TC 6.094/2004

2º Julgado - 3.042ª Sessão Ordinária
RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregular o contrato e não aceitou os efeitos financeiros. Serviços de gerenciamento e operação do Sistema de Transporte Coletivo. SMT. CONHECIDOS. Votação unânime. PROVIDOS para julgar regular o contrato. Votação por maioria.

1º Julgado - 2.457ª Sessão Ordinária
ANÁLISE. CONTRATO. DISPENSA. SMT. Serviços de gerenciamento e operação do Sistema de Transporte Coletivo. Arts. 24, VIII, e 26, parágrafo único, III, Lei 8.666/93. Arts. 2º, VI e 12, Dec. 44.279/03. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação por maioria.
Relatório e voto englobado TC 5.802/2004
TCs citados 6.022/1997 e 1.685/1996.

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro JOÃO ANTONIO – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.898ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – 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 interpostos, tendo em vista que atenderam aos requisitos legais e regimentais de admissibilidade.

ACORDAM, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos do Conselheiro JOÃO ANTONIO – Revisor, consoante declaração de voto apresentada, EDSON SIMÕES e DOMINGOS DISSEI, em dar provimento aos apelos para reformar o V. Acórdão guerreado e julgar regular o Contrato 005/04-SMT.GAB.

Vencido, no mérito, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, que votou pelo improvimento dos recursos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, EDSON SIMÕES e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de junho de 2019.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro 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

Nesta vertente processual, o foco deste TC são os Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e pela Secretaria Municipal de Transportes - SMT ao v. Acórdão de fls. 203/204 que julgou, por maioria de votos, irregular o Contrato nº 005/04-SMT-GAB, por força da ausência de justificativa do preço contratado e inexistência da Certidão de Regularidade do INSS, vencidos os nobres Conselheiros Maurício Faria e Antonio Carlos Caruso.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral opinaram pelo conhecimento e não provimento dos Recursos, tendo em vista a ausência de argumentos novos que justificassem a modificação do julgado guerreado, limitando-se os Recorrentes a reiterar suas defesas na instrução e informação do processo, enquanto a Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo provimento dos Apelos ou aceitação dos seus efeitos financeiros.

É o relatório sucinto.

VOTO

Todos os Recursos merecem conhecimento, posto que atenderam aos requisitos legais e regimentais de admissibilidade, sendo que a Secretaria Municipal de Transportes ofereceu recurso duplo, o primeiro em 30/março/2010, subscrito pelo Secretário Adjunto Mágino Alves Barbosa Filho, e o segundo, datado de 03/maio/2013, encaminhado pelo então Secretário Municipal de Transportes, Jilmar Tatto.

Entretanto, bem examinados, os Apelos não oferecem argumentos que justifiquem a reforma do v. Acórdão combatido, razão pela qual seu IMPROVIMENTO é de rigor, na conformidade dos pareceres emitidos pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretaria Geral, aos quais me reporto como parte integrante deste Pronunciamento.

É o voto (2.898ª S.O.).

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro João Antonio

Em julgamento os Recursos interpostos pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal e pelo Sr. Alexandre de Moraes, em face do Venerando Acórdão de fls. 203/204, que julgou irregular o Contrato 005/04-SMT.GAB, celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes e a São Paulo Transporte S.A., para continuidade da implantação do Programa Subsistema Estrutural de Média Capacidade VLP (1ª etapa da Linha I e 2ª etapa da Linha I).

Em síntese, os Recorrentes requereram a reforma do julgado para o acolhimento do Contrato 005/04-SMT.GAB ou, ao menos, a aceitação dos efeitos financeiros do ajuste, sob a alegação de que as impropriedades não seriam capazes de, por si só, comprometerem o instrumento em análise, além do fato de que não se vislumbrou dano ou prejuízo ao erário.

Segundo o Acórdão prolatado nos autos, os seguintes apontamentos fundamentaram a decisão pela irregularidade da contratação, a saber:

a) falta de justificativa de preço referente aos fornecedores de serviços; e

b) inexistência de certidão de regularidade junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Relativamente à ausência de justificativas de preços, procede a alegação dos Recorrentes, em face da inviabilidade da elaboração de critérios comparativos, já que nenhuma outra empresa detém competência para executar os serviços atribuídos por lei à São Paulo Transporte S.A.

Tal exclusividade na prestação de serviços confere aos contratos firmados pela empresa com a Municipalidade a feição de verdadeiros convênios.

Efetivamente, na hipótese concreta, parecem suficientes que os preços contratados se mostrem compatíveis, por não serem passíveis de mensuração específica, já que a contratada é empresa integrante da própria Administração.

A questão relativa à ausência da certidão relativa ao INSS deve, igualmente, ser analisada em sintonia com o que já foi consignado acerca da contratação da SPTrans pela SMT, pois a contratada foi criada exclusivamente para prestar serviços à Municipalidade, não sendo razoável que a falta da certidão impossibilite a consecução dos interesses públicos envolvidos.

Ademais, a não apresentação da certidão deu-se em razão da existência de discussão judicial iniciada pela São Paulo Transporte S/A em face do INSS, ocasionada por divergências quanto à alíquota de recolhimento do SAT e à obrigatoriedade de retenção de 11% sobre os pagamentos feitos às empresas prestadoras de serviço.

Por todo o exposto, CONHEÇO dos Recursos interpostos, pois presentes os requisitos regimentais de admissibilidade e, quanto ao mérito, DOU PROVIMENTO aos apelos para reformar a decisão guerreada e JULGAR REGULAR o Contrato 005/04-SMT.GAB.

Este é meu Voto, Senhor Presidente.

1º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados englobadamente com o TC 5.802/2004, e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Roberto Braguim, após determinação de Sua Excelência, na 2.451ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate.

Na referida sessão, votaram os Conselheiros Maurício Faria – Relator, Antonio Carlos Caruso – Revisor, Eurípedes Sales e Edson Simões.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales e Edson Simões, votando o Conselheiro Presidente Roberto Braguim para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar irregular o Contrato 005/04-SMT.GAB, tendo em vista as seguintes impropriedades: falta de justificativa de preço referente aos fornecedores de serviços e a inexistência de certidão de regularidade junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; deixando, ainda, de aceitar os efeitos financeiros por ele produzidos.

Vencidos os Conselheiros Maurício Faria – Relator e Antonio Carlos Caruso – Revisor, que, nos termos do relatório e voto do Relator, julgaram regular o referido ajuste.

Participaram do julgamento os Conselheiros Maurício Faria – Relator, Antonio Carlos Caruso – Revisor e Edson Simões.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de novembro de 2009.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente, com voto

EURÍPEDES SALES
Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Os processos em questão cuidam da análise dos contratos nºs 003/04 e 005/04, firmados entre a Secretaria Municipal de Transportes e a SPTRANS com fulcro no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, visando, respectivamente, a continuidade da execução dos serviços necessários à implantação do Programa de Subsistema Estrutural de Média Capacidade – VLP, no trecho compreendido entre o Parque Dom Pedro II e o Sacomã, incluindo os serviços de implantação do Sistema de Guiagem Magnética do Subsistema de Média Capacidade, e a continuidade da implantação da primeira etapa da linha I – Trecho Pq. D. Pedro II/Sacomã e da segunda etapa da Linha I – Ramal Vila Prudente/Extensão São Mateus.

Consistem as irregularidades, apontadas pela Auditoria, na ausência de justificativa para os preços contratados referentes aos fornecedores de serviços, por serem serviços subcontratados e não prestados por pessoal dos quadros da SPTRANS; na inexistência de CND e FGTS válidos à época da vigência do contrato; na publicação extemporânea e no não atendimento ao prazo da requisição para fornecimento de documentos por este Tribunal de Contas.

Aponta, ainda, que os ajustes são continuidade de outros contratos que deveriam ter sido aditados, aduzindo que por possuírem objetos sucessivos não está justificada a formalização de novos ajustes, situação que demonstra falta de planejamento.

Por fim, questionando se não estaria configurado fracionamento do objeto contratual, opina pela irregularidade dos contratos.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, considerando caracterizadas as infringências apontadas, opinou pela irregularidade dos ajustes,

salientando que o dever de comprovação da regularidade previdenciária é extensível aos órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional.

Acrescentou, por fim, que a situação das contratações em análise não caracteriza hipótese de fracionamento de licitação.

Diante da similaridade, anexou aos autos do TC nº 5.802.04-68, parecer exarado nos TCs nºs 4.488.03-89 e 4.430.03-07.

A Chefia daquela especializada acompanhou as conclusões e considerou que as sucessivas contratações formalizadas demonstram a carência de um projeto global do programa a ser implantado, com especificações dos serviços e detalhamento dos quantitativos.

As defesas apresentadas pelos interessados não alteraram as conclusões alcançadas pelos órgãos técnicos, que ratificaram as manifestações anteriores pela irregularidade do ajuste.

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, considerou que as impropriedades relativas à publicação extemporânea do contrato e à inobservância do prazo de encaminhamento de documentos são falhas formais que admitem relevação.

Em relação ao TC nº 5.802/2004, concluiu que o instrumento não reúne condições de acolhimento, uma vez que não houve justificativa de preços e demonstração de comprovação da regularidade fiscal.

Não obstante, propôs o reconhecimento dos efeitos financeiros em respeito ao princípio da segurança das relações jurídicas.

Quanto ao TC nº 6.094/2004, acatou as justificativas da Origem no que diz respeito à pesquisa de preços, considerando que nenhuma outra empresa tem competência para executar os serviços atribuídos pela lei à São Paulo Transporte.

Acrescentou que a questão relativa à CND deve, igualmente, ser analisada sob esse prisma, já que a contratada foi criada exclusivamente para prestar serviços à Municipalidade, não sendo razoável que a falta de certidão impossibilite a consecução dos interesses públicos envolvidos.

Neste aspecto, invocou posicionamento adotado pelo TCU na Decisão Plenária nº 31/1997.

Ponderou, ainda, que a não apresentação de CND deu-se em razão da existência de discussão jurídica acerca da alíquota de recolhimento do SAT e da obrigatoriedade da retenção de 11% sobre os pagamentos feitos às prestadoras de serviços.

É o Relatório.

VOTO ENGLOBADO

Os serviços constantes dos contratos ora em análise refletem, basicamente, as atividades de gerenciamento e operação do Sistema de Transporte Coletivo no Município de São Paulo.

Em conformidade com o disposto no art. 32 da Lei Municipal nº 12.328/97, vigente à época das contratações, a SPTrans detém exclusividade na prestação de tais serviços, razão pela qual os custos inerentes à sua execução têm características de um orçamento de custeio, envolvendo toda a estrutura da empresa, necessária ao desenvolvimento dos trabalhos, que se desenvolvem em apoio à Administração Direta.

Nesse sentido, a validade jurídica dos termos acordados encontra-se presente, ainda que possuam particularidades no que toca à forma de contratação, sem que para tanto tenha que se afirmar que os ajustes 'se assemelham aos denominados contratos de gestão'.

Para isso, vale afirmar que esta figura contratual, prevista formalmente no ordenamento jurídico pátrio após a inclusão do § 8º ao art. 37 da Constituição Federal, através da Emenda nº 19, quando firmada entre o Poder Público e Entidades da Administração Indireta, identificaria objeto mais amplo, com intuito de ampliar a autonomia do ente e não simplesmente viabilizar repasse de verba pública para a execução de objetivos institucionais, instrumento que, além do mais, para ser validamente formalizado, depende ainda da edição de lei específica, o que remete, nesse particular, às lições do Mestre Celso Antonio Bandeira de Melo (Curso de Direito Administrativo. Ed. Malheiros. 17ª edição. Pg. 209 e seguintes).

Frente ao exposto e diante da natureza do objeto contratual, verifica-se que a prestação de serviços ora analisada não se mensura em partes, tarefas ou em horas despendidas.

De fato, a execução dos contratos envolve toda a estrutura da empresa, razão pela qual, no caso específico, as demonstrações de custos apresentadas preenchem os requisitos legais autorizativos das contratações diretas em questão, já que as planilhas demonstram a formação dos preços dos contratos, que advém dos próprios custos da SPTRANS, o que se mostra em conformidade com o § 9º, do art. 7º, da Lei nº 8.666/93.

Com relação à ausência de comprovação da regularidade fiscal, temos 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.

Nestes casos, em caráter excepcional, o princípio da continuidade do serviço público pode ser invocado para convalidar os contratos firmados com empresas estatais em débito com o sistema da seguridade social, vez que se encontra a Administração sem alternativa idônea para manter operante serviço público essencial, sendo que este entendimento já foi expresso por esta Corte em casos análogos, citando, a título exemplificativo, os TCs nºs 6.022/1997 e 1.685/1996.

Como se não bastassem tais argumentos, fato é que nos relatórios da Auditoria, relativo à análise dos processos de contas da SPTRANS consta informação noticiando a existência de parcelamento consolidado da dívida da empresa com o INSS, em processo de renegociação que vem sendo levado a efeito desde 1993, o que também reforça nosso entendimento pela relevação da questão relativa à ausência de comprovação de regularidade com o INSS e a Receita Federal.

Frente ao exposto, JULGO REGULARES os contratos nºs 003/2004 e 005/2004, afastando as demais infringências apontadas pela Auditoria por não se mostrarem suficientes para macular de forma substancial a contratação em exame (2.451ª S.O.).

VOTO DE DESEMPATE englobado proferido pelo Conselheiro Presidente Roberto Braguim

No julgamento englobado dos Contratos nºs 003 e 005, ambos de 2004, objetivando a prestação de serviços de gerenciamento e operação do Sistema de Transporte Coletivo no Município de São Paulo, pactuados entre a Prefeitura Municipal de São Paulo, através da Secretaria Municipal de Transportes – SMT, e a São Paulo Transporte S.A – SPTrans, o primeiro analisado no TC nº 5.802/2004 e o segundo no TC nº 6.094/2004, verificou-se empate na votação, segundo se colhe das notas taquigráficas da 2.451ª Sessão Ordinária.

O nobre Conselheiro Relator Maurício Faria, acompanhado do eminente Conselheiro Antonio Carlos Caruso, defendeu a regularidade dos ajustes analisados pelos fundamentos expostos no voto-relatório, ao passo que os doutos Conselheiros Eurípedes Sales e Edson Simões sustentaram

sua irregularidade, considerando a ausência de justificativa de preço em relação aos fornecedores de serviços; a inexistência da certidão de regularidade do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS; publicação extemporânea do extrato de contrato e inobservância do prazo para o fornecimento de documentos.

A despeito dos excelentes fundamentos esposados no voto da Relatoria, entendo, "concessa venia", que a tese advogada pela corrente oposta encontra sustentabilidade nos elementos de instrução, nos pareceres técnicos, e, sobremaneira, na legislação constitucional e infraconstitucional.

De feito, verifica-se, num primeiro relance, o não cumprimento do artigo 26, parágrafo único, inciso III, da Lei Federal n.º 8.666/93[1], que reclama a justificativa do preço contratado, como requisito do processo de dispensa ou inexigibilidade, disposição essa corroborada na regra de dispensa que autorizou a contratação direta, modelada no artigo 24, inciso VIII, do mesmo Texto Legal[2], e nos artigos 2º, inciso VI[3], e 12 do Decreto Municipal n.º 44.279/03[4].

Essa justificativa, no registro da Auditoria, não foi satisfatoriamente cumprida pela Pasta contratante, nas conclusões de seu relatório final, visto às fls. 166/170.

De outro lado, o fato da SPTrans integrar a Administração Indireta da Prefeitura não a exime de demonstrar a adequação e compatibilidade dos preços convencionados com os vigentes e praticados no mercado, sendo, nesse particular, procedentes as críticas apresentadas pelos órgão técnicos, às quais me reporto como razões de decidir.

Em segundo, os autos dão conta da não comprovação da regularidade fiscal da contratada perante o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, a teor do artigo 195, § 3º, da Carta Política de 1988, segundo o qual 'a pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei,

---

[1] **Art. 26.** As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.
Parágrafo único - O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: (...)
III - justificativa do preço.

[2] **Art. 24.** É dispensável a licitação: (...)
VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

[3] **Art. 2º** O processo de licitação, devidamente autuado, deverá ser instruído, conforme o caso, com os seguintes elementos: (...)
VI - planilha de orçamento ou pesquisa de preço.

[4] **Art. 12.** Nas hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, deverá ser autuado processo especial, visando à formalização da contratação direta, mediante perfeita caracterização da exceção prevista em lei, fundamentadas razões para escolha do contratado e justificativa do preço.

não poderá contratar com o Poder Público, nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios'.

Nos termos da Lei Federal n.º 8.212/91, que regula o sistema da Previdência Social, essa comprovação se opera com a exibição da Certidão Negativa de Débitos – CND (art. 47[5]), que atesta a regularidade das contribuições previdenciárias, ou a suspensão de sua exigibilidade, observando-se, por oportuno, que dita prova constitui requisito de habilitação nos pleitos licitatórios, por força da nova redação dada ao artigo 29, inciso IV, da Lei 8.666/93[6] pela Lei Federal n.º 8.883/94.

As empresas da Administração Indireta do Estado não escapam à incidência da exigência contida no preceito comentado, posto que a nomenclatura 'pessoa jurídica', inserida no texto, não faz qualquer distinção entre sociedades privadas e públicas, de modo que não cabe ao interprete distinguir onde a lei não distingue, segundo critério de hermenêutica jurídica.

Esse entendimento é reforçado pelo artigo 173, § 2º, do Texto Maior, que expressamente prevê que 'as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado'.

Apoiado nesses fundamentos e nos elementos instrutivos e informativos dos autos, acompanho a linha de pensamento trilhada pelos nobres Conselheiros Eurípedes Sales e Edson Simões, que declararam a irregularidade dos contratos antes referidos, objeto dos TCs 5.802/2004 e 6.094/2004, julgados englobadamente.

Apenas à guisa de esclarecimento, entendo, em consonância com os eminentes Conselheiros Maurício Faria e Antonio Carlos Caruso, que as demais irregularidades, relativas à extemporaneidade da publicação do extrato de Contrato e do fornecimento de documentos a esta Egrégia Corte, não são, por si sós, suficientes para macular os ajustes, por seu caráter formal, eis que passíveis de relevação, quando inocorrerem prejuízos ao Erário ou má-fé dos agentes responsáveis.

PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO:

---

[5] **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 benefícios ou incentivo fiscal ou creditício concedido por ele.
(...)

[6] **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.

O Tribunal decidiu, majoritariamente, com voto de desempate desta Presidência, julgar irregulares os Contratos nºs 003/04-SMT-GAB, analisado no TC nº 5.802/2004, e 005/04-SMT-GAB, tratado no TC nº 6.094/2004, firmados entre a Prefeitura de São Paulo, através da Secretaria Municipal de Transportes, e a São Paulo Transporte S.A. – SPTrans para os serviços de gerenciamento e operação do sistema de transporte coletivo no Município de São Paulo.