TC 3.728/2001

2º Julgado – 10ª Sessão Ordinária Não Presencial
RECURSO. PFM. Decisão que julgou irregulares os ajustes pela ausência de comprovação da CND e FGTS e não aceitou os efeitos financeiros. Operacionalização, gerenciamento, fiscalização, planejamento, supervisão, coordenação e administração de todo o sistema de transporte urbano. SMT. CONHECIDO. PROVIDO para excepcionalmente julgar regulares os ajustes. Votação unânime.

1º Julgado – 2.363ª Sessão Ordinária
ANÁLISE. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SMT. Operacionalização, gerenciamento, fiscalização, planejamento, supervisão, coordenação e administração de todo o sistema de transporte urbano 1. Ausência de comprovantes de CND e FGTS. Infringências aos arts. 195, § 3º, da CF/88, c/c art. 47, I, "a", Lei 8.212/91, e art. 2º, Lei 9.012/95, NÃO ACOLHIDOS. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação por maioria.

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

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 do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pois presentes os requisitos regimentais de admissibilidade, e, quanto ao mérito, em dar-lhe provimento para, excepcionalmente, julgar regulares o Contrato 008/2000 e os Termos de Aditamento 01/2000, 02/2000, 03/2001, 04/2001, 05/2001, 06/2001, 07/2001 e 08/2001

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

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

São Paulo, 22 de abril de 2020.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Trata o TC nº 72.003.728/01-93 da análise do Contrato 008/2000 e seus oito Termos Aditivos, firmados entre a Secretaria Municipal de Transportes e a São Paulo Transportes para prestação de serviços de administração e engenharia de transportes, voltada a operacionalização, gerenciamento, fiscalização, planejamento, supervisão, coordenação e administração de todo o sistema de transporte urbano na cidade de São Paulo, pelo valor inicial de R$ 19.616.000,00.

Neste estágio processual, em análise o recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 517/531), em face do v. Acórdão (fls. 515/516), que, por maioria, julgou irregulares os ajustes em tela – Contrato nº 008/2000 e Termos de Aditamento nºs 01 e 02/2000 e nº 03 a 08/2001, por infringência ao artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 47, inciso I, alínea "a", da Lei Federal nº 8.212/91, e ao artigo 2167 da Lei Federal nº 9.012/95, deixando de aceitar os efeitos financeiros dos referidos instrumentos.

Em seu recurso, o Órgão Fazendário sustentou a reforma do julgado baseando-se no voto vencido do Nobre Conselheiro Maurício Faria, bem como a manifestação exarada pela Senhora Assessora Subchefe de Controle Externo e o entendimento firmado por esta Secretaria Geral, no sentido do acolhimento dos instrumentos.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em sua manifestação, opinou pelo conhecimento do recurso e, no mérito, opinou pela possibilidade de aceitação dos efeitos financeiros já produzidos ou, alternativamente, propôs a manutenção incólume do inteiro teor do Acórdão de fls. 515/516. Esse entendimento foi endossado pelo Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo (fls. 543).

A Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou os termos das razões acostadas às fls. 517/531.

A Secretaria Geral manifestou-se pelo conhecimento do recurso interposto e, no mérito, entendeu que as razões aduzidas pelo recorrente não apresentaram argumentos de fato ou de direito capazes de alterar o quanto decido pelo v. Acórdão, motivo pelo qual, deve ser mantida a decisão colegiada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o relatório.

VOTO

Em julgamento o Recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal em face do Venerando Acórdão que, por maioria, julgou irregulares o Contrato nº 008/2000, os Termos de Aditamento nºs 01 e 02/2000 e nº 03 a 08/2001, deixando de aceitar os efeitos financeiros dos referidos instrumentos.

Alega a Recorrente que as impropriedades havidas não implicaram em qualquer prejuízo ao erário, na medida em que não se constatou qualquer irregularidade quanto aos valores efetivamente pagos, requerendo ao final a reforma do jugado de modo que sejam declarados regulares os ajustes examinados ou, ao menos, que haja o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Para sustentar suas razões recursais, trouxe a baila o posicionamento do voto vencido do Conselheiro Maurício Faria, bem como a manifestação exarada pela Senhora Assessora Subchefe de Controle Externo e o entendimento firmado pela Secretaria Geral, no sentido do acolhimento dos instrumentos.

Preliminarmente, entendo admissível o recurso interposto, por ter observado os requisitos legais e regimentais aplicáveis.

Quanto ao mérito, observo que a irregularidade consistiu na ausência de Certidão Negativa de Débitos, por infringência ao artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 47, inciso I, alínea “a”, da Lei Federal nº 8.212/91 e ao artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95.

Segundo consta dos autos, existiam algumas discussões pendentes na época entre a SPTrans e o INSS nos âmbitos administrativo e judicial e, por esse motivo, o órgão federal vinha obstaculizando a obtenção da referida CND.

Entretanto, a empresa contratada presta serviço público com exclusividade em decorrência de previsão legal e que não havia outra alternativa para o Administrador a fim de garantir a continuidade dos serviços.

Como bem demonstrado pela Recorrente, os órgãos técnicos deste Tribunal, ao examinar os ajustes, entenderam que essa falha não seria suficiente para decretar sua irregularidade, reportando-se a conclusões técnicas favoráveis ao longo do procedimento, a saber:

A AJCE opinou pela relevação da ausência da referida comprovação de regularidade junto ao INSS e FGTS, informando que no TC 6.022.97-43 este Tribunal acolheu de forma excepcional o ajuste nas mesmas condições.

A Secretaria Geral opinou pelo acolhimento dos ajustes, asseverando que compete à Secretaria Municipal de Transportes gerenciar exclusivamente o Sistema Municipal de Transporte Urbano.

Em que pese a irregularidade, observa-se dos autos que não houve qualquer demonstração de prejuízo oriundo da contratação, não remanescendo, ainda, indícios de dolo, má-fé ou fraude na conduta praticada pelo agente público responsável à época.

Diante de todo o exposto, **CONHEÇO** do Recurso interposto, pois presentes os requisitos regimentais de admissibilidade e, quanto ao mérito, **DOU-LHE PROVIMENTO** para, excepcionalmente, JULGAR REGULAR o Contrato nº 008/2000, os Termos de Aditamento nºs 01 e 02/2000 e nº 03 a 08/2001.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

1º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 2.355ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator e ROBERTO BRAGUIM – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, nos termos da declaração de voto apresentada pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Revisor, bem como pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES e EURÍPEDES SALES, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, em não acolher os ajustes em julgamento, por infringência ao artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, combinado com o artigo 47, inciso I, alínea "a", da Lei Federal 8.212/91, e ao artigo 2º da Lei Federal 9.012/95, deixando de aceitar os efeitos financeiros dos referidos instrumentos.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, que,

consoante relatório e voto apresentados, julgou regulares o Contrato 008/SMT-GAB e os Termos Aditivos 01/2000, 02/2000, 003/2001, 4º/2001, 5º/2001, 6º/2001, 7º/2001 e 8º/2001.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em relevar a publicação extemporânea dos ajustes e a infringência às Instruções 01/92 deste Tribunal, por considerá-las impropriedades de caráter formal e ante a ausência de prejuízos ao Erário e de má-fé dos agentes.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator, EDSON SIMÕES e EURÍPEDES SALES.

Presente à sessão, nesta data, o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, sem direito a voto, uma vez que o mesmo foi proferido pelo Conselheiro EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 05 de março de 2008

EDSON SIMÕES
Presidente

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

O processo em julgamento cuida da análise do Contrato nº 008/2000 SMT.GAB e Termos Aditivos nºs 01 a 08, celebrados entre a Secretaria Municipal de Transportes e a São Paulo Transportes S.A., visando à prestação de serviços de administração e engenharia de transportes, voltado à operacionalização, gerenciamento, fiscalização, planejamento, supervisão, coordenação e administração de todo o sistema de transporte urbano na cidade de São Paulo. Referido ajuste foi celebrado com fundamento nos arts. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, e 64, X, da Lei Municipal nº 10.544/88.

Os Relatórios da Auditoria, acompanhados pela Secretaria de Fiscalização e Controle, foram conclusivos pela irregularidade do

contrato em face das seguintes falhas:

1) ausência de composição detalhada com preços unitários e quantidades dos serviços;

2) ausência de comprovantes de CND e FGTS;

3) remessa extemporânea da publicação do TA nº 02;

4) não-apresentação da publicação do extrato do TA nº 03 e ausência de justificativa para os montantes aditados frente ao prazo inicialmente contratado;

5) extemporaneidade da publicação dos TAs nºs 04, 05, 07 e 08;

6) ausência de pesquisa de mercado nos TAs nºs 04 a 08;

7) ausência de CND nos TAs nºs 04 e 08.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo considerou como destaque a ausência de pesquisa de preço a justificar a vantagem da prorrogação. Contudo, consignou que as características do ajuste são peculiares, sendo que a ausência da planilha detalhada não impede seu acolhimento.

Em nova manifestação fez, ainda, referência ao problema da justificativa do preço, consignando que a contratação não está dispensada dos requisitos do art. 26 da Lei 8.666/93, e que tal disciplina deve ser observada mesmo diante do fato de que os contratos celebrados com a SPTrans trazem em si a realidade de que a mesma é a única empresa em condições de prestar os serviços.

Sendo assim, entendeu que os apontamentos da Auditoria podem ser relevados excepcionalmente, e recomendou a apuração de responsabilidades com relação à irregularidade junto ao INSS e FGTS, bem como a indicação de parâmetros qualitativos e quantitativos, com a elaboração de planilha discriminatória dos serviços e quantitativos nas futuras contratações. Por fim, considerou que as demais irregularidades podem ser relevadas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento dos ajustes.

A Secretaria Geral ponderou que o art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, deve ser analisado junto com os dispositivos da Lei Municipal nº 11.037/91, que dispõe sobre o sistema municipal de transportes e confere competência à Secretaria Municipal de Transportes para gerenciar exclusivamente o sistema, podendo delegar tal competência a terceiros e, no caso de delegação, o

ente delegado deve ser órgão da administração indireta, que na hipótese de contratação deverá ter preferência.

Desta feita, conclui que as falhas apontadas não impedem o acolhimento dos ajustes.

É o relatório.

VOTO

Diante das irregularidades apontadas atenho-me àquelas com maior potencial de comprometimento da regularidade do ajuste, ou seja, das questões em torno da justificativa do preço, vantajosidade da prorrogação e necessária comprovação de regularidade fiscal.

Quanto às demais, atribuo-lhes caráter formal despido de relevância suficiente para macular o contrato.

Assim, centrando foco nas questões destacadas, permito-me, ao ensejo, refletir primeiramente sobre os serviços constantes do contrato ora em análise e o cenário que dele se extrai, posto que, em seu mais amplo significado, as atividades de gerenciamento ora em julgamento dizem respeito, nada mais nada menos, a toda a operação do Sistema de Transporte Coletivo no Município de São Paulo.

Iniciemos, então, diante do tema da comprovação da regularidade fiscal.

É cristalina a compreensão no sentido de que a contratação pela Administração Direta com empresa integrante da Administração Indireta não dispensa tal demonstração, pois qualquer ilação no sentido contrário seria negar a própria Constituição Federal.

No entanto, como lidar diante da realidade em que o objeto contratado mostra-se essencial à continuidade de um serviço público imprescindível, prestado com exclusividade pela empresa contratada, por força de competência estabelecida em lei?

Como fazer valer o conteúdo de eventual julgado que, por óbvio, busca prestigiar o comando da Carta Maior, mas que se fragiliza quando, ao fim e ao cabo, declara o comprometimento da relação jurídico-obrigacional traduzida na avença?

O fato é que tais questões, aqui em brevíssimas linhas problematizadas, remetem à própria efetividade das decisões proferidas por esta Corte. Não deixo de fazer coro com meus Pares quanto à necessidade de

apontamento e de busca de solução real dessa recorrente pendência. Mas, ao mesmo tempo, preocupa-me que a eventual decisão pela irregularidade do contrato acompanhado da não aceitação de seus efeitos financeiros possa comprometer a característica de título executivo da decisão do Tribunal de Contas. Parece-me que, levada às suas últimas consequências, a decisão pelo não reconhecimento dos efeitos financeiros de tais contratos implicaria no colapso da empresa e, com ele, de todo o sistema de transporte coletivo municipal, o que, por sua vez, levaria ao colapso da própria cidade.

É exclusivamente nesse sentido que continuo a reconhecer o propalado caráter excepcional para justificar os contratos firmados com empresas estatais em débito para com o sistema da Seguridade Social e Receita Federal, uma vez que se encontra a Administração sem alternativa idônea para manter operante serviço público essencial, conforme decidido por esta Corte em casos análogos, citando a título exemplificativo, os TCs nºs 6.022.97-43 e 1.685.96-72.

Ademais, não se pode olvidar o fato de que, nos relatórios da Auditoria relativos à análise dos processos de contas da SPTRANS, do mesmo período, consta informação noticiando a existência de parcelamento consolidado da dívida da empresa junto ao INSS, em processo de renegociação que vem sendo levado a efeito desde 1993.

Já em relação às questões referentes à justificativa do preço e vantajosidade da prorrogação, a exclusividade na prestação dos serviços também se apresenta como base de compreensão, sendo que os custos inerentes à execução dos mesmos têm características de um orçamento de custeio, envolvendo toda a estrutura da empresa, necessária ao desenvolvimento dos trabalhos que não se mensuram em partes, tarefas ou em horas despendidas.

Diante dessa realidade, a execução do contrato envolve toda a estrutura da empresa, razão pela qual, no caso específico, a demonstração de custos apresentada nos autos atende os requisitos legais autorizativos da contratação direta em questão, já que as planilhas demonstram a formação dos preços do contrato, que advém dos próprios custos da SPTRANS, o que se mostra em conformidade com o § 9º do art. 7º da Lei nº 8.666/93.

Frente ao exposto, JULGO REGULAR o Contrato nº 008/SMT.GAB bem como os respectivos Termos Aditivos nºs 01 a 08 (2.355ª S.O.)**.**

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim

Coerente com posicionamento que venho adotando em relação ao tema em discussão, não posso aceitar a conduta da Secretaria Municipal de Transportes adotada na espécie.

Entendo passíveis de relevação apenas as impropriedades de cunho formal, quais sejam, a publicação extemporânea dos ajustes e a infringência à Instrução nº 01/92, deste Tribunal, ante a ausência de prejuízos ao Erário e de má-fé dos agentes.

De outra parte, no tocante à irregularidade concernente à ausência de pesquisa de mercado, exigida pelo artigo 83, III, da Lei Municipal nº 10.544/88, vigente à época, posiciono-me ao lado da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que ressalta a especificidade do objeto contratual, que somente poderia ser satisfeito pela contratada, inviabilizando, assim, a adoção de critérios objetivos para o cotejo de preços.

Contudo, a irregularidade atinente à não-apresentação de documento comprobatório de situação regular perante a seguridade social, pela contratada, impede, a meu ver, o acolhimento do ajuste. Aliás, a espécie em foco é bastante parecida com os ajustes apreciados recentemente no TC nº 4.287.03-27, pactuados entre as mesmas partes que lavraram o presente, julgados irregulares, por votação majoritária, em sessão de 06/09/2006.

Naquela oportunidade, ficou consignado, no voto vencedor declarado, a implementação do preceito constitucional pela Lei Federal nº 8.212/91, que, dispondo sobre a organização e o plano de custeio da seguridade social, exige no seu artigo 47, na redação da Lei nº 9.032/95, a exibição obrigatória da Certidão Negativa de Débito – CND, fornecida pelo órgão competente, na 'contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios por ele concedidos' (inciso I, letra "a").

E, segundo a conceituação do artigo 15 do mesmo Texto Legal, considera-se empresa 'a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional'. Portanto, está sujeita à observância da regra constitucional qualquer pessoa jurídica interessada em contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios, independentemente de sua natureza pública ou privada, não cabendo ao intérprete distinguir, onde a lei não distingue, ou mesmo imaginar situações que possam arredar ou contornar sua aplicabilidade.

Consigno, ainda, por relevante, que a prova de regularidade fiscal, relativa à previdência social e ao Fundo de Garantia (FGTS), vem exigida pelo artigo 29 (Art. 29 - A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em: [...] IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.), inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93, acrescentado pela Lei nº 8.883/94, como condição de habilitação nos feitos licitatórios, sendo que a Lei Federal nº 9.012/95, em seu artigo 2º, proíbe às pessoas jurídicas em débito com o FGTS celebrar contratos de

prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, bem como participar de concorrência pública.

Por esses fundamentos, não acolho os ajustes em julgamento, por infringências aos artigos 195, § 3º, da Constituição Federal, c/c artigo 47, inciso I, letra "a", da Lei Federal nº 8.212/91, e artigo 2º da Lei n.º 9.012/95, deixando, também, de aceitar os efeitos financeiros dos contratos, relevando as demais irregularidades apontadas pela Auditoria, por seu aspecto formal, e ausência de má-fé e prejuízos ao Erário (2.355ª S.O.)**.**