TC nº 72-004.101.06-00

SOLICITAÇÃO. CMSP. Legalidade da prestação dos serviços especializados de gerenciamento, fiscalização, administração e engenharia de transporte. CONHECIDA. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 72-004.101.06-00 e 72-000.529.07-46.

Legislação citada: Art. 71, II, CF. Art. 2º, Lei 9.012/95. Arts. 25, 26 e 72, Lei 8.666/93. Arts. 2º, 'caput' e 50, §1º, Lei 9.784/99. Art. 40, III, Dec. Mun. 44.279/2003. Art. 29, III, Lei Mun. 13.241/2001.

TCs citados: 72.001.460.02-72, 72.004.287/03-27, 72.002.345.05-12, 72.002.343.05-97, 72.005.295.02-00 e 72.003.707.03-85

2.754ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado: 27.05.2015

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados 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 conhecer da solicitação constante dos autos.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento destes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 23 de julho de 2014.

ROBERTO BRAGUIM

Vice-Presidente no exercício da Presidência
EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuidam os autos da análise do Contrato nº 39/06 e de seu primeiro Termo de Aditivo, firmados entre a Secretaria Municipal de Transportes e São Paulo Transporte S/A., por inexigilibilidade de licitação, com fundamento no *caput* do artigo 25 da Lei Federal nº 8.666/93, objetivando a prestação de serviços especializados de gerenciamento, fiscalização, administração e engenharia de transporte, voltados ao Sistema de Transporte Urbano na cidade de São Paulo, no período de 1º de novembro de 2006 a 30 de novembro de 2006, no valor de R$ 28.000.000,00 (vinte e oito milhões de reais).

O presente originou-se de determinação exarada nos autos do TC 4.101.06-00, ora julgado de forma englobada, que cuida de solicitação enviada pelo então Vereador Antonio Carlos Rodrigues para que fosse verificada a legalidade da referida contratação.

A Coordenadoria V, em exame preliminar, concluiu pela irregularidade do Contrato pelos seguintes motivos:

"a.) Ausência de composição analítica do preço, infringindo o disposto no artigo 2º, '*caput*', e artigo 50, §1º, ambos da Lei Federal 9.784/99, bem como o artigo 26 da Lei Federal 8.666/93 e o artigo 71, inciso II, da Constituição Federal, por inviabilizar o acompanhamento da execução contratual;

b.) Inexistência de critérios para a aferição do valor a ser pago à Contratada, em cada etapa da execução contratual (início, meio e fim), contrariando os artigos 2º, '*caput*', e 50, §1º, ambos da Lei Federal 9.784/99, o artigo 26 da Lei Federal 8.666/93 e o artigo 71, inciso II, da Constituição Federal;

c.) Nem tudo o que está sendo contratado é insuscetível de ser alcançado no mercado, o que, pela Teoria dos Motivos Determinantes, nulifica (parcialmente) o ato de outorga, uma vez que essa 'parcela' poderia ser prestada por particulares, violando, assim, os artigos 2º, '*caput*', e 50, parágrafo 1º, ambos da Lei Federal 9.784/99, o artigo 25, 'caput', da Lei 8.666/93 e o artigo 37, '*caput*', da Constituição Federal;

d.) Inexistência de comprovação de regularidade fiscal, infringindo o parágrafo 3º do artigo 195 da Constituição Federal, o artigo 2º da Lei Federal 9.012/95 e o inciso III do artigo 40 do Decreto Municipal n.º 44.279/2003;

e.) Ausência, no contrato, de limitação expressa para uma 're-terceirização', desrespeitando o disposto no artigo 72 da Lei Federal 8.666/93; e

f.) atraso na remessa da informação pertinente ao contrato em tela, infringindo a Instrução n.º 01/2002 e a Resolução n.º 05/2002, ambas deste Tribunal de Contas".

Quanto ao Termo Aditivo nº 01, que objetivou a prorrogação do Contrato, de 1º de dezembro de 2006 até 8 de dezembro de 2006, acrescendo assim, o valor original do contrato em R$ 2.800.000,00 (dois milhões e oitocentos mil reais), a Auditoria também concluiu por sua irregularidade em razão do seguinte:

a.) Ausência de prévia pesquisa de mercado à consolidação do aditamento, haja vista que parte da tratativa vinculou atividades que poderiam ser prestadas por particulares, violando, dessa forma, o artigo 57, inciso II, da Lei Federal 8.666/93 e o artigo 46, inciso II, do Decreto 44.279/2003;

b.) Inexistência de comprovação de regularidade fiscal, infringindo o parágrafo 3º do artigo 195 da Constituição Federal, o artigo 2º da Lei Federal 9.012/95 e o inciso III do artigo 40 do Decreto Municipal n.º 44.279/2003; e

c.) Falta a assinatura da Assessora Jurídica da Pasta, no Ato Administrativo Composto de fl. 166 (folhas 177/191).

Oficiadas a Secretaria Municipal de Transportes e a São Paulo Transporte e Intimado o Ordenador da Despesa e Signatário dos Ajustes, todos apresentaram as suas justificativas.

Em nova apreciação, a Auditoria manteve a conclusão pela irregularidade, retificando alguns pontos na forma que segue:

"Diante do exposto, reti/ratificamos os relatórios de fls. 177/190, mantendo o entendimento acerca da irregularidade do contrato em testilha por conta das seguintes irregularidades detectadas:

Contrato Principal

✓ *Não há uma composição analítica do preço, infringindo o dever de motivação e inviabilizando, consequentemente, o acompanhamento da execução contratual pela Sociedade e pelos órgãos de controle (violação: arts. 2º, 'caput', e 50, §1º, ambos da Lei Federal 9.784/99; art. 26, Lei Federal 8.666/93; e art. 71, II, CF/88);*

✓ *Em consequência, inexistem critérios para a aferição de quanto será pago à contratada em cada ocasião da execução contratual – início, meio e fim (violação: arts. 2º, 'caput', e 50, §1º, ambos da Lei Federal 9.784/99; art. 26, Lei Federal 8.666/93; e art. 71, II, CF/88).*

✓ *Nem tudo o que está sendo contratado pela SMT com a SPTrans é insuscetível de ser alcançado no mercado, o que, pela Teoria dos Motivos Determinantes, nulifica (parcialmente) o ato de outorga – apenas naquela "parcela" que pode ser prestada por particulares (violação: arts. 2º, 'caput', e 50, §1º, ambos da Lei Federal 9.784/99; art. 25, 'caput', Lei 8.666/93; e art. 37, 'caput', CF/88);*

✓ *Inexiste comprovação de regularidade fiscal (violação: § 3º, art. 195 da Constituição Federal; o art. 2º da Lei Federal 9.012/95 e o inciso III do art. 40 do D.M. n.º 44.279/03).*

Consultando o SERI – Sistema Eletrônico de Remessa de Informações (fl. 173), identificamos atraso na remessa da informação pertinente ao contrato em tela, infringindo a Instrução n.º 01/2002 e Resolução n.º 05/2002, ambas do E. Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

Aditamento

✓ *A consolidação do aditamento deu-se sem prévia pesquisa de mercado, sabido que parte da tratativa vincula atividades que podem ser prestadas por particulares (violação: art. 57, II da Lei Federal 8.666/93 e art. 46, II do Decreto 44.279/03);*

✓ *Continua inexistindo comprovação de regularidade fiscal (violação: § 3º, art. 195 da Constituição Federal; o art. 2º da Lei Federal 9.012/95 e o inciso III do art. 40 do D.M. n.º 44.279/03).*

✓ *Falta a assinatura da DD. Assessora Jurídica, Dra. Dulce Eugênia de Oliveira, no Ato Administrativo Composto de fl. 166"* (folhas 197/224 e 227/230).

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela irregularidade do Contrato e, por conseguinte, do Termo de Aditamento, em função da falta de demonstração da razoabilidade de seus preços, da falta de critérios definidos disciplinando os preços unitários que compõem o preço global e, também, em razão da falta de comprovação de regularidade fiscal, nos seguintes termos:

"A inexigibilidade de licitação encontra respaldo no art. 25, caput, da Lei nº. 8.666/93 que autoriza a inexigibilidade'(...) quando houver inviabilidade de competição (...)'.

O Doutrinador Marçal Justen Filho, em seu livro 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos', Editora Dialética, 11ª edição, à pág. 271, nos instrui:

'Segundo a fórmula legal, a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição'.

No caso em tela, acreditamos que, do ponto de vista do objeto contratual, restou demonstrada a inviabilidade do certame licitatório, de maneira a facultar a contratação com base no dispositivo pactuado.

Já quanto à questão relativa aos preços praticados em contratos celebrados entre a Secretaria Municipal de Transportes e a SPTrans, esta já foi objeto de análise desta Assessoria Jurídica em pelo menos duas outras oportunidades – TC 72.001.460.02-72 e TC 72.004.287.03-27.

A conclusão alcançada foi de que tais contratos assemelham-se à figura do contrato de gestão. Nestes, a SPTrans desenvolve as atividades inerentes ao gerenciamento do transporte municipal. Assim, desde que prevista em contrato, o que 'in casu' se deu, a delegação de determinadas partes do contrato a terceiros se justifica

Para reafirmar o argumento, se assegura, nos autos daqueles TCs que esta é, aliás, a própria razão de existir da SPTrans, O repasse de recursos feito pela SMT são necessários à sua existência e funcionamento.

De fato, seguindo esta linha de raciocínio a SMT não poderia contratar com nenhuma outra empresa. Entretanto, tal não significa, ao contrário do que afirma a Origem (fl. 202), que os preços praticados no contrato não tenham que ser justificados, ou ainda, a respeito do regime de empreitada por preço global, que: '(...) o valor a ser pago ao contratado tem em vista a prestação em seu todo, independentemente dos preços unitários que compõem a referida prestação (...)'.

O Acórdão n° 2.920/2003 exarado pela 1ª Câmara do TCU no Processo n° 005.561/2002-2 já decidia:

'(...) faça constar dos processos referentes a contratações por inexigibilidade de licitação a justificativa do preço exigida pelo art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei n° 8.666/93, inclusive com consulta a outros órgãos de modo a verificar o preço praticado no âmbito da Administração Pública para o mesmo produto ou serviço';(...).

Como se vê, a contratação realizada com inexigibilidade de licitação não pode dar causa para afrontar-se o princípio da economicidade, princípio este a que se subordinam todas as entidades que integram a Administração Pública, quer sejam entes públicos ou privados.

A demonstração da razoabilidade de seu preço deve existir mesmo que o objeto contratado seja peculiar, ou específico.

Ainda, o Acórdão n° 1.684/2003 proveniente do Plenário do TCU no Processo n° 003.231/2001-0:

'(...) é consagrado ao TCU o caráter fundamental da análise dos custos unitários (Decisões n°s 1.054/2001 (Ministro-Relator Augusto Sherman), 417/2002 (Ministro-Relator Ubiratan Aguiar), 253/2002 (Ministro-Relator Marcos Vilaça), todas do Colendo Plenário do TCU (...)".

Como se vê há posicionamentos, dentre os quais o nosso, e decisões no sentido de que as contratações em geral devam ser justificadas e de que contratações por preço global devam ter os critérios disciplinando os preços unitários muito bem definidos.

Entendo, portanto, que não foram atendidos todos os requisitos impostos pela Lei para a correta utilização do art. 25, caput, da Lei nº. 8.666/93.

Com relação à ausência de comprovação de regularidade fiscal, como já apontado, não só a Constituição Federal (art. 195, §3º) como também as leis infraconstitucionais exigem a regularidade fiscal das pessoas jurídicas para contratação com o Poder Público. Ainda, o disposto no art. 173, § 2º da CF não admite privilégios às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

O atraso na remessa das informações através do SERI, infringindo a Instrução n° 01/2002 e a Resolução n° 05/2002 do TCMSP, tem entendido essa Assessoria, trata-se de relação Auditor Auditada, externa, portanto, aos efeitos do Contrato.

Pelo exposto, opinamos pela irregularidade do Contrato n° 039/06 – SMT.GAB e respectivo Aditivo em função da falta de demonstração da razoabilidade de seus preços, da falta de critérios definidos disciplinando os preços unitários que compõem o preço global e da falta de comprovação de regularidade fiscal".

A Assessora Jurídica Subchefe acrescentou que restou justificada a contratação, por inexigibilidade de licitação, com base no *caput* do artigo 25 da Lei 8.666/93, uma vez que configurada a inviabilidade de competição, na medida em que o artigo 29, inciso III, da Lei Municipal 13.241/2001 determina, de forma expressa, que a SPTrans deve ser contratada pelo Poder Público quando o objeto do ajuste se referir ao gerenciamento do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros.

Destacou que o fato de o Contrato prever a possibilidade de subcontratação, não configura, por si só, a irregularidade do ajuste (até porque, as atividades permitidas de subcontratação – que não são as atividades-fim – serão licitadas pela SPTrans).

Com relação aos preços, asseverou que o Ajuste se caracteriza pelo repasse de recursos de um órgão público para o outro, situação excepcional esta que impede a comparação dos preços contratados com os praticados no mercado.

Contudo, consignou que tal impossibilidade de comparação **não exime** a Origem de elaborar planilha de quantitativo de preços unitários a fim de que seja possível justificar os valores pactuados e viabilizar o eventual acompanhamento da execução contratual.

Já com relação à regularidade fiscal da Contratada, frisou que o fato de a SPTrans ser a única empresa competente para a prestação dos serviços pretendidos pela Secretaria Municipal de Transportes não dispensa a comprovação de inexistência de débitos junto ao Instituto de Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Nesse sentido, transcrevo parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo que esgota toda a matéria de forma objetiva:

"Tal como exposto no parecer precedente, trata-se de análise do Contrato nº 039/06-SMT.GAB e de seu aditivo, firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes e a São Paulo Transportes - SPTrans, visando à prestação de serviços especializados voltados ao gerenciamento, fiscalização, administração e engenharia de transporte, compreendendo as atividades institucionais necessárias para o gerenciamento do Sistema de Transporte Urbano de Passageiros no âmbito do Município de São Paulo.

Não obstante os apontamentos efetuados pela Especializada desta E. Corte de Contas, entendo importante tecer algumas considerações que, sob o ponto de vista jurídico, podem contribuir para a análise do presente ajuste.

No que tange à justificativa jurídica utilizada para fundamentar a contratação ora em tela, qual seja, a inexigibilidade de licitação prevista no artigo 25, caput, da Lei Federal nº 8.666/93, entendo pela não ocorrência de violação ao ordenamento jurídico vigente.

Isso porque, na esteira do exposto pela Assessora preopinante, restou configurada a inviabilidade de competição, na medida em que o artigo 29, inciso III e parágrafo único, da Lei Municipal nº 13.241/2001 determina, de forma expressa, que a SPTrans deverá ser contratada pelo Poder Público quando o objeto do ajuste se referir ao gerenciamento do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros.

Ademais, o fato de o contrato prever a possibilidade de subcontratação não configura, por si só, a irregularidade do ajuste.

A esse respeito, importante atentar para o fato de que o objeto do ajuste é o gerenciamento, a fiscalização, a administração e a engenharia do transporte na cidade de São Paulo, sendo estes os serviços denominados 'atividade-fim' e impassíveis de serem subcontratados.

Por outro lado, não há como se negar a legitimidade da contratação de outras empresas para a realização das chamadas 'atividades-meio', sendo esta a forma mais adequada para o alcance do interesse público, especialmente considerando-se a grandiosidade do objeto contratual 'sub examine'.

Com relação aos preços, esta Assessoria Jurídica já se manifestou nos autos do TC nº 72.001.460.02-72, no qual se analisa o Contrato nº 001/02-SMT.GAB, também celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes e a São Paulo Transportes - SPTrans, para a prestação de serviços de administração e engenharia de transportes, voltada à operacionalização, gerenciamento, fiscalização, planejamento, supervisão e coordenação e administração de todo o Sistema de Transporte Urbano na Cidade de São Paulo

Naquela oportunidade, restou consignado o entendimento no sentido de que o contrato firmado entre a SMT e a SPTrans, inclusive o que ora se analisa, caracteriza repasse de recursos de um órgão para o outro, situação excepcional esta que impede a comparação dos preços contratados com os praticados no mercado.

Entretanto, importante consignar que a supracitada impossibilidade de comparação dos preços contratados não exime a Origem de elaborar planilha de quantitativos e de preços unitários, a fim de que seja possível justificar os valores constantes do ajuste e viabilizar o eventual acompanhamento da execução contratual.

No que tange à regularidade fiscal da contratada, entendo, na esteira do parecer precedente, que o fato da SPTrans ser a única empresa competente para a prestação dos serviços pretendidos pela SMT não dispensa a comprovação de inexistência de débitos junto ao INSS e ao FGTS.

Ante o exposto, acompanho as conclusões exaradas no parecer da I. Assessora preopinante, no sentido da irregularidade dos ajustes ora em análise.

Todavia, tendo em vista o lapso temporal transcorrido, aliado às peculiaridades do caso concreto, permito-me sugerir o reconhecimento dos efeitos financeiros produzidos, sem prejuízo das determinações que o Nobre Conselheiro Relator entender cabíveis" (folhas 234/244).

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento dos instrumentos sob exame e sugeriu nova oitiva da Origem a fim de aprofundar a instrução processual (folhas 246/251).

Por fim, a Secretaria Geral, calcada na manifestação da Assessoria Jurídica, propugnou pela irregularidade do Contrato e do Termo Aditivo, nos seguintes dizeres:

"A SPTrans é sociedade de economia mista criada pela Lei Municipal nº 13.241/2001 para o fim específico de gerenciar o Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros, por meio da Secretaria Municipal de Transportes, consoante dispõe o art. 29 da mencionada lei.

Isso significa que somente a SPTrans poderia prestar as atividades relacionadas ao gerenciamento do transporte urbano de passageiros, de onde se denota que a competição para a prestação deste serviço – objeto do Contrato em comento - era inviável, justificando-se, pois, a inexigibilidade de licitação do caput do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

A inexigibilidade de licitação não resulta, no entanto, na possibilidade de os preços deixarem de ser justificados, pois, ainda aqui, torna-se imprescindível o cumprimento do disposto no inciso III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93.

A necessidade de comprovação dos preços tem, pois, uma finalidade maior: demonstrar a proteção do erário e do interesse público e, ainda, traduzir a ***eficiência*** *na prestação do serviço público, que é um dos princípios que norteiam suas atividades (art. 37, 'caput', da Constituição Federal).*

O caso em questão, no entanto, apresenta uma peculiaridade: cuida de repasse de recursos de um órgão para o outro. Assim, ainda que não seja possível a 'comparação de preços contratados com os praticados no mercado' (fl. 242), como aduz a AJCE, com a qual concordo e, reafirmando posição por mim já defendida em situação análoga (TC nº 72.001.460.02-72), torna-se imprescindível, para fins de observância ao disposto no inciso III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, a apresentação de planilhas de quantitativos e preços unitários, o que não ocorreu.

Quanto à regularidade fiscal, já tive a oportunidade de manifestar no TC nº 72.005.295.02-00 que qualquer pessoa jurídica, de natureza pública ou privada, que deseje contratar com a Administração Pública deve, obrigatoriamente, demonstrar a regularidade fiscal através da CND válida, ainda que ela seja a única pessoa competente para a prestação dos serviços. Isto porque a Constituição Federal (§ 3º do art. 195) não traz tratamento diferenciado entre pessoa jurídica de natureza pública ou privada. Remanesce, portanto, a irregularidade fiscal da SPTrans.

Quanto à remessa extemporânea ao SERI, por ser falha meramente formal, ela pode ser relevada, eis que não macula o contrato em si.

Por todo o exposto, opino pela irregularidade do Contrato nº 039/06-SMS.GAB e do 1º Termo de Aditamento pela ausência de apresentação de planilhas de quantitativos e preços unitários e em face da falta de CND válida para o período, contrariando o dispositivo constitucional do art. 195, § 3º.

Todavia, tendo em vista que os serviços foram prestados sugiro o reconhecimento dos efeitos financeiros em nome do princípio da segurança jurídica" (folhas 253/258).

É o relatório

VOTO ENGLOBADO

Restou caracterizada a hipótese de inexigibilidade de licitação, ante a inviabilidade de competição, tornando adequada a contratação calcada no *caput* do artigo 25 da Lei Federal 8.666/93.

Isso porque o artigo 29, inciso III, da Lei Municipal 13.241/2001 determina, expressamente, que sempre que o objeto do ajuste se referir ao gerenciamento do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros, o Poder Público deverá contratar a São Paulo Transporte S/A. Assim, a contratação da SPTrans para esse objeto impõe-se por disposição legal.

Por conseguinte, e por tratar-se de contratação baseada no repasse de recursos financeiros de um órgão para outro, resta superada também a questão da necessidade de comparação dos preços contratados com os praticados no mercado. Isso porque a exclusividade impede que seja realizada a pesquisa de mercado. Tal entendimento, inclusive, já se encontra pacificado no âmbito deste Tribunal, a exemplo dos TCs 1.460.02-72 e 4.287.03-27, dos quais se extrai: "*o contrato firmado entre a SMT e a SPTrans, caracteriza repasse de recursos de um órgão para o outro, situação excepcional esta que impede a comparação dos preços contratados com os praticados no mercado*".

Contudo, o fato de a contratação ter se baseado na hipótese de inviabilidade de competição ou, ainda, por ter a sua execução realizada pelo regime de empreitada por preço global, não exclui a necessidade de apresentação da planilha de quantitativo de preços unitários, como forma de aferir a razoabilidade, economicidade e a vantajosidade dos preços pactuados. Esse entendimento também já foi reiterado neste Tribunal, assim como no Tribunal de Contas da União.

Também já se encontra pacificada a necessidade de comprovação da regularidade fiscal da Contratada, mesmo quando tratar-se de pessoa jurídica de direito público ou de contratada exclusiva, haja vista cuidar-se de exigência constitucional que também não excepciona as empresas públicas e as sociedades de economia mistas.

Finalmente, quanto à previsão da possibilidade de subcontratação, esta não configura, por si só, a irregularidade do ajuste. Isso porque as atividades permitidas de subcontratação – que não são as atividades fim – serão licitadas pela SPTrans.

A esse respeito, importante atentar para o fato de que o objeto do ajuste é o gerenciamento, a fiscalização, a administração e a engenharia do transporte na cidade de São Paulo, sendo estes os serviços denominados "atividade-fim" e que não podem ser subcontratados.

Por outro lado, não há como se negar a legitimidade da contratação de outras empresas para a realização das chamadas "atividades-meio", sendo esta a forma mais adequada para o alcance do interesse público, especialmente considerando-se a grandiosidade do objeto contratual *sub examine*.

Nesses termos, a Assessoria Jurídica de Controle Externo assim se pronunciou*: "Pelo exposto, opinamos pela irregularidade do Contrato e respectivo Aditivo em função da falta de demonstração da razoabilidade de seus preços, da falta de critérios definidos disciplinando os preços unitários que compõem o preço global e da falta de comprovação de regularidade fiscal".*

A Secretaria Geral por seu turno concluiu: "*Por todo o exposto, opino pela irregularidade do Contrato nº 039/06 e do 1º Termo de Aditamento pela ausência de apresentação de planilhas de quantitativos e preços unitários e em face da falta de CND válida para o período, contrariando o dispositivo constitucional do art. 195, parágrafo 3º".*

Assim, em face do relatado e considerando o teor das manifestações dos Órgãos Técnicos desta Corte e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, conheço da solicitação constante do TC 4.101.06-00 e julgo irregulares o Contrato nº 39/2006 e o seu 1º Termo Aditivo, ante a ausência de apresentação de planilha de quantitativo de preços unitários e pela não comprovação da regularidade fiscal da Contratada perante o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço e junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social.

Aceito, todavia, os efeitos financeiros produzidos pelos ajustes, em razão da não constatação de prejuízo ao erário nos autos, bem como em atenção à seguinte proposta da Assessoria Jurídica: *"tendo em vista o lapso temporal transcorrido, aliado às peculiaridades do caso concreto, permito-me sugerir o reconhecimento dos efeitos financeiros produzidos".*

No mesmo sentido, opinou a Secretaria Geral: "*tendo em vista que os serviços foram prestados, sugiro o reconhecimento dos efeitos financeiros em nome do princípio da segurança jurídica".*

Determino o envio de cópia do inteiro teor da decisão a ser alcançada pelo Plenário desta Corte ao Senador Antonio Carlos Rodrigues, em resposta à solicitação contida no referido TC 4.101.06-00.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Declaração de VOTO englobada apresentada pelo Conselheiro João Antonio:

Em diversas oportunidades, este Pleno se depara com contratos firmados pelo Município, através de seus órgãos, como a Secretaria Municipal de Transportes, por exemplo, com suas entidades da Administração Indireta (Companhia de Engenharia de Tráfego – CET e a São Paulo Transportes – SPTRANS), para o gerenciamento e ou consecução dos serviços públicos para os quais tais entidades foram criadas. Nesses julgamentos, observo que o Relatório da Auditoria conclui pela irregularidade do ajuste, utilizando como argumentos a ausência de pesquisa de preços, a não apresentação de provas da regularidade fiscal e a presença de subcontratação de serviços, o que descaracterizaria a singularidade dos serviços prestados por estas empresas públicas.

Em um destes julgamentos, quando foram julgados em conjunto os TCs n.º 2.345.05-12 e 2.343.05-97, em minha declaração de voto, fiz remissão a outros votos, estes da lavra do Conselheiro Maurício Faria, quando afirmou, 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"*.

Assim, prossegui: *"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"* (TC nº 2.345.05-12 e TC nº. 2.343.05-97)

Diante do exposto, julgo **REGULAR** o Contrato nº 039/06/SMT/GAB, acolhendo seus efeitos financeiros e respectivo Termo de Aditamento.

VOTO em separado englobado apresentado pelo Conselheiro Maurício Faria:

Conforme já tive oportunidade de registrar em outros julgamentos, a exemplo do Processo TC 1.460.02-72, mister se verificar a natureza do objeto contratual em exame. Com efeito, trata-se de prestação de serviços que

compõem, basicamente, as atividades de gerenciamento e operação do Sistema de Transporte Coletivo no Município de São Paulo.

As questões de maior relevância apontadas como impeditivas da aprovação do ajuste estão relacionadas a não comprovação analítica de preços; à ausência de critérios para aferição de quanto será pago à contratada em cada ocasião da execução contratual; à possibilidade de se encontrar no mercado alguns itens contratados; e à inexistência de comprovação de regularidade fiscal.

A prestação de serviços ora analisada não se mensura em partes, tarefas ou horas despendidas. A execução do contrato envolve toda a estrutura da empresa, razão pela qual, no caso específico, a demonstração de custos e preços na forma preconizada pela Auditoria não se mostra possível.

Afasto também a impropriedade assinalada pela Auditoria relativa à possibilidade de se encontrar no mercado alguns itens contratados, na medida em que a inexigibilidade restou caracterizada, conforme parecer da AJCE.

Com relação à ausência de comprovação da regularidade fiscal, tem-se, em tese, que a contratação pela Administração Direta com empresa integrante da Administração Indireta não autoriza a dispensa de sua demonstração, vez que esta se encontra de igual forma submetida à regra contida no § 3º do art. 195 da Constituição Federal.

Contudo, como se depreende do conteúdo já exposto, o objeto contratado mostra-se essencial à continuidade do serviço público, prestado com exclusividade pela empresa contratada, por força de competência estabelecida em lei. Parece-me que, levada às suas últimas consequências, a uma eventual decisão pela irregularidade e pelo não reconhecimento dos efeitos financeiros de tais contratos implicaria abalo econômico-financeiro da empresa e, com ele, de todo o sistema de transporte coletivo municipal, o que, por sua vez, levaria ao caos na própria Cidade.

É exclusivamente nesse sentido que, sopesando valores constitucionais, continuo a reconhecer um caráter excepcional para justificar os contratos firmados com empresas estatais em débito para com o sistema de Seguridade Social, conforme decidido por esta Corte em casos análogos, citando, a título exemplificativo, o TC 1.460.02-72.

No que diz respeito à justificativa jurídica utilizada para fundamentar a contratação em julgamento, qual seja, a inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, caput, da Lei de Licitações e Contratos, entendeu a Assessoria Jurídica de Controle Externo pela sua adequação.

Assim, e por coerência com Votos já proferidos, julgo regulares o Contrato nº 039/06 e respectivo aditivo, determinando à Origem medidas

para o cumprimento da legislação vigente no tocante à exigência das certidões de regularidade fiscal.