelo qual se afasta a análise dos efeitos financeiros dos procedimentos de análise formal, os quais merecem ser avaliados quando do exame da Execução do Contrato. Dessa forma, os Embargos de Declaração não tratariam de questão

essencial a constar do julgado, mas de aspecto que não se enquadra no procedimento de análise formal em discussão no caso concreto.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, de sua parte, requereu o conhecimento e provimento dos Embargos.

A Secretaria Geral, no parecer da lavra do Sr. Assessor, orientou-se pelo conhecimento dos Embargos de Declaração e, no mérito pela sua rejeição, ponderando que visavam eles, na verdade, à reforma do julgado e não à correção de vícios da Decisão que, no presente caso, não existem. De outra parte, o Sr. Secretário Geral, discordando parcialmente dessa conclusão, opinou pelo não conhecimento dos Embargos de Declaração por entender que foram opostos em face de Acórdão prolatado por força de Recurso Ordinário da própria Embargante, contra Aresto que igualmente nada dispôs sobre o tema, encontrando-se, assim preclusa a matéria. No mérito, caso superada a questão preliminar, igualmente considerou que não existem vícios a sanar.

É o relatório.

VOTO

Conheço dos Embargos de Declaração, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade estatuídos no artigo 144 do Regimento Interno desta Corte.

No mérito, considero que “in casu” não assiste razão ao Embargante, pois, como elucidou a Assessoria Jurídica de Controle Externo os efeitos financeiros repercutem mais adequadamente em sede de exame da Execução Contratual, sendo certo que, de acordo com o Manual de Fiscalização da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Análise Formal, como os presentes autos, restringe-se a verificar se as exigências legais foram atendidas na data da formalização do Instrumento.

Ademais, parece-me que nas declarações de irregularidade de Instrumentos analisados, somente a hipótese de eventual aceitação dos efeitos financeiros, por sua natureza excepcional, recomenda proclamação específica, resultando desnecessário, por óbvio, o apontamento reverso.

Diante do exposto, e com suporte nos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, que incorporo, conhecendo dos Embargos de Declaração opostos pela Telvent Brasil S.A., nego-lhes provimento, mantendo, em sua íntegra, o teor do V. Acórdão atacado, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela empresa Telvent Brasil S.A., por presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 140 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, ademais, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, EDSON SIMÕES e DOMINGOS DISSEI, em negar-lhes provimento, mantendo o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vencido, no mérito, o Conselheiro JOÃO ANTONIO – Revisor que, consoante declaração de voto apresentada, deu provimento aos apelos.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de maio de 2016.

MAURÍCIO FARIA
Vice-Presidente no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento Recursos Voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM e por Telvent Brasil S.A., contra v. Acórdão de fls. 605/606 que, por maioria, com voto de desempate, julgou irregular o Contrato nº 018/2007-SMT.GAB, firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes e a empresa Recorrente, para a execução de serviços revitalização e

manutenção dos equipamentos de campo do Sistema de Controle de Tráfego em Área 4 – CTA4, com fornecimento de equipamentos e materiais.

A referida Decisão julgou irregular o Ajuste por considerar descabida a inclusão de Cláusula que autoriza a subcontratação na hipótese dos autos por se tratar de contratação direta por inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25, I[1] da Lei n.º 8.666/93, pois a permissão expressa a tal prática equivale a consentir a realização de ato simulado.

Inconformada, a Procuradoria da Fazenda Municipal recorreu, reproduzindo em suas razões trechos das manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral e transcrevendo ensinamentos do Professor Marçal Justen Filho, aduzindo, em resumo, que a natureza da impropriedade é meramente formal e não gerou prejuízo ao Erário, merecendo ser relevada. Alegou que a falha poderá ser melhor avaliada no âmbito do acompanhamento da Execução do Contrato. Ao final pleiteou a integral reforma do julgado ou, sucessivamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais.

Por sua vez, a Contratada pleiteou a reforma do Julgado fundando suas razões recursais também nos pareceres da AJCE e da SG e argumentou que a hipótese de inexigibilidade estaria devidamente caracterizada, pois apenas ela detém a expertise para intervir no sistema; afirmou que o preço contratado é adequado, razoável e vantajoso em relação à instalação de um novo sistema; defendeu o índice de correção adotado e, por fim, no que toca às Cláusulas Contratuais sustentou que aquelas que determinam as condições de realização dos serviços não foram baseadas exclusivamente em sua proposta comercial, contudo sendo ela a única empresa qualificada para a prestação de tal serviço, natural a dificuldade da Administração em precisar as atividades necessárias para o desenvolvimento do Contrato; que não houve estipulação de extensão da vigência do Ajuste pelo prazo de 10 (dez) anos, mas sim de garantia do sistema; afirmou que o objeto é indivisível e impossível que duas ou mais empresas realizem conjuntamente o mesmo serviço, porém, para atender ao interesse público nada impede a subcontratação de serviços acessórios.

Já a Secretaria Municipal de Transportes, embora devidamente cientificada a respeito da Decisão de primeiro grau, deixou de oferecer Recurso.

Na instrução dos Recursos a Subsecretaria de Fiscalização e Controle refutou as alegações das Recorrentes, pois entendeu que não foram trazidos elementos novos que pudessem alterar seu posicionamento em razão da Cláusula que permite a subcontratação de serviços, o que é incompatível

[1] Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

com a hipótese de Contratação Direta, fundada na inexigibilidade do dever de licitar. Ainda, apresentou as principais constatações decorrentes dos trabalhos de Acompanhamento da Execução Contratual.

A Procuradoria da Fazenda promoveu novas manifestações às fls. 681 e 686, requerendo o conhecimento e provimento dos Apelos interpostos, a fim de que o V. Acórdão seja reformado para se declarar regular o Contrato ou que se aceitem os efeitos financeiros que ele produziu.

Por seu lado, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, na voz do seu Assessor Jurídico Chefe, opinou pela admissibilidade dos Recursos interpostos e, no mérito, pela reforma do julgado por considerar que a eventual subcontratação poderia acontecer desde que previamente autorizada pela Pasta e que não ensejasse o trespasse das obrigações que fundamentaram a Contratação Direta. Ainda, registrou que a aplicação de tal interpretação só poderia ser verificada na prática e, de acordo com as informações trazidas pela Auditoria sobre Execução do Contrato, sustentou que não há menção à ocorrência da subcontratação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, ciente do acrescido e com apoio da manifestação da AJCE, ratificou seu posicionamento pelo acolhimento do Ajuste ou, sucessivamente, pela aceitação dos seus efeitos financeiros.

Por fim, a Secretaria Geral também opinou pelo conhecimento dos Recursos e pelo provimento de ambos, alinhando-se com a Assessoria Jurídica de Controle Externo.

É o relatório.

VOTO

Conheço dos Recursos Voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM e por Telvent Brasil S.A., uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 140 do Regimento Interno.

No mérito, entendo que nesta quadra a análise deve incidir estritamente na possibilidade de inclusão da Cláusula Décima Terceira do Contrato, que previu a subcontratação, cessão e transferência do objeto do Ajuste firmado diretamente, por inexigibilidade de Licitação.

Referida Cláusula dispõe o seguinte:

*"**13.1.** Qualquer cessão, subcontratação ou transferência dos serviços objeto do **CONTRATO** feita sem autorização da **PREFEITURA** será nula de pleno direito e sem qualquer efeito, além de constituir infração passível das cominações legais e contratuais cabíveis.*

13.1.1. *Eventual autorização da* ***PREFEITURA*** *deverá se dar prévia e expressamente à cessão, subcontratação ou transferência, devendo ser anexada ao Processo Administrativo nº 2007-0.188.161-1, juntamente com os documentos necessários.*

Sucede, porém, que o subitem 13.1.2 da referida cláusula tem a seguinte dicção:

13.1.2. *Não se caracterizará a subcontratação ou a transferência tratadas nesta cláusula, a contratação de serviços-meio necessários à prestação da atividade fim do* ***CONTRATO****."* (grifei)

Isto é, se a contratação de serviços "meio" necessários à prestação da atividade-fim não se caracteriza como subcontratação, como consta do "subitem **13.1.2.**" acima transcrito e sublinhado, forçoso concluir-se que os demais itens desta Cláusula permitem a hipótese de subcontratação em sentido amplo, genérico e ilimitado, tendo como única restrição a autorização prévia da Prefeitura.

Ora, a característica primordial da Contratação Direta por Inexigibilidade de Licitação é a inviabilidade de competição, ou seja, o objeto não é passível de ser oferecido à competição por sua singularidade, ou, ainda, por haver um único interessado ou prestador para a execução do contrato, como aliás ressaltado pela própria Assessoria Jurídica da CET às fls. 125, 140 e 156.

Sendo assim, a hipótese de transpasse prevista nesta Cláusula configura-se absolutamente irregular, em detrimento da modalidade adotada de contratação.

Poder-se-ia, em tese, admitir eventual subcontratação das atividades "meio", em casos de Contratação Direta por Inexigibilidade, desde que estabelecidos os limites, necessidades e justificativas técnicas e a natureza dos serviços passíveis da eventual subcontratação, requisitos esses que não se verificam em quaisquer dos itens da Cláusula Décima Terceira.

Entendo, ainda, que nem mesmo o acolhimento pela Contratante da determinação constante do ofício previamente expedido pelo Exmo. Conselheiro Relator, à fl. 519, para que a exegese da Cláusula relativa à subcontratação, cessão ou transferência do contrato se desse em consonância com os fundamentos que justificaram a inexigibilidade do Procedimento Licitatório, como recomendou a AJCE afasta a irregularidade apontada. O mesmo se há de dizer da notícia de que não houve no curso da execução contratual a efetivação de subcontratação, notícia essa, que por óbvio, foge ao escopo da análise deste Contrato.

Ademais, não se pode deixar ao arbítrio da Contratante a interpretação de Cláusula de subcontratação genérica, lacônica e sem fixação de limites.

Ante todo o exposto, conheço dos Recursos interpostos e, no mérito, nego-lhes provimento, mantendo a r. decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro João Antonio

Consubstanciado nas manifestações exaradas pelo Assessor Chefe de Controle Externo, pela Secretaria Geral e pela Procuradoria da Fazenda Municipal, CONHEÇO dos Recursos interpostos, pois presentes seus requisitos regimentais de admissibilidade e, no mérito, DOU PROVIMENTO aos apelos para o fim de julgar REGULAR o Contrato 018/07, celebrado entre a Secretaria Municipal de Transporte e a empresa Telvent Brasil S/A.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após determinação de Sua Excelência, na 2.560ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, ANTONIO CARLOS CARUSO e MAURÍCIO FARIA, com voto anteriormente proferido pelo Conselheiro EURÍPEDES SALES – Relator, na 2.557ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Relator e ROBERTO BRAGUIM – Revisor, consoante notas taquigráficas – referentes à 2.557ª S.O. – anteriormente insertas nos autos, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar irregular o Contrato 018/2007-SMT.GAB, em virtude do descabimento, numa inexigibilidade, de cláusula que permite subcontratar, uma vez que se trata de permissão expressa à prática de ato simulado, o que é defeso em direito.

Vencidos os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO, nos termos de seu voto apresentado em separado, e MAURÍCIO FARIA, que acolheram o contrato.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, ANTONIO CARLOS CARUSO e MAURÍCIO FARIA.

Presente à sessão, nesta data, a Conselheira Substituta YARA NASCIMENTO TACCONI, sem direito a voto, uma vez que o mesmo foi anteriormente proferido pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, na 2.560ª S.O.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 24 de agosto de 2011.

EDSON SIMÕES - Presidente, com voto.

EURÍPEDES SALES – Relator.

RELATÓRIO e VOTO: em Notas Taquigráficas.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso **(2.560ª S.O.)**

Em consonância com as manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria Geral, acolho o Contrato em julgamento.

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Cuidam os autos do TC **3.597.07-02 da análise do Contrato 18/2007** firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes e Telvent Brasil Ltda., tendo por objeto a execução de serviços de revitalização e manutenção dos equipamentos de campo do Sistema de Controle de Tráfego em área 4, com fornecimento de materiais.

Na Sessão nº 2.557, o Conselheiro Relator Eurípedes Sales julgou irregular o contrato.

Na Sessão nº 2.560, o Conselheiro Revisor Corregedor Roberto Braguim acompanhou o voto do Relator.

Na mesma sessão, divergiu o Conselheiro Vice Presidente Antonio Carlos Caruso, julgando regular o contrato, sendo acompanhado pelo Conselheiro Maurício Faria.

Com efeito, registrou-se empate e, consoante disposição, legal profiro o voto de Desempate.

VOTO, com fundamento na manifestação da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e no posicionamento exarado nos TCs 5.244.01-98, 5.008.01-35, 3.018.02-07 e 1.170.02-92, alinhado à corrente do Conselheiro Relator Eurípedes Sales e do Conselheiro Roberto Braguim, restando, por maioria, julgado irregular o contrato.