EM TRAMITAÇÃO

TC 72-004.735.05-18

ANÁLISE. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SMT. Serviços de detecção de velocidade, registro e processamento automático de imagens de infração de trânsito. REGULARES. Votação por maioria. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

Legislação citada: Arts. 24, VIII; 26, parágrafo único, III; 61, parágrafo único, Lei 8.666/93. Arts. 37, XXI; 170, IV; 173, §1º, III e 195, § 3º, CF. Art. 2º, Lei 9.012/95. Art. 38, II, Dec. Mun. 41.772/02. Art. 2º, III, Lei Mun. 8.394/76. Lei 10.399/97. Dec. Mun. 37.293/97. Lei 7.711/88.

TCs citados: 72.000.856.04-09, 72.000.118.01-56, 72.000.300.02-60, 72.002.135.97-98, 72.001.444.04-88, 72.001.496.00-58 e 72.002.428.01-14.

2.747ª Sessão Ordinária

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, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, nos termos de sua declaração de voto apresentada, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, consoante voto proferido em separado, em julgar regulares o Contrato 001/05-SMT.GAB e os Termos Aditivos 1º, 2º e 3º, todos de 2005.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, considerando que o contrato em análise versa sobre relação contratual entre a Prefeitura do Município de São Paulo e a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, e sendo certo que, para a realização destes serviços, a CET necessariamente precisa contratar empresas privadas para o fornecimento dos equipamentos, em recomendar à Subsecretaria de Fiscalização de Controle desta Corte que proceda à análise pormenorizada dos contratos derivados do contrato principal SMT/CET para aquisição desses equipamentos, a fim de avaliar-se a regularidade na contratação e execução dos mesmos.

Vencido o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator que, de acordo com o seu relatório e voto, julgou irregulares o contrato e os respectivos termos aditivos.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em aceitar os efeitos financeiros do ajuste, tendo o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator o feito em caráter excepcional.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar, uma vez cumpridas as formalidades legais, o arquivamento destes autos.

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

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de junho de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Conselheiro Revisor prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

RELATÓRIO

Cuidam os autos da análise do Contrato nº 01/2005 e de seus Termos de Aditamento números 01, 02 e 03 de 2005 firmados entre a Secretaria Municipal de Transportes e a Companhia de Engenharia de Trafego – CET, objetivando a prestação de serviços de detecção de velocidade, registro e processamento automático de imagem de infrações de trânsito, mediante a utilização de equipamento apropriado, cometidas por condutores de veículos em velocidade superior à permitida para o local fiscalizado, no período de 01.01.05 a 30.06.05, no valor de R$ R$ 26.763.532,80.

No relatório técnico oferecido, a Coordenadoria V detectou as seguintes irregularidades:

1) ausência de comprovação de compatibilidade dos preços contratados com os de mercado (artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal 8.666/93;

2) falta de documentação relativa à regularidade junto ao INSS e FGTS (artigo 195, parágrafo 3º, da Constituição Federal e artigo 2º da Lei

Federal 9.012/95, c/c artigo 38, inciso II, do Decreto Municipal 41.772/2002); e

3) publicação extemporânea do Contrato (artigo 26 da Lei Municipal 13.278/2002) (folhas 144/146).

Instada a tomar conhecimento do resultado da auditoria e a se manifestar a respeito, a Origem, por meio do expediente incluso às folhas 125/139, afirmou: o descabimento da pesquisa de preços no caso, dada a atribuição exclusiva da CET para o objeto do Contrato, que se insere entre as funções que lhe foram atribuídas pela Lei Municipal 8.394/76; a desnecessidade de Certidões do CND e do FGTS, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União a respeito de atividade monopolizadora; e a possibilidade de ser relevada a falha consistente no atraso da publicação do ajuste (folhas 125/139).

Regularmente intimado (folha 148), o Ordenador das Despesas e signatário dos ajustes ofereceu, em abono de seus direitos e interesses, as razões de defesa constantes de folhas 149/156, pelas quais reiterou basicamente os mesmos argumentos utilizados pela Origem às folhas 125/139. Acrescentou que tão somente a CET saberia executar os serviços contratados, uma vez que detém o *know-how* a respeito do funcionamento e dos problemas do trânsito nas diversas vias do Município.

Analisando a defesa em apreço, a Coordenadoria V, em manifestação acostada às folhas 160/161 verso, ratificou as conclusões anteriormente alcançadas às folhas 112/120 e reafirmadas às folhas 144/146 quanto à irregularidade do Contrato número 01/05 e dos respectivos Termos de Aditamento 01, 02 e 03 de 2005 em face das infringências lá consignadas.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em judicioso e extenso parecer inserto às folhas 165/186, concluiu que *"o Contrato 01/2005-SMT.GAB e seus Termos Aditivos 01, 02, e 03 não merecem ser acolhidos porque: a) não está configurada hipótese de contratação por dispensa de licitação, uma vez que a Lei Municipal 8.394/76, alterada pela Lei 10.399/97, estabeleceu no artigo 2º, inciso III, 2ª parte, autêntica exploração de atividade econômica e, o objeto do contrato em análise, encontra subsunção no texto desse inciso III; b) a comprovação da compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado (artigo 24, inciso VIII, 'in fine' da Lei Federal nº 8.666/93; e c) a prova de regularidade fiscal da contratada junto ao INSS e FGTS (artigo 195, parágrafo 3º da Constituição Federal e artigo 2º da Lei Federal nº 9012/95".*

O parecer da Área Jurídica deu-se nos seguintes dizeres:

"Retomando o caso específico da CET, temos que os objetivos sociais a ela confiados conjugam as duas possibilidades aludidas, quais sejam, prestação de serviço público e exploração de atividade econômica. Os incisos I e II, do artigo 2º de sua lei instituidora, cuidam, em nosso ver, de hipóteses de prestação de serviço público (administrativos e comerciais, respectivamente), enquanto que o inciso III se digna à exploração de atividade econômica.

Concessa vênia, entendemos que o objeto do contrato em análise, por sua natureza, encontra subsunção no texto deste inciso III, tratando-se de autêntica exploração de atividade econômica.

Sendo assim, há de respeitar o preceituado nos artigos 170, inciso IV, e 173, §1º, inciso III, da Lei Maior, cujo comando obsta a concessão de benesses que desequilibrem a competição inerente ao livre mercado.

Essa conclusão é perfilhada, dentre outros tantos, pelo mestre MARÇAL JUSTEN FILHO, senão vejamos:

'As entidades que desempenham atividade econômica estão subordinadas, por força do art. 173 da CF/88, a regime jurídico idêntico ao reservado para a iniciativa privada. Atuam no mercado e não podem merecer qualquer privilégio ou benefício.

(...)

Tem de reputar-se que a regra do inc. VIII apenas pode referir-se a contratações entre a Administração direta e entidades a ela vinculadas, prestadoras de serviço público (o que abrange tanto as prestadoras de serviço público propriamente ditas como as que dão suporte à Administração Pública).

A regra não dá guarida a contratações da Administração Pública com entidades administrativas que desempenhem atividade econômica em sentido estrito. Se o inc. VIII pretendesse autorizar contratação no âmbito de atividades econômicas, estaria caracterizada inconstitucionalidade. É que as entidades exercentes de atividade econômica estão subordinadas ao disposto no art. 173, §1º, da CF/88. Daí decorre a submissão ao mesmo regime reservado para os particulares. Não é permitido qualquer privilégio nas contratações dessas entidades. Logo, não poderiam ter a garantia de contratar direta e preferencialmente com as pessoas de direito público. Isso seria assegurar-lhes regime incompatível com o princípio da isonomia' (destaques nossos).

Cabe ainda mencionar as elucidativas palavras extraídas da doutrina de JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES:

'Se o exercício da atividade mercantil pauta-se pelo princípio da livre concorrência, tendo o Estado se igualado à iniciativa privada para a execução de um serviço ou o fornecimento de bens, não poderá pretender afastar a disputa no momento em que tiver que promover a contratação de seu interesse, sob pena de violar um dos princípios fundamentais da República.

Afinal, lembrando Ferrar, se o Estado abandona o seu pedestal para entrar em coordenação com os súditos, deve pautar-se pelas normas a ele aplicáveis. O dispositivo só resguarda o fato da descentralização: a pessoa jurídica criada pelo Estado para prestar serviços inerentes às atividades da Administração Pública por ela própria' (destaque nosso).

Por fim, à guisa de ilustração, segue também pronunciamento do E. Tribunal de Contas da União a respeito da matéria em debate:

'a) Processos nºs 23.106.011.303/95-9 e 23.106.011.585/94-73 – Contratação com dispensa de licitação, da Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil (NOVACAP), com amparo no disposto no inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93 (fls. 09/20).

Observa a equipe que a fundamentação legal utilizada (inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93) é inaplicável à espécie, uma vez que na iniciativa privada existem concorrentes para o objeto contratado (...).

8.1.2. atente para a impropriedade da dispensa de licitação para a contratação da Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil (Processos nºs 23.106.011.303/95-9 e 23.106.011.585/94-75 – PRC), com base no inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, uma vez que na iniciativa privada existem concorrentes para os objetos contratados' (destaques nossos).

Fixadas essas premissas como balizas para a interpretação do caso concreto, cumpre-nos, em tempo, fazer breve referência à alegação da Origem e de seu Ordenador de Despesa no sentido de que a contratação da CET era inevitável em virtude do que dispõe o Decreto Municipal nº 37.293/97 (a 'exclusividade' de contratação da CET para a gestão do trânsito local).

Com efeito, a Carta Magna estabelece que competirá privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nesse diapasão, coube à Lei Federal nº 8.666/93, sem prejuízo de outras, fixar as normas gerais citadas pelo texto constitucional, dispondo inclusive sobre as regras para a contratação direta mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação.

O decreto municipal, por sua vez, enquanto instrumento de fim notadamente regulamentar, não pode ultrapassar os limites estabelecidos em lei. Na medida em que contraria a melhor interpretação da lei federal e do texto constitucional, consoante acima explicitado, o Decreto nº 37.293/97 não tem o condão de justificar satisfatoriamente o procedimento adotado pela Origem.

Se assim não fosse, o que se admite apenas para fins dialéticos, o instituto adequado ao presente seria o da contratação direta por inexigibilidade de licitação, nos termos do caput, do artigo 25, da Lei Federal nº 8.666/93.

Nada obstante, ainda que não se preste a conferir regularidade ao caso em tela, a presunção de legalidade e constitucionalidade da norma regulamentar vigente permitiria que a falta dos agentes responsáveis fosse

relevada para efeito das penalidades cuja cominação compete a esta E. Corte de Contas.

Da mesma forma não serve como fundamento para a dispensa de licitação o fato de que apenas a CET detém o know-how acerca do funcionamento e dos problemas do trânsito nas diversas vias do município.

A nosso ver, tal assertiva pode revelar falha na condução dos deveres atribuídos ao órgão municipal, haja vista não ser observada uma das funções que lhe competem enquanto Secretaria de Governo.

Portanto, a partir de uma interpretação sistemática, concluímos que o caso em análise, s.m.j., não configura hipótese legítima de contratação mediante dispensa de licitação com fulcro no artigo 24, inciso VIII, da Le Federal nº 8.666/93.

Sem embargo do que já fora expendido na presente manifestação, passemos, no âmbito de nossa competência, ao enfrentamento das questões suscitadas pela Auditoria em seus relatórios.

a) ausência de comprovação da compatibilidade dos preços contratados com os de mercado.

Constatou a Equipe Técnica desta Casa que não se atendeu ao disposto no artigo 24, inciso VIII, in fine, da Lei Federal nº 8.666/93. Nesse particular, a Origem suscitou a impossibilidade de se promover uma comparação dos preços por inexistir um mercado referente ao objeto licitado – segundo a SMT, somente a CET poderia executar esses serviços porquanto a ela foram atribuídos por lei.

Como destacado anteriormente, não estamos a tratar de hipótese de inviabilidade de competição ou de contratação obrigatória da CET, a uma porque não se pode criar tal condição por meio de decreto regulamentar incompatível com a ordem jurídica; a duas porque se assim fosse, o fundamento legal para a contratação direta deveria ser aquele do caput, do artigo 25, da lei matriz de licitações, que cuida de inexigibilidade de licitação.

Não há motivo algum para se olvidar do comando legal que impõe a necessária comprovação da compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado.

Extraímos da preeminente obra do mestre MARÇAL JUSTEN FILHO, de maneira objetiva e deveras didática, lição que bem retrata o tema posto em discussão, senão vejamos:

'A Reforma Administrativa (EC nº 19/98) trouxe outro dado para reforçar uma questão que tendia a passar desapercebida. Trata-se da

economicidade da contratação. Na parte final do inc. VIII, condiciona-se a contratação à prática de preço 'compatível com praticado no mercado'.

Ora, a regra geral é a impossibilidade de a Administração desperdiçar recursos. É-lhe vedado pagar mais do que o necessário para obter certa utilidade. Assim se impõe por força do princípio da indisponibilidade do interesse público, diretamente derivado do princípio da República. A Administração e seus agentes não são 'donos' dos recursos públicos.

O princípio produz obstáculo inclusive ao desembolso em favor da manutenção de organismos e entidades administrativas ineficientes. Não se legitima o desperdício através de argumento de que o beneficiário é entidade administrativa 'criada para aquele fim específico'. A regra é a Administração desembolsar o mínimo possível para obter certa utilidade. Se a iniciativa privada dispõe de ofertas mais vantajosas para executar certo objeto, a Administração não pode realizar despesas mais elevadas, sob a única justificativa de que está recorrendo aos préstimos de entidade administrativa.

Ou seja, criada uma entidade administrativa para desempenho de atividade específica de suporte à Administração, isso não importa sua existência eterna. Somente há cabimento de manter a existência de entidade enquanto representar vantagem para a Administração Pública. Se os custos da entidade elevarem-se desmedidamente e sua manutenção tornar-se dispendiosa, haverá o dever de encerrar os vínculos com ela e deverá promover-se sua extinção' (destaques nossos).

Como vemos, os postulados da eficiência e da economicidade obstam a contratação sem que prévia pesquisa demonstre a vantagem do ajuste para a Administração. É de se notar, pois, que na ausência dessa pesquisa não se faz possível inferir a compatibilidade dos preços contratados com aqueles praticados no mercado.

Desta sorte, temos que o contrato sub examine se encontra viciado por manifesta infringência ao artigo 24, inciso VIII, in fine, da Lei Federal nº 8.666/93.

b) falta de documentação relativa à regularidade junto ao INSS e FGTS

Nas conclusões da Auditoria, içou-se como mácula ao ajuste a ausência de documentos comprobatórios da regularidade junto ao INSS e FGTS, por ofensa ao artigo 195, §3º, da Constituição Federal e artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95 c/c artigo 38, inciso II, do Decreto Municipal nº 41.772/02.

A Origem, por sua vez, na tentativa de defender a contratação, trouxe à baila justificativas que, a nosso ver, não devem prosperar.

A redação do artigo 195, §3º, da Constituição Federal – cujo comando torna defesa a contratação de pessoa jurídica que esteja em débito com o sistema da seguridade social – não traz em momento algum a distinção que pretende ver reconhecida a Origem. Ou seja, no conceito de pessoa jurídica erigido no texto constitucional não se exclui a CET por ser ela ente da Administração Indireta.

Tal ilação decorre até mesmo da citação de fls. 132, oportunidade em que se imputou ao professor IVES GANDRA DA SILVA MARTINS a afirmação de que a norma é dirigida às pessoas jurídicas de direito privado.

De fato, em sendo a regra especificamente destinada apenas às pessoas jurídicas de direito privado, atingida está a CET enquanto sociedade de economia mista – pois esta nada mais é que uma pessoa jurídica de Direito Privado com a finalidade de prestar serviço público que possa ser explorado no modo empresarial, ou de exercer atividade econômica de relevante interesse coletivo.

Nesse mesmo diapasão segue a decisão do E. Tribunal de Contas da União colacionada às fls. 133/134. Nela o referido órgão de controle admitiu de maneira extraordinária a dispensa dos documentos comprobatórios de regularidade perante a Seguridade Social e o Fisco <u>tão somente</u> quando se tratar de serviços essenciais (a exemplo dos postais, fornecimento de água e energia elétrica, telefonia, etc.) prestados por empresas paraestatais em regime de monopólio.

O tratamento excepcional decorre, logicamente, da situação singular que identifica o monopólio, não restando alternativa à Administração Pública senão contratar com a entidade devedora.

No caso dos autos, todavia, a aplicação diferenciada da lei não se justifica porquanto dele não se infere a particularidade que permeia uma hipótese excepcional. Consoante destacado anteriormente, o objeto contratado não se trata de serviço público, como alegado pela Origem.

Assim sendo, há de ser aplicada a regra geral bem delineada no supra mencionado julgamento do E. Tribunal de Contas da União. Vejamos:

'Depreende-se, então, do exposto, que pelo simples fato de as empresas públicas e as sociedades de economia mista serem entidades paraestatais (integrantes da Administração Indireta), não estão dispensadas da obrigatoriedade de comprovarem sua regularidade perante a Seguridade Social e o Fisco, sempre que pretendam contratar com outros órgãos e/ou entidades da Administração Pública' (destaques nossos).

É preciso salientar que a exigência da regularidade fiscal não tem como único objetivo aferir a idoneidade econômico-financeira de quem está interessado em contratar com a Administração. Se assim fosse, até se poderia

cogitar de sua dispensa em relação às entidades da Administração Indireta porquanto dispõem de certo suporte estatal. Entretanto, isso não é o que se depreende de uma análise sistemática.

Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO:

'A exigência da regularidade fiscal representa forma indireta de reprovar a infração às leis fiscais. Rigorosamente, poderia tratar-se de meio indireto de cobrança de dívidas, o que poria em questão a constitucionalidade das exigências. (...) A exigência da Lei, no caso de licitação, não é inconstitucional. A própria Constituição alude a uma modalidade de regularidade fiscal para fins de contratação com a Administração Pública (art. 195, §3º). E o próprio STF reconheceu a inconstitucionalidade apenas quando houvesse impedimento absoluto ao exercício da atividade empresarial. A simples limitação, tal como a proibição de contratar com instituições financeiras governamentais, foi reconhecida válida' (destaques nossos).

Ademais, se o requisito da regularidade fiscal é exigido dos particulares, da mesma forma deve ser observado para aqueles que – na esteira do que estabelece o artigo 173, §1º, inciso II, da Carta Magna – estão sujeitos ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Valendo-nos do quanto já exposto acerca deste tema, entendemos que um tratamento diferenciado dessa ordem iria representar ofensa ao primado da livre iniciativa.

Se se tratasse, o objeto contratado, de serviço público, toda a interpretação dada ao caso concreto poderia estar de forma diametralmente oposta, uma vez que à prestadora de tal serviço são conferidas regras peculiares e extravagantes, justificadas pelo interesse do bem comum. Essas deferências, contudo, não se estendem às entidades da Administração Indireta quando exploradoras de atividade econômica.

Nem se alegue, pelo óbice criado à contratação de entidade devedora, desrespeito à autonomia dos entes federados. Essa autonomia encontra consagração na Constituição Federal, que, por seu turno, também estabelece limites aos contratos administrativos – incluindo a vedação contida no artigo 195, §3º.

O princípio da máxima eficiência dos comandos constitucionais determina, pois, que se compatibilizem os dispositivos aparentemente conflitantes.

Permanece, assim, inabalada a autonomia dos entes federados, a quem é conferida a prerrogativa de instituir empresas para auxiliar na função estatal, sem prejuízo da necessidade de se observar os limites voltados à regulação do vínculo entre o Estado e o ente por ele criado.

Por fim, cumpre ainda ressaltar que a afirmação de que os débitos estão sendo discutidos judicial e administrativamente não serve como bastante para atestar a regularidade fiscal erigida em lei.

Mesmo que, em consonância com o que dispõe o artigo 37, inciso XXI, da Constituição de 1988, não se exija prova de quitação dos tributos, é necessária a apresentação de documentos que certifiquem a regularidade – com destaque, nesse momento, para as certidões positivas de efeito negativo.

De outra sorte, como bem assevera JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, especificamente quanto à Seguridade Social, a interpretação deverá ser mais restritiva, pois a Carta Maior veda expressamente a contratação, pelo Poder Público, de pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social. E assim prossegue o autor referido:

'(...) aqui, a noção de regularidade passa, por força do comando constitucional, pela mora, inescusavelmente. Vero é que a Constituição ressalva que a situação de débito será aquela conforme 'estabelecido em lei'.

A ressalva, cuidando-se de licitação, é a da coexistência do débito com a participação no certame. (...) A só existência deste [do débito] inabilita o licitante para prosseguir na disputa.

(...)

O Tribunal de Contas da União decidiu, exemplarmente, que: 'a) por força do disposto no §3º do art. 195 da Constituição Federal (...), a documentação relativa à regularidade com a Seguridade Social (...) é de exigência obrigatória nas licitações públicas (...); b) a obrigatoriedade de apresentação da documentação referida na alínea 'a' acima é aplicável igualmente aos casos de contratação de obra, serviço ou fornecimento com dispensa ou inexigibilidade de licitação, ex vi do disposto no §3º do art. 195 da CF, citado (...)'; (Processo TCU nº 020.032/93-5, Plenário, REl. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, DOU de 06.12.94, págs. 18.612 e segs.)' (destaques nossos).

Destarte, sob qualquer enfoque que se dê à matéria, temos que a contratação em tela não prescindia da comprovação de regularidade fiscal da CET junto ao INSS e FGTS, fazendo com que o ajuste esteja à revelia da lei.

c) publicação tardia do contrato

Nos termos do artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02, o termo de contrato e seus aditamentos deverão ser publicados, na íntegra ou em extrato, no Diário Oficial do Município, dentro de 20 (vinte) dias contados da sua assinatura.

Com efeito, denota-se dos documentos colacionados aos autos que o instrumento contratual foi firmado em 04/01/2005 (fls. 37) e que a publicação de seu extrato na imprensa oficial se deu em 1º/02/2005 (fls. 48). Decorridos, portanto, 27 (vinte e sete) dias da assinatura.

Muito embora seja inequívoca a constatação desta impropriedade, cremos que a falha possa ser relevada haja vista que a publicação do extrato ocorreu poucos dias após o vencimento do prazo assinalado na lei municipal.

Ademais, mister salientar que a publicação tardia não é causa de invalidade do contrato, sendo certo que na sua ausência ou em havendo qualquer defeito com ela, a situação se regulariza com nova publicação.

Das lições de MARÇAL JUSTEN FILHO, podemos extrair a correta dimensão dos reflexos advindos da publicação extemporânea do ajuste, senão vejamos:

'A publicação na imprensa é condição suspensiva da eficácia do contrato. (...) O descumprimento (...) [ao] prazo não vicia a contratação, nem desfaz o vínculo. Acarreta a responsabilidade dos agentes administrativos que descumpriram tal dever e adia o início do cômputo dos prazos contratuais'.

Quanto mais, permitimo-nos acrescentar também que o comportamento da Origem, não fosse o prazo mais exíguo fixado em âmbito municipal, estaria albergado pela Lei Federal nº 8.666/93 – nos termos de seu artigo 61, parágrafo único –, o que nos conduz ao entendimento de que a falta em debate possa ser relevada.

Ante ao exposto, concluímos que o Contrato nº 01/2005-SMT.GAB e seus Termos Aditivos nº 01, 02 e 03 não merecem ser acolhidos seja porque (a) não está configurada hipótese de contratação por dispensa de licitação (artigos 170, inciso IV e 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal), ou ainda porque ausentes (b) a comprovação da compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado (artigo 24, inciso VIII, in fine, da Lei Federal nº 8.666/93) e (c) a prova de regularidade fiscal da contratada junto ao INSS e FGTS (artigo 195, §3º, da Constituição Federal e artigo 2º, da Lei Federal nº 9.012/95)" (folhas 165/185).

A Procuradoria da Fazenda, amparando-se nas razões oferecidas pela Origem, sustentou também que a CET era a única a prestar serviços de Gerenciamento do trânsito da Capital, serviços esses que eram essenciais, o que afastava a exigência da pesquisa de preços e da apresentação de CND, citando precedente desta Corte (TC número 8.598/99-70).

Ao finalizar, opinou pela regularidade formal dos ajustes sob exame (folhas 188/203).

A Secretaria Geral considerou, dentre as irregularidades apontadas pelos Órgãos Técnicos, apenas procedente aquela relacionada à falta de comprovação da compatibilidade dos preços praticados com os de mercado, consoante exigido no artigo 24, inciso VIII, "in fine", da Lei Federal 8.666/93, na medida em que entendeu regulares aquelas pertinentes à contratação com dispensa de licitação, aos seus encargos sociais e quanto à publicação do ajuste no Diário

Oficial, relevável pelo simples fato do atraso, que não configurou qualquer falha no caso.

O parecer da Secretaria Geral deu-se nos seguintes termos:

"Das irregularidades apontadas pelos órgãos técnicos, considero procedente apenas a relativa à falta de comprovação da compatibilidade dos preços praticados com os de mercado.

A tese sustentada pela AJCE, de que a contratada CET seria, no caso do objeto contratual examinado, entidade exercente de atividade econômica e como tal não enquadrável na hipótese de dispensa da licitação prevista no art. 24, VIII, da Lei Federal nº 8.666/93, comporta discussão. Além disso, decorre da imprecisão da alteração promovida na lei de criação da CET — Lei Municipal nº 8.394/76 — pela Lei Municipal nº 10.399/87, tendo esta última modificado a redação do inciso III, do art. 2º. Confira-se o dispositivo em sua redação atual:

'Art. 2º - É objetivo social da Companhia:
I – planejar e implantar, nas vias e logradouros do Município, a operação do sistema viário, com o fim de assegurar maior segurança e fluidez do trânsito e do tráfego;
II – promover a implantação e a exploração econômica de equipamentos urbanos e atividades complementares, na forma e em locais definidos por decreto do Executivo, de modo a melhorar as condições do trânsito e do tráfego;
III – prestar serviços ou executar obras relacionados à operação do sistema viário, mediante contratos com pessoas de direito público ou privado e, ainda, com pessoas físicas'.

Argumentou a AJCE que os incisos I e II configurariam serviços públicos, enquanto o último referia-se à exploração de atividade econômica, enquadrando-se nesse inciso III o objeto do contrato em análise.

Penso que diverso é o entendimento que o preceito pode suscitar. Também já entendi que o dispositivo em questão permitiria à CET oferecer seus serviços a outros entes de direito público ou privado, o que significaria a exploração econômica de sua atividade.

Melhor analisando, é o contrário que se deduz. Significa esse permissivo legal que a CET pode valer-se de serviços de terceiros, para prestar serviços ou executar obras, não só diretamente consistentes na própria implantação da operação do sistema viário do Município, como a ela relacionadas.

Ademais, creio ser induvidoso o asserto de o objeto contratual, no caso em pauta, constituir serviço público. Basta atentar-se para o

fato de que terceiros não poderiam prestar o referido serviço por vontade própria, sem delegação do Poder Público.

Assim, havendo duas interpretações possíveis, pendo para a que melhor preserva a técnica da descentralização administrativa, que motivou a criação da CET e manteve sua existência ao longo de mais de trinta anos.

Entendo, pois, correta a contratação com dispensa de licitação efetivada no caso e apropriado seu enquadramento no art. 24, VIII, da Lei Federal 8.666/93.

No tocante à falta de CND e de certificado de regularidade junto ao FGTS da contratada, na época da assinatura do contrato, há duas ordens de considerações a fazer.

Em primeiro lugar, a contratada obteve posteriormente as certidões referidas, conforme atestou o órgão auditor. E esta unidade tem sustentado que a emissão de certidão posterior cobre todo o período anterior com certeza real e não apenas jurídica, além de convalidar o vício original porventura existente, fazendo-o desaparecer.

Em segundo lugar, o órgão auditor havia informado anteriormente, estar a entidade contratada parcelando os seus débitos perante o INSS e o FGTS, o que consta, do mesmo modo, dos esclarecimentos de fls. 16/18 e 29/34.

Pois bem. Esta Unidade também vem defendendo a tese de se encontrar em situação regular, quanto aos encargos sociais, a contratada que estiver questionando o débito ou seu montante, por via administrativa ou judicial, sem solução definitiva a ela desfavorável, (proc. TC nº 72.002.414.02-90).

O fato de o questionamento do débito acarretar a regularidade fiscal foi, de resto, um dos fundamentos do acórdão desta Corte no TC 72.006.022.97-43, suficiente para sustentar a decisão então alcançada, com força jurídica de pré-julgado, por ter sido proferida em Consulta.

De outro lado, em recente decisão, ainda não publicada, o Colendo Supremo Tribunal Federal assentou a mesma tese, no julgamento das ADIns 173 e 394 reunidas, consoante noticiado em periódico desta Capital:

'Na semana passada, o STF entendeu, por unanimidade, que a exigência das CNDs das empresas (instituída pela Lei nº 7.711, de 1988) constitui uma espécie de sanção ao contribuinte e só não determinou o fim dessa exigência nas licitações públicas por entender que a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) a revogou.

Embora tenha eliminado a exigência de apresentação de comprovantes de que não há débitos tributários para a participação em licitações, a lei de 1993 manteve outra, mais branda, de comprovação de regularidade fiscal. Enquanto a concessão da CND está condicionada à ausência de qualquer débito com o Fisco, a comprovação de regularidade é dada se não houver débitos em aberto, ou seja, sem contestação judicial, parcelamento ou depósito' (jornal 'O Estado de São Paulo' de 6 de outubro de 2008. A3) (doc. anexo).

No caso concreto, conjugam-se os dois elementos para demonstrar a regularidade fiscal da contratada. O primeiro consiste no fato de a contratada ser atualmente detentora da CND e do Certificado de Regularidade junto ao FGTS, ainda que obtidos após a celebração do contrato. O segundo, por já estar, naquela época, parcelando os seus débitos, o que torna regular sua situação, nos termos da Lei Federal de Licitação e da jurisprudência antes aludida.

Em consequência, entendo regular a situação da contratada quanto aos seus encargos sociais.

Cumpre, ainda, a análise da publicação do ajuste com atraso do ajuste no Diário Oficial. Na realidade, não se trata de falha relevável, pelo simples fato de o atraso não configurar qualquer falha no caso.

Trata-se de contratação direta, que dispensa a publicação do extrato do contrato no Diário Oficial, como expressamente previsto em lei (art. 61, parágrafo único, 'in fine', da Lei 8.666/93) e reafirmado pela doutrina.

Assim, averba Marçal Justen Filho:

'O ato que autoriza a contratação direta e estabelece as condições de sua formalização deve ser levado à publicação. Com isso, atende-se ao princípio da publicidade e dá-se conhecimento ao público em geral acerca da conduta da Administração. Não há necessidade de, após firmado o contrato, promover-se nova publicação pela imprensa. Essa segunda publicação nada acrescentaria à primeira em termos de conteúdo de contratação ou de função de fiscalização e controle acerca da atividade administrativa' (Comentários à Lei de Licitações e Contratações Públicas – 11ª edição – Dialética-São Paulo – 2005, p. 297). (No mesmo sentido, opinam Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, in Contratação Direta sem Licitação – 2ª ed. – Brasília Jurídica – Brasília – DF – 1997, p. 372, nota 1, e Joel de Menezes Niebuhr, in 'Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública' – Dialética – São Paulo – 2003 – p. 326).

Por último, como já adiantei, considero incontornável a exigência de demonstração de compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado, não efetivada no caso.

Nas contratações diretas, em geral, basta a justificativa do preço, consoante posto no art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei Federal 8.666/93. Em algumas contratações diretas, entretanto, não se contentou a lei com a justificativa do preço, exigindo a compatibilidade do preço com o de mercado (art. 24, incisos VIII, X, XX e XXIII, da Lei Federal 8.666/93). E esse é o caso da contratação dos autos.

Em efeito. Posto no dilema entre preservar a descentralização administrativa efetivada, ou garantir a vantajosidade da contratação para o Poder Público, o legislador optou por uma fórmula que garantia os dois bens em confronto, sem que um eliminasse o outro. Daí a imprescindibilidade da demonstração da compatibilidade do preço praticado com o mercado, o que, forçoso é reconhecer, pode ser dificultado pelo ineditismo do serviço, mas não impossibilitado.

No caso, a origem e os defendentes argumentaram serem os preços compatíveis com os praticados em contratos anteriores, celebrados pelas mesmas partes — observando-se que nenhum deles deu origem a processo nesta Corte — o que, com o devido temperamento, poderia ser utilizado como justificativa do preço, mas não como prova de compatibilidade com o mercado.

Assim, embora considere não caracterizadas as demais impropriedades apontadas pelos órgãos técnicos, considero irregular a contratação direta em exame, formalizada no Contrato nº 001/05-SMT/GAB, em razão da falta de demonstração de compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado, consoante exigido no art. 24, VIII, "in fine", da Lei Federal nº 8.666/93" (folhas 206/215).

É o Relatório.

VOTO

A Secretaria Geral considerou correta a contratação com dispensa de licitação e apropriado o seu enquadramento no artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal 8.666/93, nos seguintes termos:

"*Argumentou a Assessoria Jurídica de Controle Externo que os incisos I e II do artigo 2º da Lei Municipal nº 8.394/76, alterada pela Lei Municipal nº 10.399/87* (lei de criação da CET) *configurariam serviços públicos, enquanto o inciso III referia-se à exploração de atividade econômica, enquadrando-se nesse inciso III o objeto do contrato em análise.*

Penso que diverso é o entendimento que o preceito pode suscitar. Significa esse permissivo legal que a CET pode valer-se de serviços de terceiros, para prestar serviços ou executar obras, não só diretamente consistentes na própria implantação da operação do sistema viário do Município, como a ela relacionadas.

Ademais, creio ser induvidoso o asserto de o objeto contratual, no caso em pauta, constituir serviço público. Basta atentar-se para o fato de que terceiros não poderiam prestar o referido serviço por vontade própria, sem delegação do Poder Público.

Assim, havendo duas interpretações possíveis, pendo para a que melhor preserva a técnica da descentralização administrativa, que motivou a criação da CET e manteve sua existência ao longo de mais de trinta anos.

Entendo, pois, correta a contratação com dispensa de licitação efetivada no caso e apropriado seu enquadramento no art. 24, VIII, da Lei Federal 8.666/93."

No que concerne à ausência de comprovação de regularidade fiscal junto ao FGTS (Fundo de garantia por tempo de serviço) e de certidão negativa de débito (CND), à época da contratação, a Secretaria Geral asseverou:

"No caso concreto, (...) a contratada é atualmente detentora da CND e do Certificado de Regularidade junto ao FGTS, ainda que obtidos após a celebração do contrato. Além disso, já estava, naquela época, parcelando os seus débitos, o que torna regular sua situação, nos termos da Lei Federal de Licitação e da jurisprudência antes aludida".

A propósito, esse tem sido o entendimento adotado por este Tribunal, em consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs (ações diretas de inconstitucionalidade) nºs 173 e 394, que registrou: "*enquanto a concessão da CND está condicionada à ausência de qualquer débito com o Fisco, a comprovação de regularidade é dada se não houver débitos em aberto, ou seja, sem contestação judicial, parcelamento ou depósito".*

Assim, esses apontamentos ficaram superados, por comprovada a sua regularidade.

Todavia, quanto à ausência de comprovação de compatibilidade dos preços contratados com os de mercado, consoante exigido no artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal 8.666/93, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral foram

unânimes na afirmação dessa irregularidade, uma vez que, na falta dessa pesquisa, não se demonstra a vantajosidade dos preços pactuados.

Nos dizeres da Assessoria Jurídica:

"*a Origem suscitou a impossibilidade de se promover uma comparação dos preços por inexistir um mercado referente ao objeto licitado – segundo a SMT, somente a CET poderia executar esses serviços porquanto a ela foram atribuídos por lei. Como destacado anteriormente, não estamos a tratar de hipótese de inviabilidade de competição ou de contratação obrigatória da CET, a uma porque não se pode criar tal condição por meio de decreto regulamentar incompatível com a ordem jurídica; a duas porque se assim fosse, o fundamento legal para a contratação direta deveria ser aquele do caput, do artigo 25, da lei de licitações, que cuida de inexigibilidade de licitação.*

Não há motivo algum para se olvidar do comando legal que impõe a necessária comprovação da compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado.

(...)

Os postulados da eficiência e da economicidade obstam a contratação sem que prévia pesquisa demonstre a vantagem do ajuste para a Administração. É de se notar, pois, que na ausência dessa pesquisa não se faz possível inferir a compatibilidade dos preços contratados com aqueles praticados no mercado. Desta sorte, temos que o contrato sub examine se encontra viciado por manifesta infringência ao artigo 24, inciso VIII, in fine, da Lei Federal nº 8.666/93".

Na mesma senda, a Secretaria Geral acrescentou:

"C*onsidero incontornável a exigência de demonstração de compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado, não efetivada no caso.*

Nas contratações diretas, em geral, basta a justificativa do preço, consoante posto no art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei Federal 8.666/93. Em algumas contratações diretas, entretanto, não se contentou a lei com a justificativa do preço, exigindo a compatibilidade do preço com o de mercado (art. 24, incisos VIII, X, XX e XXIII, da Lei Federal 8.666/93). E esse é o caso da contratação dos autos.

Posto no dilema entre preservar a descentralização administrativa efetivada, ou garantir a vantajosidade da contratação para o Poder Público, o legislador optou por uma fórmula que garantia os dois bens em confronto, sem que um eliminasse o outro. Daí a imprescindibilidade da demonstração da compatibilidade do preço praticado com o mercado, o que, forçoso é reconhecer, pode ser dificultado pelo ineditismo do serviço, mas não impossibilitado.

No caso, a origem e os defendentes argumentaram serem os preços compatíveis com os praticados em contratos anteriores, celebrados pelas mesmas partes — observando-se que nenhum deles deu origem a processo nesta Corte — o que, com o devido temperamento, poderia ser utilizado como justificativa do preço, mas não como prova de compatibilidade com o mercado. Assim, considero irregular o Contrato nº 001/05-SMT/GAB, em razão da falta de demonstração de compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado, consoante exigido no art. 24, VIII, "in fine", da Lei Federal nº 8.666/93".

Atente, outrossim, que a Cláusula sétima do Contrato ora em julgamento, prevê a subcontratação do objeto. Ora, patente a contradição entre a alegação de impossibilidade de pesquisa de mercado por exclusividade da CET na prestação dos serviços e suposta inexistência de um mercado referente ao objeto e, ao mesmo tempo, inserção de dispositivo que prevê a subcontratação dos serviços para terceiros.

Finalmente, registre-se que este Tribunal de Contas já proferiu reiteradas decisões no sentido de que, apesar de se justificar a contratação direta entre a Secretaria Municipal de Transportes e a Companhia de Engenharia de Tráfego, pois caracterizada a situação do inciso VIII do artigo 24, é indispensável a comprovação de compatibilidade dos preços contratados com os de mercado. Cite-se, a exemplo, os TCs 856/04-09, 118/01-56, 300/02-60, 2.135/97-98, 1.444/04-88, 1.496/00-58 e 2.428/01-14, nos quais também foi considerada irregular a subcontratação dos serviços por incompatibilidade com a contratação direta.

Com efeito, diante do exposto, com amparo nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, julgo irregulares o Contrato nº 01/2005 e os respectivos Termos de Aditamento 01, 02, e 03 de 2005, em razão da falta de demonstração de compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado, consoante exigido no artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.666/93.

Aceito os efeitos financeiros do ajuste, em caráter excepcional**,** ante a não comprovação de prejuízo ao erário nos autos, bem como em atenção à necessidade de preservação das relações jurídicas já consolidadas.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro João Antonio:

Em consonância com a manifestação exarada pela Secretaria Geral, entendo superadas as irregularidades apontadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle quanto à contratação por dispensa de

licitação, quanto à publicação do ajuste e à Certidão Negativa de Débitos. No mesmo sentido, considerando os precedentes deste Tribunal, entendo também relevável a irregularidade quanto à falta de comprovação da compatibilidade dos preços praticados com os preços de mercado, dada a patente especificidade dos serviços realizados pela CET.

Assim sendo, julgo REGULAR o contrato e os termos aditivos dele decorrentes. Todavia, considerando que o contrato em análise versa sobre relação contratual entre a Prefeitura e a CET, e sendo certo que para a realização destes serviços a CET necessariamente precisa contratar empresas privadas para o fornecimento dos equipamentos, entendo recomendável uma análise pormenorizada dos contratos derivados do contrato principal SMT/CET para aquisição desses equipamentos, a fim de avaliar-se a regularidade na contratação e execução dos mesmos.

Voto em separado proferido pelo Conselheiro Domingos Dissei:

Consoante votos por mim proferidos em casos análogos e, considerando tratar-se de contratação realizada por entes da Administração Pública Municipal, acompanho o entendimento da Origem e da Procuradoria da Fazenda Municipal e JULGO REGULARES o Contrato 001/05-SMT.GAB e os Termos Aditivos nºs 01, 02 e 03/2005.