TC nº 72-004.468.03-71

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular o ajuste e não aceitou os efeitos financeiros. SMT. Reconhecido os efeitos financeiros. CONHECIDOS. Votação unânime. PROVIDOS PARCIALMENTE. Votação por maioria.

Relatório e voto englobado TCs 72-004.430.03-07, 72-004.468.03-71, 72-004.488.03-89

2.870ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado 17.11.2016

1º Julgado

ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. SMT. Serviços de Implantação do Sistema de Guiagem Magnética do Subsistema de Média Capacidade. VLP. Ausência de justificativa para os preços contratados e da composição detalhada dos preços unitários e quantidades dos serviços a serem prestados. Relevada a inexistência de Certidão Negativa de Débitos junto ao INSS, considerada a existência de parcelamento consolidado da dívida. Publicação extemporânea do contrato e da remessa da documentação. SERI. IRREGULAR. Votação unânime. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação por maioria.

Legislação citada: Art. 24, VIII, art. 26, parágrafo único, III e art. 113, Lei 8.666/93. Lei Mun. 13.241/01.

Relatório e voto englobado TCs 72-004.488.03-89, 72-004.430.03-07 e 72-004.468.03-71

2.301ª Sessão Ordinária

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72-004.430.03-07 e 72-004.488.03-89 e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.853ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro JOÃO ANTONIO – Relator.

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, uma vez que atenderam aos requisitos de admissibilidade.

ACORDAM, ademais, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, considerando a ausência nos autos de qualquer forma de dolo, culpa, má-fé ou demonstração de prejuízo ao erário, em dar provimento parcial aos apelos, para aceitar os efeitos financeiros produzidos, mantendo-se, no mais, o V. Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vencido, no mérito, o Conselheiro EDSON SIMÕES – Revisor que, consoante voto proferido em separado, negou-lhes provimento.

ACORDAM, ainda, 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.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de maio de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

Relatório e voto englobados: v. TC 72-004.488.03-89.

Voto em separado englobado proferido pelo Conselheiro Edson Simões: v. TC 72-004.488.03-89.

1º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 4.430.03-07 e 4.468.03-71, e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Maurício Faria.

Acordam os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregular o Contrato 716/03-SMT.GAB, por inobservância do disposto no artigo 24, "in fine", combinado com o artigo 26, parágrafo único, inciso III, da Lei Federal 8.666/93.

Acordam, outrossim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Maurício Faria – Relator, Edson Simões e Eurípedes Sales, em não aceitar os efeitos financeiros do referido instrumento, diante da ausência de quadro dos respectivos preços e, por consequência, da impossibilidade de comprovação de sua regularidade.

Vencido, neste particular, o Conselheiro Roberto Braguim – Revisor que, consoante declaração de voto apresentada, aceitou os mencionados efeitos, em razão de inexistência de dolo, má-fé e prejuízo ao Erário, fez sugestão ao Conselheiro Edson Simões, Relator da Secretaria Municipal de Transportes e da São Paulo Transporte S/A – SPTrans neste exercício, para que determinasse a realização de imediata auditoria na referida paraestatal, a fim de apurar a real situação tributária da empresa, sugerindo também a análise da execução contratual.

Participaram do julgamento os Conselheiros Roberto Braguim – Revisor, Edson Simões e Eurípedes Sales.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de novembro de 2006.

Antonio Carlos Caruso
Presidente

Maurício Faria
Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Os processos em questão, TCs 4.430.03-07, 4.468.03-71 e 4.488.03-89 cuidam da análise do Contrato de nº 700/03 e respectivo Termo Aditivo, bem como dos Contratos nºs 716/03 e 709/03, firmados entre a Secretaria Municipal de Transportes e a SPTrans, com fulcro no art. 24, VIII, da Lei 8.666/93, para a execução dos serviços necessários à Implantação do Programa de Subsistema Estrutural de Média Capacidade – VLP, inclusive os serviços de Implantação do Sistema de Guiagem Magnética do Subsistema de Média Capacidade.

Consistem as irregularidades apontadas pela Auditoria na ausência de justificativa para os preços contratados, com falta de composição detalhada dos preços unitários e quantidades dos serviços a serem prestados; na inexistência de CND e CRF válidas à época da vigência do contrato, e, por fim, na publicação extemporânea do contrato e atraso na remessa das informações ao Tribunal de Contas.

A Assessoria Técnica Jurídica, de igual forma, opinou pela irregularidade dos ajustes, destacando que não restou demonstrada nos autos a razoabilidade dos preços praticados, ressaltando, ainda, que o dever de comprovação da regularidade previdenciária é extensível aos órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional.

As defesas apresentadas pelos interessados não alteraram as conclusões alcançadas pelos órgãos técnicos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento dos ajustes, invocando o princípio da razoabilidade e destacando que a contratação de empresa pública tem tratamento legal especial.

A Secretaria Geral, por derradeiro, concluiu que os instrumentos não reúnem condições de acolhimento, considerando que não houve justificativa de preços e, diante da não-comprovação da regularidade fiscal, propôs, não obstante, o reconhecimento dos efeitos financeiros dos contratos.

É o sucinto relatório.

VOTO ENGLOBADO

O objeto dos contratos ora em julgamento envolve a elaboração de estudos, projetos, gerenciamento e obras específicas, com definição de área de intervenção e prazo de execução.

Todavia, não obstante reflita intervenções particulares e adicionais àquelas rotineiramente executadas, remete-nos forçosamente ao âmbito das ações necessárias que permeiam o gerenciamento do Sistema de Transporte Público no Município de São Paulo, atividades estas inerentes à finalidade institucional da SPTrans, nos termos da Lei Municipal nº 13.241/01.

Assim, destacamos inicialmente que, com relação à ausência de comprovação da regularidade fiscal por parte da empresa contratada, entendemos que a existência de parcelamento consolidado da dívida da SPTrans junto ao INSS autoriza a relevação deste apontamento, considerando-se, inclusive, a existência de pendência judicial acerca do reconhecimento do referido débito.

Todavia, a mesma compreensão não se pode admitir nos casos concretos ora em julgamento, em relação à ausência de justificativa detalhada dos preços contratados.

Nesta senda, constata-se da instrução dos processos a especificidade dos objetos que têm por característica principal a implantação de etapas de nova modalidade de transporte, envolvendo, sobretudo, investimento em obras de infraestrutura, com projeto e trechos basicamente definidos, passíveis de dimensionamento prévio de equipes, de produção e gerenciamento de materiais, equipamentos, bem como das eventuais subcontratações necessárias.

Diante disso, como bem ressaltaram os órgãos técnicos desta Corte, deveria a Origem ter demonstrado, através de memórias de cálculo, a composição das planilhas constantes dos anexos do contrato, para que houvesse o detalhamento dos elementos que concorreram para a formação dos preços e serviços contratados.

Todavia, assim não procedeu a Secretaria Municipal dos Transportes, limitando-se a argumentar que, dadas as peculiaridades dos ajustes, não seria exigível a composição detalhada com preços unitários e descrição dos quantitativos dos serviços prestados.

Não obstante as defesas apresentadas, entendo que careceram os procedimentos de justificativa detalhada por parte da Administração Pública acerca da composição e razoabilidade do preço contratado, posto que viável a demonstração das composições e a pesquisa de preços de insumos e coeficientes integrantes dos serviços, entendimento este presente na própria literalidade da Lei 8.666/93, artigos 24, inciso VIII, e 26, parágrafo único, inciso III.

Desta forma, deixando a Origem de demonstrar a composição, e, consequentemente, a razoabilidade dos preços praticados, sendo desta o ônus de comprovar a regularidade da despesa pública, nos termos do art. 113 da Lei 8.666/93, é forçoso reconhecer que os instrumentos celebrados não reúnem condições de acolhimento.

Em face do exposto, julgo irregulares os instrumentos em exame, por inobservância do disposto no art. 24, “in fine”, c/c o art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/93, deixando, inclusive, de aceitar os efeitos financeiros decorrentes, diante da ausência do quadro dos respectivos preços e, por consequência, a impossibilidade de comprovação de sua regularidade.

Declaração de voto englobado proferido pelo Conselheiro Roberto Braguim

O tema em torno da exegese e aplicação do art. 26, parágrafo único:

> *Art. 26 –*
>
> *(...)*
>
> *Parágrafo único – O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:*
>
> *I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;*
>
> *II – razão da escolha do fornecedor ou executante;*
>
> *III – justificativa do preço e*
>
> *IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados),*

da Lei Federal nº 8.666/93, e do art. 195, § 3º:

> *(Art. 195 – A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º – A pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.),*

da Constituição Federal, não é novo, uma vez que já foi alvo de vários estudos e enfrentamento neste Egrégio Sodalício.

Com efeito, o art. 26, parágrafo único, da Lei Federal de Licitações dispõe sobre a instrução dos processos de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previstos em seu “caput”, dizendo que eles deverão conter, no que couber, os seguintes elementos:

'I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

I – razão da escolha do fornecedor ou executante;

III – justificativa do preço;

IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisas aos quais os bens serão alocados.'

Na aplicação dessa norma, a Auditoria entendeu que a Origem não atendeu ao requisito do inciso III, porque as planilhas anexadas ao processo não evidenciaram os quantitativos e preços unitários que compuseram o valor total contratado.

Esse aspecto, todavia, não foi perfeitamente justificado pela SPtrans, ao destacar a especificidade do objeto contratual que, segundo alegou a empresa, só poderia ser prestado por entidade da Administração Indireta do Município, criada com a finalidade única e exclusiva de '*gerir, administrar e fiscalizar o Sistema de Transporte local'.*

Na realidade, os contratos em foco contemplam uma parcela significativa de serviços terceirizados, o que derruba qualquer tentativa de demonstração de exclusividade da SPtrans para a sua prestação.

De sua vez, o art. 195, § 3º, da Constituição Federal, veda a pessoa jurídica, em débito com o Sistema de Seguridade Social, contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A norma é direcionada a todas as Entidades Políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) que, assim, não podem ignorá-la, sob pena de invalidade e absoluta ineficácia do negócio jurídico pactuado com pessoa jurídica em situação irregular perante a Previdência Social.

A regra, todavia, não é autoaplicável, mas de eficácia contida, dependendo, assim, de lei que regulamente as situações por ela abrangidas (José Afonso da Silva, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, RT 1968, pág. 108, nº 14) (*Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados*.).

O preceito constitucional é implementado pela Lei Federal 8.212/91 que, dispondo sobre a organização e o plano de custeio da seguridade social, exige, no seu artigo 47 (Art. 47 – é exigida Certidão Negativa de Débitos – CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos:

I – da empresa: a) na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefício ou incentivo fiscal ou creditício concedido por ele.) na redação da Lei nº 9.032/95, a Certidão Negativa de Débito – CND, fornecida pelo órgão competente na '*contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditício por ele concedido'* (inciso I, letra 'a').

Na conceituação do artigo 15 do mesmo Diploma Federal, 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, não escapam à incidência da regra constitucional os órgãos e entidades enunciados, genericamente, na legislação infraconstitucional, como é o caso especial da SPTrans, incumbida de fiscalizar e gerenciar o transporte coletivo da Capital, atividade de coloração econômica.

É de se observar, ainda, 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 8.883/94, como condição de habilitação nos feitos licitatórios, sendo que a Lei Federal nº 9.012/95, 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.*

De resto, como observado, a Origem não comprovou o atendimento daquela exigência legal, através da apresentação da CND ou da certidão positiva, com efeito de negativa, de sorte que o caso em foco tem aspectos ou características diferentes daqueles apreciados nos TCs 6.022.97-43 e 4.476.99-41.

Por esses fundamentos, não acolho os ajustes em julgamento, por infringência ao artigo 26, parágrafo único, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93, ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02, ao artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, e ao artigo 47, inciso I, letra 'a', da Lei Federal nº 8.212/91, aceitando, porém, seus efeitos financeiros, em razão de inexistência de dolo, má-fé ou de prejuízo ao Erário.

Sem embargo, no entanto, sugiro ao Conselheiro Edson Simões, Relator da Secretaria Municipal de Transportes e da São Paulo Transporte S/A – SPTrans para este exercício, que determine a realização de imediata auditoria na referida paraestatal para sabermos, de fato, qual a real situação tributária da empresa.

Sugiro, outrossim, a análise das execuções contratuais (TCs 4.430.03-07, 4.468.03-71 e 4.488.03-89).