TC 6.241/2004

2º Julgado – 3.042 Sessão Ordinária
RECURSO. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular o ajuste. Adequação sistema viário. SPTRANS. CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

1º Julgado - 2.841ª Sessão Ordinária
ANÁLISE. CONTRATO. SPTRANS. Adequação geométrica do sistema viário. Implantação de corretor segregado. Serviços de engenharia de tráfego, projetos de engenharia e de sinalização. Adequação de acessibilidade, plantio de espécies vegetais e recuperação do pavimento asfáltico. Ausências de pesquisa de preços, de apresentação de Certidões Negativas de Débitos do INSS e FGTS. Acréscimo indevido nos preços contratados. Ausência de autorização legal para a contratação por dispensa de licitação. Relevada a falta de autuação de processo administrativo. Precedente. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.
TC citado 72-034.916.03-65
Legislação citada: Arts. 24 VIII, 38, caput, 59, parágrafo único e 61, Lei 8.666/93. Art. 195, § 3º, CF/88. Art. 2º, Lei 9.012/95.

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

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 do recurso interposto, por presentes os pressupostos de admissibilidade.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, quanto ao mérito, diante da ausência de novos documentos ou a apresentação de fatos que possam alterar o decidido, em negar provimento ao apelo, mantendo-se o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar, após cumpridas as medidas regimentais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

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

JOÃO ANTONIO
Presidente

DOMINGOS DISSEI
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento o recurso ordinário interposto pela São Paulo Transportes S.A. - SPTrans, em face do v. Acórdão que, a unanimidade, julgou Irregular o Contrato 2004/025 e acolheu os efeitos financeiros produzidos.

O ajuste foi julgado irregular em razão das seguintes infringências:

a) falta de apresentação de pesquisa realizada para definição do valor contratual, inexistindo comprovação da compatibilidade dos preços contratados com os de mercado, em desacordo com o inciso VIII artigo 24 da Lei Federal 8.666/93;

b) falta de apresentação de Certidões "CND e FGTS" vigentes à época da contratação, infringindo o artigo 195, § 3º, da Constituição Federal e artigo 2º da Lei Federal 9.012/95;

c) acréscimo indevido de 15% nos preços de vários itens contratados com a CET, contrariando o princípio da economicidade, considerando que vários itens que compõem a planilha de serviços fizeram parte da Tabela de EDIF;

d) a SPTrans, por ser uma Sociedade de Economia Mista de Direito Privado, não poderia contratar com fundamento no artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal 8.666/93, o qual se aplicaria apenas às Pessoas Físicas de Direito Público Interno.

Os efeitos financeiros foram aceitos, considerando que as irregularidades anotadas não impediram a execução do ajuste e que o acréscimo notado nos preços referiu-se exclusivamente à taxa operacional dos custos da empresa contratada, também integrante da administração pública indireta, o que se aplica ao caso concreto o disposto no artigo 59, § único, da Lei Federal 8.666/93, no sentido de que a nulidade dos atos não exonera a contratante do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que ela for declarada.

A CET, devidamente intimada, deixou transcorrer "in albis" o prazo recursal.

A Recorrente, em sua argumentação, reiterou o apresentado na fase de instrução combatendo o apontado de que não havia comprovação da compatibilidade de preços contratados com os de mercado e a existência de acréscimos indevidos de 15%, sendo que, para isso, reafirmou que os preços propostos pela CET foram os mesmos praticados nos demais serviços prestados ao Município; e que foram analisados pelo GPC/ECM, mediante comparação com os preços praticados em outros contratos vigentes à época e foram considerados compatíveis com o mercado, conforme documentos enviados a esta Corte pela própria CET.

Quanto à falta de Certidões Negativas de Débitos perante o INSS e FGTS, reitera que por se tratar de serviço essencial, a contratação se realizou sem as mesmas, posto que havia jurisprudência pautando sua conduta.

Alegou, ainda, que alguns dos serviços prestados poderiam ter sido realizados por outras empresas, enquanto outros são especialidades apenas da CET.

No que diz respeito à inadequação da base legal de contratação, alegou que seria mais importante analisar se o ajuste foi em benefício do chamado interesse público, considerando que meras irregularidades formais não comprometeriam a finalidade do ato, posto que não ocorreram lesão ao Erário, dolo ou má-fé e prejuízos a terceiros, considerando que meras irregularidades formais não comprometeriam a finalidade do ato.

Diante do alegado derradeiramente, a SPTrans requereu provimento total ao recurso ordinário interposto, para que seja reformado o v. Acórdão recorrido para o fim de considerar regular o ajuste firmado com a CET.

A Auditoria, após analise do recurso, entendeu que os argumentos expostos pela SPTrans em seu apelo não seriam hábeis a infirmar as irregularidades consignadas no v. Acórdão guerreado, mantendo os seus apontamentos.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento do recurso, tendo em vista o atendimento aos requisitos regimentais de admissibilidade.

No mérito, entendeu pelo seu não provimento, mantendo-se o v. Acórdão pelos fatos e fundamentos ali aduzidos, pois as alegações trazidas pela recorrente não possuíam o condão de prevalecer sobre as ilegalidades constatadas, acreditando que nada tenha sido acrescido que possa, cabalmente, propiciar o seu acolhimento ou modificar o julgado.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o conhecimento e provimento do recurso, para o fito de que o Contrato 2004/025 seja julgado regular, com a reforma parcial do V. Acórdão recorrido, restando mantida a parte que aceitou os efeitos financeiros.

A Secretaria Geral opinou pelo conhecimento do Recurso, pois preenchidos os requisitos de admissibilidade. No mérito, por não visualizar nas razões recursais fato ou argumento capazes de alterar o v. Acórdão recorrido, opinou pelo não provimento do mesmo, mantendo-o por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o relatório.

VOTO

1. Conheço do Recurso interposto pela SPTrans, visto que atendidos os requisitos regimentais.

2. No mérito, diante da ausência de novos documentos ou a apresentação de fatos que possam alterar o decidido, e na esteira das manifestações dos órgãos deste Tribunal, que adoto como razão de decidir, voto pelo não provimento do apelo, mantendo-se o v. Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

3. Após as medidas regimentais, arquivem-se os autos.

É o voto.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados 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 pela irregularidade formal do Contrato 2004/025, tendo em vista as seguintes impropriedades:

- falta de apresentação de pesquisa realizada para definição do valor contratual, inexistindo comprovação da compatibilidade dos preços contratados com os de mercado, em desacordo com o inciso VIII artigo 24 da Lei Federal 8.666/93;

- falta de apresentação de Certidões "CND e FGTS" vigentes à época da contratação, infringindo o artigo 195, § 3º, da Constituição Federal e artigo 2º da Lei Federal 9.012/95;

- acréscimo indevido de 15% nos preços de vários itens contratados com a CET, contrariando o princípio da economicidade, considerando que vários itens que compõem a planilha de serviços fizeram parte da Tabela de EDIF;

- a SPTrans, por ser uma Sociedade de Economia Mista de Direito Privado, não poderia contratar com fundamento no artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal 8.666/93, o qual se aplicaria apenas às Pessoas Físicas de Direito Público Interno.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em aceitar seus efeitos financeiros considerando que as irregularidades anotadas neste caso não eximem o fato do contrato ter sido executado e que o acréscimo notado nos preços referiu-se exclusivamente à taxa operacional dos custos da empresa contratada, também integrante da administração pública indireta, o que se aplica ao caso concreto o disposto no artigo 59, § único, da Lei Federal 8.666/93, no sentido de que a nulidade dos atos não exonera a contratante do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que ela for declarada.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 18 de novembro de 2015.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento o Contrato nº 2004/025, celebrado entre a São Paulo Transporte S/A - SPTrans e a Cia. de Engenharia de Tráfego - CET, tendo como objeto a "adequação geométrica do sistema viário para implantação do corredor segregado de transporte coletivo formado pelo eixo Francisco Morato / Eusébio Matoso / Rebouças / Consolação, através de serviços especializados de engenharia de tráfego, projetos de engenharia e de sinalização, fornecimento de materiais, implantação e recuperação de sistemas de fiscalização e controle viário, melhoria das condições de segurança de tráfego e do pedestre e outros serviços complementares", com dispensa de licitação nos termos do artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.666/93 e alterações.

Em análise inicial de fls. 128 a 135, a Auditoria concluiu pela irregularidade da contratação, em face dos seguintes motivos:

1. não autuação do Processo Administrativo, infringindo o art. 38 "caput" da Lei Federal 8.666/93 c/c art. 2º "caput" do Decreto Municipal nº 44.279/03;

2. falta de apresentação de pesquisa realizada para definição do valor contratual, inexistindo comprovação da compatibilidade dos preços contratados com os de mercado, em desacordo com o inciso VIII, artigo 24 da L. F. nº 8.666/93;

3. falta de apresentação de Certidões "CND e FGTS" vigentes à época da contratação, infringindo o artigo 195, § 3º da Constituição Federal e artigo 2º da L.F. 9.012/95;

4. falta de comprovação de publicação do contrato no DOM, nos termos do parágrafo único do artigo 61 da Lei Federal nº 8.666/93;

5. acréscimo indevido de 15% nos preços de vários itens contratados com a CET, contrariando o princípio da economicidade, considerando que vários itens que compõem a planilha de serviços fizeram parte da Tabela de EDIF;

6. falta de compatibilidade da implantação de corredor segregado com recursos do FUNCOR (Fundo de Corredores) com os objetivos sociais da CET; e diante do fato de que

7. a SPTrans, por ser uma Sociedade de Economia Mista de Direito Privado, não poderia contratar com fundamento no artigo 24, inciso VIII da L.F. nº 8.666/93, o qual se aplicaria apenas às Pessoas Físicas de Direito Público Interno.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em parecer de fls. 139/141, ressalta que a condição preliminar para contratar pelo artigo 24, VIII da

Lei 8666/93 é que o ente público ostente personalidade jurídica de direito público, o que não ocorre com a São Paulo Transportes S/A –SPTRANS, que possui personalidade jurídica de direito privado, concluindo, pois, no sentido de que a contratação em tela não encontra fundamento jurídico no ordenamento pátrio, independente do cumprimento dos demais requisitos.

Regularmente intimados os interessados, forma acrescidas aos autos as manifestações oferecidas pela Companhia de Engenharia de Tráfego - CET (fls. 160/166), pelo então Presidente da SPTrans, Sr. Ulrich Hoffmann (fls. 191/247) e pelo seu antecessor, Sr. Gerson Luís Bittencourt (fls. 248/263). Alegaram, em apertada síntese, acerca da existência de processo administrativo dando suporte à contratação; que os preços adotados eram os mesmos praticados pela CET nos demais serviços prestados ao Município de São Paulo e que a contratação da CET dispensava a comparação de preços com os de mercado, bastando para tanto a justificativa dos preços contratados, nos termos do inciso III do parágrafo único do artigo 26 da Lei 8666/93; que a diferença de 15% entre os itens apontados pela Auditoria, baseados nas Atas de RP, e os praticados pela CET, refletiam unicamente a reposição de custos tributários e administrativos da CET, não se configurando como acima dos de mercado; que, quanto à falta de CND e FGTS, havia à época da celebração do contrato pendências fiscais que só foram solucionadas posteriormente, com a emissão de certidão positiva com efeitos de negativa, mas que, não obstante, as empresas estatais prestadoras de serviço público essencial sob o regime de monopólio possuem a condição de ser contratadas mesmo sendo inadimplentes junto ao INSS e FGTS; deixando de rebater os demais aspectos levantados pelos órgãos técnicos.

Em nova manifestação, a Auditoria entendeu por regularizado apenas o apontamento relacionado à comprovação da publicação do extrato do contrato no Diário Oficial, mantendo o parecer pela irregularidade do ajuste pelas demais constatações. No mesmo sentido foi o parecer da Assessoria Jurídica.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, acolhendo e apropriando-se das justificativas apresentadas pela Origem, opinou pela regularidade formal do ajuste.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral opina pela regularidade formal do ajuste, por entender justificados todos os questionamentos levantados.

É o relatório.

VOTO

No curso da instrução, restou superado pela Auditoria o apontamento relacionado à comprovação da publicação do extrato do contrato no Diário Oficial.

De minha parte, também entendo passíveis de superação duas outras questões:

a) primeiro, quanto à indicação de ausência de processo administrativo, aqui acolhendo a documentação que acompanhou as defesas apresentadas que demonstra que houve autuação do expediente na Cia. de Engenharia de Tráfego - CET, abrigando todos os papéis e documentos relativos à contratação em exame, tendo viabilizado a análise dos atos praticados por parte da Auditoria, conforme entendimento por mim já exposto em voto divergente proferido no TC 34.916/03-65;

b) segundo, no que tange à compatibilidade do objeto licitado com os objetivos sociais da Cia. de Engenharia de Tráfego - CET, porque entendo que o objeto do presente contrato se amolda ao objeto social da Cia. de Engenharia de Tráfego - CET, que, conforme artigo 3º, inciso III de seu Estatuto Social, está autorizada a "prestar serviços ou executar obras relacionadas à operação do sistema viário, mediante contratos com pessoas de direito público ou privado e, ainda, com pessoas físicas".

Aliás, nesse particular, vale ressaltar que à época a Cia. de Engenharia de Tráfego - CET dispunha de uma Ata de Registro de Preços com os serviços deste contrato, resultante do Pregão Eletrônico SRP nº 08/14, o que evidencia a pertinência do objeto com suas finalidades sociais.

Não obstante, em meu entender, da mesma sorte não se revestem os demais apontamentos. Vejamos:

Irretocável os pareceres dos órgãos técnicos quanto à impossibilidade da São Paulo Transporte S/A - SPTrans, na qualidade de Sociedade de Economia Mista de Direito Privado, contratar com fundamento no artigo 24, inciso VIII da L.F. nº 8.666/93. Este dispositivo legal aplica-se apenas às Pessoas de Direito Público Interno, para contratação de entidades por elas criadas e a ela vinculadas para suporte à Administração Pública direta.

Na qualidade de entidade indireta da Administração Pública, prestadora de serviço público, a São Paulo Transporte S/A - Sptrans deve obediência ao regime de licitações decorrente do disposto no artigo 37, XXI da Constituição Federal, não podendo furtar-se a ele através de contratação de outros entes integrantes da administração indireta, com dispensa de licitação, por ausência de autorização legal para tanto.

Ainda mais considerando que, à época dos fatos, a empresa contratada não apresentava situação de regularidade fiscal, infringindo o artigo 195, § 3º da Constituição Federal e artigo 2º da L.F. 9.012/95. Nesse particular, há que se ressaltar que as situações excepcionais que este Tribunal releva quanto à contratação de empresas públicas sem comprovação de regularidade fiscal, cuida apenas de situações onde a Administração Direta contrata entidade por ela criada que presta serviço público, em regime de monopólio, na forma do precedente contido

na Decisão nº 431/97 do TCU, segundo a qual as empresas estatais prestadoras de serviço público essencial sob o regime de monopólio possuem o direito de ser contratadas mesmo sendo inadimplentes junto ao INSS e FGTS. Todavia, essa não é a situação dos autos, onde a Cia. de Engenharia de Tráfego - CET foi contratada para realizar objeto que configura, em sua maior parte, obras civis para a adequação do Passa Rápido Consolação/ Rebouças/ Eusébio Matoso/ Francisco Morato, que poderiam ser prestadas por qualquer outra empresa do ramo.

Nesse particular, ainda que a contratação em exame tenha abarcado itens de serviços próprios da finalidade da Cia. de Engenharia de Tráfego - CET, como a análise de viabilidade técnica de projetos e coordenação, planejamento e fiscalização da implantação de sinalização horizontal, vertical e semafórica, implantação de sinalização horizontal, vertical e semafórica, etc., um exame simples da planilha de custos basta para evidenciar que os itens relacionados à obra civil e paisagismo foram equivalentes a 62,88% do valor total do contrato, razão pela qual não se pode falar na hipótese de execução de atividade exclusiva no caso concreto[1].

Por fim, no que tange à economicidade da contratação e à falta de comprovação da compatibilidade dos preços contratados com os de mercado, em desacordo com o inciso VIII, artigo 24 da L. F. nº 8.666/93, faço as seguintes considerações: Ainda que à primeira vista se pudesse defender a inclusão de percentual sobre os preços unitários que fazem parte da Tabela de Edif, relacionado à taxa de reposição de custos tributários e de administração no preço dos serviços prestados pela Cia. de Engenharia de Tráfego-CET - enquanto acréscimo próprio do custo de operacionalização das empresas estatais - esse raciocínio perde consistência diante do objeto contratado, que não refletiu atividade exclusiva da empresa.

No caso, a opção de contratação adotada pela Sptrans de fato não se mostrou razoável do ponto de vista econômico, ainda que se demonstre a metodologia de cálculo dos preços praticados pela Cia. de Engenharia de Tráfego - CET nos contratos celebrados com a Administração Direta. Nesse sentido, constatou-se que os itens relacionados às obras civis constituíram parcela de maior relevância do contrato, e, considerando que boa parte de sua execução foi subcontratada, não há como afastar a conclusão de que teria sido mais econômico se o objeto em exame tivesse sido contratado diretamente, como ocorreu para as obras dos demais corredores, sem justificativa aparente sobre a singularidade do objeto que indicasse a contratação via Cia. de Engenharia de Tráfego – CET no caso concreto.

---

[1] **- Obras Civis: R$ 1.880.882,22 + R$ 1.000.000,00 + R$ 2.149.959,61 = R$ 5.030.841,83 - Paisagismo: R$ 212.816,40**
Total (civil + paisagismo) = R$ 5.243.658,23 (62,86%)
- Sinalização: R$ 1.160.118,2+ R$ 366.600,12 + R$ 378.679,73 = R$ 1.905.398,05; - Projetos: R$ 332.843,20; - REIFLEX: R$ 528.000,00; - Equipe Técnica: R$ 331.467,50
Total (sinalização) = R$ 3.097.708,75 (37,14%)

Não é por outra razão que a contratação direta com fulcro no inciso VIII do artigo 24 condiciona, em sua parte final, que o ajuste seja formalizado com preço "compatível com o praticado no mercado".

Sobre o tema da eficiência e economicidade das contratações com dispensa de licitação, vale breve menção das lições de Marçal Justen Filho[2], segundo o qual:

"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 sob tutela estatal, diretamente derivado do princípio da República. A Administração e seus agentes não são "donos" dos recursos públicos."

Frente ao exposto, **voto pela irregularidade formal** do ajuste. Todavia, considerando que as irregularidades anotadas neste caso não eximem o fato do contrato ter sido executado e que o acréscimo notado nos preços referiu-se exclusivamente à taxa operacional dos custos da empresa contratada, também integrante da administração pública indireta, entendo que se aplica ao caso concreto o disposto no artigo 59, § único, da Lei Federal nº 8.666/93, no sentido de que a nulidade dos atos não exonera a contratante do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que ela for declarada, razão pela qual aceito os efeitos financeiros da avença.

[2] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª Edição. Ed. Dialética. Pg. 321