JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-004.196.02-92

ANÁLISE. CONTRATO. SMT. Serviços de disponibilização de pátios para retenção de veículos. Art. 24, VIII, Lei 8.666/93. Objeto com competência legal exclusiva. Lei 9.513/97. Dec. 37.293/98. Serviços essenciais. CND e FGTS ausentes. Relevados em caráter excepcional. ACOLHIDO, com DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

TC's citados: 72.002.613.02-17, 72.002.670.04-12, 72.005.244.01-98, 72.003.173.00-90, 72.001.835.01-22, 72.003.583.04-55, 72.004.196.02-92.
Relatório e voto englobados: TC 72.003.025.02-64.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Maurício Faria.

CONSIDERANDO que o objeto contratado mostra-se essencial à continuidade do serviço público, sendo de exclusividade da Companhia de Engenharia de Tráfego – CET diante de competência estabelecida em lei;

CONSIDERANDO a inexistência, nos autos, de indícios de comportamento eivado de má-fé, dolo ou fraude, ou mesmo de prejuízo ao Erário,

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, bem como nos termos do voto proferido pelo Conselheiro Roberto Braguim – Revisor, em acolher, excepcionalmente, o Contrato 1.808/2002 – SMT, para efeito, inclusive, de aceitação de seus efeitos financeiros, em nome da segurança das relações jurídicas.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em relevar a ausência de apresentação, por parte da Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, da Certidão Negativa de Débito – CND junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e do Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS à época da contratação.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar à CET que, no futuro, cumpra atentamente a legislação em vigor, a fim de não reincidir nas mesmas impropriedades constatadas no presente processado.

Participaram do julgamento os Conselheiros Roberto Braguim – Revisor, Eurípedes Sales e Antonio Carlos Caruso.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" Joel Tessitore.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de outubro de 2008.

Edson Simões – Presidente.

Maurício Faria – Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Tratam os presentes autos do exame de dois contratos celebrados entre a Secretaria Municipal de Transportes e a Companhia de Engenharia de Tráfego, tendo por objeto a prestação de serviços de disponibilização de pátios para retenção de veículos, através da remoção por guinchos, no Município de São Paulo.

No TC 3.025.02-64, examina-se o Contrato n° 151/02, para prestação dos referidos serviços no período de 06 de abril de 2002 a 31 de julho de 2002, e, no TC 4.196.02-92, o Contrato n° 1.808/02, para os mesmos serviços, relativamente ao período de 16 de setembro de 2002 a 31 de janeiro de 2003. Em ambos os contratos os preços unitários contratados foram os mesmos. Ambas as contratações estão fundamentadas na hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso VIII do artigo 24 da Lei Federal n° 8.666/93.

Os órgãos técnicos preopinantes desta Corte apontaram irregularidades em ambos os procedimentos das contratações, no que se refere aos seguintes aspectos: falta de justificativa acerca das divergências nas quantidades estimadas de guinchamentos/remoções constantes do relatório técnico do Diretor do DSV com as previstas no Contrato n° 151/02, ausência de pesquisa de preços, ausência de comprovação da regularidade da contratada junto ao INSS e ao FGTS e não-configuração da hipótese de dispensa de licitação para a contratação dos aludidos serviços, entendendo a AJCE que os serviços consistem em atividade-meio e não em atividade-fim da CET, que os terceiriza, fazendo referência à análise realizada no TC 2.613.02-17.

Intimados, prestaram esclarecimentos e apresentaram defesa os ordenadores da despesa à época, a Origem e a CET. Em apertada síntese, os defendentes sustentaram 1) a exclusividade da contratação da CET para operar a fiscalização de trânsito no Município, atuando como "longa manus" do Poder Público local nessa tarefa; 2) a razoabilidade dos preços contratados à vista dos preços obtidos pela CET nas licitações realizadas para as subcontratações possíveis; 3) não-existência de divergência de quantitativos e sim estimativa de

quantitativos a serem utilizados, sendo que os recursos necessários para atender às quantidades estimadas foram empenhados; 4) ter a CET encaminhando provas do recolhimento das importâncias devidas ao FGTS, demonstrando não haver qualquer débito e estando regular portanto perante o FGTS; 5) não obstante a ausência de CND, não se encontrar a CET em situação de inadimplência junto ao INSS, sendo mencionados processos em que a empresa travou discussões administrativas e judiciais acerca das cobranças impostas pelo órgão previdenciário.

Analisadas as defesas, os órgãos técnicos concluíram que as justificativas não tiveram o condão de alterar os aspectos de irregularidade apontados, razão pela qual reiteraram seu posicionamento pela irregularidade dos ajustes.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, entendendo que as atividades objeto dos contratos são inerentes à destinação da contratada, ponderou não haver, no caso, opção do administrador público para escolha de outra pessoa para execução dos serviços contratados. Referiu-se a precedentes desta Corte no âmbito dos TCs 1.835.01-22 e 3.583.04-55 e filiou-se às defesas da Origem e do ordenador da despesa à época para sustentar a regularidade dos procedimentos, destacando a ausência de qualquer indício de má-fé, dolo ou culpa, bem como de qualquer lesão ao erário municipal. Opinou, assim, pelo acolhimento dos contratos, por considerá-los formalmente regulares.

A Secretaria Geral acompanhou o entendimento da AJCE relativamente à não configuração da hipótese, no caso, da dispensa de licitação. Quanto aos preços contratados, entendeu não haver ficado demonstrado nos autos que o preço foi excessivo ou desvantajoso, referindo-se ao TC 5.244.01-98, em que figurava como contratada também a CET, em que esta Corte relevou a ausência de justificativa de preços. Acerca da ausência de certidão, acrescentou que, no TC 3.173.00-90, este Tribunal julgou regular o contrato, considerando tratar-se de contratação firmada com ente público, não tendo sido identificado qualquer prejuízo ao Erário ou indícios de dolo ou má-fé. Referiu-se a entendimento expressado pelo Tribunal de Contas da União, que, sob invocação do princípio da continuidade do serviço público, da supremacia do interesse público e da proibição de locupletamento indevido da Administração, decidiu no sentido da possibilidade de a Administração Pública contratar os entes paraestatais detentores do monopólio de serviços públicos essenciais, mesmo sem a apresentação das certidões comprobatórias de regularidade junto ao INSS e ao FGTS.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Antes de adentrar o mérito dos aspectos tidos por irregulares por AUD e AJCE, entendo indispensável firmar entendimento acerca da seguinte questão: frente ao objeto dos ajustes e em face das competências

delegadas pela legislação em vigor, poderia a Secretaria Municipal de Transportes contratar diretamente com terceiros particulares os serviços objetivados?

Penso que não.

A Lei Federal n° 9.503, de 23/09/97 (Código de Trânsito Brasileiro), estabelece, dentre as competências dos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de suas circunscrições, a de executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas e as penalidades cabíveis, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas no Código, no exercício regular do poder de polícia de trânsito, consoante art. 24, "caput" e inciso VI.

No Município de São Paulo, a Secretaria Municipal de Transportes, através do Departamento de Operação do Sistema Viário – DSV, é o órgão executivo municipal de trânsito, urbano e rodoviário, ao qual cabem as competências, prerrogativas e encargos previstos no referido Código Nacional de Trânsito, inclusive, nos termos do Decreto Municipal n° 37.293, de 27 de janeiro de 1998, a de firmar contrato de prestação de serviço exclusivamente com a CET, credenciando-a para exercer, dentre outras, as atividades elencadas no artigo 24 do CTB, e, em especial, a prevista no seu inciso XII, qual seja, a de credenciar os serviços de escolta, fiscalizar e adotar medidas de segurança relativas aos serviços de remoção de veículos, escolta e transporte de carga indivisível.

Os contratos ora examinados têm por objeto a prestação, pela CET, de serviços decorrentes da atividade de gestão e fiscalização da operação viária no Município, compreendendo a disponibilização e administração de pátios de estacionamento para retenção de veículos por motivo de infração de trânsito, e a remoção, por guincho, de veículos irregularmente estacionados nas vias públicas.

São serviços, por conseguinte, ínsitos ao credenciamento a que se refere o Decreto Municipal n° 37.293/98, e inerentes às atribuições legais da contratada, ainda que os realize por força de contrato, conforme lhe faculta a lei de sua criação. Ademais, são atividades que se inserem no poder de polícia de trânsito, função indelegável da Administração Pública.

E é frente a estas considerações que entendo, com base na legislação invocada, que o fundamento das contratações diretas, nos casos examinados, reside na inviabilidade de competição a que se refere o "caput" do art. 25 da Lei Federal n° 8.666/93, e não na hipótese de dispensa contemplada pelo inciso VIII do art. 24 da mencionada Lei.

Discordo, por tais razões, da posição adotada pela AJCE, que entendeu tratar-se de atividade-meio e não de atividade-fim da CET. A possibilidade da subcontratação parcial prevista na Cláusula Oitava dos Contratos é hipótese que não altera este raciocínio, visto que a gestão do serviço de remoção é de integral e indelegável atribuição da Empresa.

Sob essa ótica, e na conformidade dos relatórios da Origem que antecederam as contratações (fls. 21/23 do TC 3.025.02-64 e fls. 36/37 do TC 4.196.02-92) e dos esclarecimentos prestados nos autos, considero que os preços pactuados foram justificados, pois a Origem utilizou, como parâmetro para aferir a razoabilidade do preço, o valor constante de contrato anterior para os serviços de remoção de veículo.

Embora a justificativa da Origem padeça de pouca clareza e objetividade, depreende-se, do relatório que precedeu o Contrato n° 151/02, que a Secretaria de Transportes enfrentava à época dificuldades decorrentes da superlotação dos dois únicos pátios disponíveis para retenção dos veículos removidos por infração ao Código de Trânsito. O Contrato anterior, de n° 02/02-SMT.GAB, previa somente a locação de serviços de guincho, ao preço de R$ 367,20 por dia útil trabalhado. A justificativa também apresenta um histórico de apenas 20 veículos removidos por dia, ante uma demanda diária de até 75 veículos. Assim, percebe-se que a remuneração da contratada, pelo critério do Contrato n° 02/02, por diária de guincho, independia do número de remoções executadas, como também não previa o fornecimento e a administração dos pátios de estocagem dos veículos apreendidos.

O Contrato n° 151/02, ora examinado, estabelece 4 novos pátios e 52 guinchos, com previsão de 5.300 remoções em cerca de 90 dias, resultando na estimativa e meta de remoção de 70 veículos por dia, nos termos da justificativa da Origem para a contratação. Assim, se tomarmos como base 70 remoções por dia e dividirmos essa quantidade pelo número de guinchos, que é 52, teremos o resultado de 1,34 veículos por guincho por dia. Utilizando-se o critério adotado no Contrato n° 02/02, de remuneração por diária de guincho ao preço de R$ 367,20 a diária, e dividindo-se esse valor por 1,34 veículos por guincho/dia, teremos por resultado o valor de R$ 274,03 a título de custo unitário de remoção de veículos, o que demonstra a razoabilidade do valor ajustado para esse item nos dois contratos ora analisados, de R$ 223,10.

Quanto ao valor relativo à equipe de administração dos pátios e retenção dos veículos, estes foram propostos na conformidade da remuneração atribuída pela CET aos cargos que integram o seu quadro de pessoal. Acerca da apontada falta de justificativa quanto aos cargos que compõem a equipe da contratada para prestação dos serviços, entendo que, não definida pela Origem a equipe técnica encarregada, a sua formação encontra-se no poder discricionário da contratada para determinar quais e quantos cargos serão necessários para o desempenho dos serviços, frente ao objeto a executar e às obrigações por ela assumidas no contrato.

No que concerne à questão de regularidade de CND e da relativa ao FGTS, remeto às razões por mim expostas em julgamentos anteriores, nos quais afirmei que, em tese, a contratação pela Administração Direta com empresa integrante da Administração Indireta não dispensa sua demonstração, uma vez que a mesma se encontra, de igual forma, submetida à regra contida no § 3º do artigo 195 da Constituição Federal. Contudo, como já exposto, inclusive em acórdão

do TCU, o objeto contratado se mostra essencial à continuidade do serviço público, visto que prestado com exclusividade pela empresa contratada diante de competência estabelecida em lei, não tendo a Administração outra alternativa para dar continuidade àquele serviço público de natureza essencial.

Ademais, as justificativas prestadas pelos defendentes e os documentos por eles juntados demonstram que a CET vem cumprindo a legislação aplicável, quer quanto ao INSS quer quanto ao FGTS, existindo discussões administrativas e judiciais acerca de aspectos relacionados aos valores supostamente devidos ao Instituto.

Desta forma, em face da consistência das defesas, no que se refere à sustentação de que os atos anômalos não foram praticados com a intenção de infringir as normas legais, mas sim para permitir a continuidade de serviços públicos essenciais, e acompanhando os entendimentos expressados pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral, bem como com base em precedentes desta Corte, relevo, em caráter excepcional, a ausência, à época das contratações, de certidões comprovando a situação de regularidade da contratada perante o INSS e FGTS, e acolho excepcionalmente os Contratos nºs 151/02 e 1.808/02, para efeito, inclusive, de aceitação de seus efeitos financeiros, em nome da segurança das relações jurídicas e considerando não haver nos autos indícios de comportamento eivado de má-fé, dolo ou fraude, ou mesmo de prejuízo ao Erário público, motivo pelo qual também me abstenho de aplicação de qualquer penalidade ao agente público responsável.

Determino, contudo, que a Origem, no futuro, cumpra atentamente a legislação em vigor, a fim de não reincidir nas mesmas impropriedades constatadas nos presentes feitos.

Outrossim, determino a remessa do TC 3.025.02-64 à SFC, para análise dos termos aditivos encartados na pasta anexa a esses autos.