PUBLICADO DOC 02/06/2012, PÁG 104

PARECER Nº 703/2012 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 0179/11.

Trata-se de projeto de lei de autoria do Nobre Vereador Antonio Donato, que visa obrigar o Poder Executivo a disponibilizar, por meio da internet, demonstrativos trimestrais referentes aos recolhimentos de tributos municipais, federais e encargos previdenciários, inclusive relacionados ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, realizados pelas concessionárias, no âmbito dos contratos de concessão do Sistema de Transporte Coletivo Público de Passageiros.

Segundo a justificativa, a propositura tem por objetivo aprimorar o controle e dar total transparência aos cidadãos e órgãos de fiscalização acerca do montante de tributos e encargos previdenciários recolhidos pelas concessionárias nos contratos do Sistema de Transporte Público de Passageiros da Cidade de São Paulo.

O projeto pode prosperar, como veremos a seguir.

Inicialmente, ressalte-se que, em atendimento aos princípios da transparência e da publicidade, esta Comissão tem-se manifestado pela legalidade de proposituras que determinam a divulgação de informações/dados cuja elaboração já esteja prevista em lei como atribuição do Poder Executivo, ou seja, nas hipóteses em que não se trata da criação de novas atribuições, o que, se ocorresse, redundaria em violação ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes.

Encaminhado pedido de informações ao Poder Executivo, a fim de saber se a implementação da proposta geraria despesas, para efeito de atendimento à Lei de Responsabilidade Fiscal (fls. 21/22), esclareceu este em sua resposta (fls. 23/41) que, segundo parecer jurídico exarado no âmbito da SPTrans, não se aplicam o Decreto nº 50.983/09 e o inciso IV da Súmula 331 do TST aos contratos de concessão e permissão, não havendo, portanto, interesse na fiscalização das relações de trabalho mantidas entre as concessionárias/permissionárias e seus respectivos empregados, de modo que vem sendo exigido junto às empresas concessionárias do sistema, tão somente a apresentação das certidões negativas de tributos mobiliários, de INSS e de FGTS, para a comprovação da manutenção da regularidade fiscal e tributária, em obediência ao que determina o contrato de concessão.

Explica, ainda, que embora exista possibilidade das informações serem disponibilizadas na página virtual da Prefeitura Municipal de São Paulo, no link: "De Olho nas Contas", vez que não seriam geradas despesas adicionais, no que se refere especificamente a veiculação na internet, a medida geraria uma série de novas atribuições, no âmbito interno da estrutura administrativa da SPTrans, uma vez que caberia a tal corpo administrativo gerenciar a solicitação, o recebimento e a análise das informações necessárias para a produção das informações a serem veiculadas, de modo que tais atividades seriam incorporadas às áreas envolvidas e sob este aspecto geraria novas despesas e a necessidade de obediência à Lei de Responsabilidade Fiscal.

A despeito das informações prestadas pelo Executivo a proposta pode prosseguir, como veremos a seguir.

Com efeito, sobre o tema vige o art. 71 da Lei Federal nº 8.666/93, que enuncia, in verbis:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991."

De uma primeira leitura do art. 71 § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, conclui-se que fica impedida a transferência de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais à Administração Pública, razão pela qual a mesma não possuiria o interesse necessário que justificasse uma atuação de sua parte no sentido de fiscalizar tais contratos neste aspecto.

A despeito disso, a orientação da Justiça do Trabalho, mesmo após o reconhecimento expresso da constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, tem sido no sentido de estender à Administração Pública a orientação adotada no âmbito das relações privadas de trabalho, ou seja, os débitos trabalhistas do particular contratado podem conduzir à responsabilização da Administração, conforme se vê dos incisos IV e V da Súmula 331, do TST, reformulada em 25 de maio de 2011, in verbis:

"IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações,desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada".

No entanto, alega o Poder Executivo que mesmo quando a jurisprudência afasta a aplicação do art. 71 da Lei de Licitações, o faz unicamente com relação aos contratos de prestação de serviços e não com relação aos contratos de concessão e permissão de serviços públicos.

Dessa forma, também, deveria ser interpretado o art. 71, § 2º, da Lei de Licitações, de modo que ao dispor sobre a solidariedade da administração pública com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, não estariam abarcadas as concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

Contudo, a jurisprudência não se encontra totalmente pacificada, a exemplo do que de vê no trecho do acórdão abaixo transcrito, proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, citado no agravo de instrumento em recurso de revista nº 240840-93.2005.5.02.0040, em que o Tribunal Superior do Trabalho reformou a decisão anteriormente exarada, senão vejamos:

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante para manter no polo passivo a segunda reclamada, São Paulo Transporte S.A. – SPTrans, ora recorrente, condenando-a a responder subsidiariamente pelos créditos deferidos ao autor.

Para tanto, a Corte a quo alicerçou-se nos seguintes fundamentos:

"(...)

A questão deve ser dirimida à luz do Direito Administrativo, mais especificamente, à esteira da matéria referente à concessão de prestação de serviços públicos, cujo estudo evidencia que a r. decisão deve ser reformada.

Ensina-nos a i. Procuradora do Estado e Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra Direito Administrativo (15a ed. - Ed. Atlas S.A., 2003, pág. 278):

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante

tarifa, paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.
E como contrato, emergem para as partes direitos e obrigações, que devem ser cumpridas para a fiel execução do mesmo, sob pena de serem responsabilizadas por eventual inadimplemento do objeto ou das cláusulas contratuais.
O poder público, na condição de concedente, transfere à concessionária a execução do serviço, mantendo, entretanto, a titularidade sobre o mesmo, o que lhe confere, em razão da discricionariedade da Administração Pública, o poder de alterar as condições contratuais e até mesmo rescindir o contrato de prestação de serviços, sempre de acordo com o interesse público. É o poder de intervenção da Administração, nos termos do artigo 32, caput, da Lei 8.897/95. a qual dispõe sobre os regimes de concessão e de permissão, consoante o previsto no artigo 175, da Constituição Federal.
O mesmo Diploma Legal prevê, em seu artigo 3º, que as concessões sujeitar-se-ão a fiscalização do poder concedente responsável pela delegação, prevista como cláusula essencial do contrato respectivo (artigo 23, inciso VII), cujo descumprimento pode levar à declaração de caducidade da concessão, nos termos do artigo 38, parágrafo 1º, inciso II.
Nessa mesma esteira, a Lei 8.666/93, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o qual institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. O artigo 58, inciso III, concede ao Poder Público a prerrogativa da fiscalização, bem como o artigo 67 exige que a execução do contrato seja acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, cujo impedimento pode implicar a rescisão unilateral do contrato de prestação (artigo 78, inciso VII).
(...)
E de se ressaltar ainda que o Estatuto da SPTrans. em seu artigo 3º dispõe como objeto social a exploração de transporte público de passageiro, exceto o metroviário.... Deste modo, através da celebração de contrato de prestação de serviços de transporte urbano, mediante concessão pública, verifica-se a nítida terceirização da atividade a ela inerente, figurando desta feita a SPTrans como tomadora de serviços. E nessa esteira, aplicável o disposto no Enunciado 331, inciso IV, do C. TST, sendo este mais um fundamento a embasar a declaração de responsabilidade subsidiária da recorrente, a qual deve constar do pólo passivo da demanda. (grifamos)
Ademais, é de se ressaltar que mesmo entendendo-se que o art. 71, § 2º da Lei de Licitações e a Súmula nº 331 do TST não se aplicam aos contratos de concessão e permissão, fato é que a Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, dispõe que cabe ao poder concedente, como bem salientado no acórdão supra, a fiscalização da concessionária, especialmente no que se refere às suas condições econômicas, nos seguintes termos:
Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.
Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.
Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.
§ 1o A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;
Dessa forma, a propositura pode subsistir na medida em que encontra respaldo nos princípios constitucionais da transparência e da democracia participativa.
Nesse sentido, corroborando tal entendimento, a Lei Orgânica Paulistana, em seu art. 2°, inciso III, estabelece:
Art. 2° A organização do Município observará os seguintes princípios e diretrizes:
(...)
III – a transparência e o controle popular na ação do governo;
É imprescindível observar, ainda, que o presente projeto de lei tem como destinatário não só o Poder Legislativo, que tem por função institucional a fiscalização dos atos do Poder Executivo, como também a sociedade, visando aperfeiçoar as informações que o Poder Público tem por obrigação prestar à população.
Neste ponto, é oportuno registrar o posicionamento da doutrina acerca do princípio da publicidade e da participação dos cidadãos na gestão da coisa pública. O Prof. Adilson Abreu Dallari em parecer publicado na revista RDP nº 98, intitulado "A divulgação das atividades da Administração Pública" com muita propriedade aborda o tema:
Ora, titular do interesse público é o povo, o corpo social, a sociedade civil, em seu conjunto ou segmentada em entidades intermediárias (associações, sindicatos, etc.) e até mesmo representada por um único indivíduo, como no caso da Ação Popular. Por isso mesmo a coletividade tem o direito elementar de saber o que se passa na Administração Pública, e esta tem o correspondente dever de ser permeável, transparente, acessível.
Outro princípio de raiz constitucional desenvolvido pela doutrina é o 'princípio participativo'. (...)
Ora, para poder participar realmente dos atos de governo, o cidadão precisa ficar sabendo o que o governo está fazendo ou pretende fazer.
(...)
Portanto, a pluralidade de fontes de informação sobre a atuação pública é fundamental, para que possa haver críticas, possibilidade de defesa e, também, oportunidade de evidenciar os êxitos e as conquistas da sociedade e dos governos democráticos.
Não pode haver abuso na atividade informativa oficial, pois isso atentaria contra a probidade da Administração. Para evitar abusos é que existem o controle político, exercido diretamente pelo Poder Legislativo, o controle econômico-financeiro exercido pelo Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas, e o controle jurisdicional, exercitado pelo Poder Judiciário (...).
(grifamos)
A aprovação da proposta depende do voto favorável da maioria absoluta dos membros da Câmara, nos termos do art. 40, § 3º, inciso XII, da Lei Orgânica do Município.
Pelo exposto, somos
PELA LEGALIDADE.
No entanto, a fim de adequar a proposta à melhor técnica de elaboração legislativa e inserir dispositivo que permita o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como para excluir o art. 4º da proposta, eis que obriga à disponibilização de relatório com relação a um período anterior à criação da obrigação constante desta lei, sugerimos o substitutivo a seguir.
SUBSTITUTIVO Nº DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA AO PROJETO DE LEI Nº 179/11.
Trata da disponibilização dos recolhimentos tributários e previdenciários das concessionárias do Transporte Coletivo Público de Passageiros na internet, e dá outras providências.
A Câmara Municipal de São Paulo DECRETA:

Art. 1º O órgão competente do Executivo deverá disponibilizar, em seu site oficial, demonstrativos dos recolhimentos dos tributos municipais, federais e encargos previdenciários, incluindo os relacionados ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, realizados pelas concessionárias no âmbito dos contratos de concessão do Sistema de Transporte Coletivo Público de Passageiros.

Art. 2º O demonstrativo em questão será trimestral e específico para cada contrato de concessão, devendo vir acompanhado das respectivas guias e demais comprovantes de recolhimento lançados pelas concessionárias durante o período de abrangência do demonstrativo, os quais deverão ser fornecidos pelas concessionárias ao órgão competente do Executivo.

Parágrafo único. Os tributos e demais encargos previdenciários de responsabilidade das concessionárias recolhidos pelo Poder Público municipal em virtude da substituição tributária também deverão constar nos demonstrativos previstos nesta lei.

Art. 3º Os demonstrativos deverão permanecer hospedados no site oficial, em acesso aberto à população, pelo período mínimo de 02 (dois) anos.

Art. 4º A implantação da presente proposta ocorrerá de forma gradativa, de acordo com as disponibilidades orçamentárias.

Art. 5º As despesas decorrentes da implantação desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 6º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, 30/05/2012.

ARSELINO TATTO - PT - PRESIDENTE
JOSÉ AMÉRICO - PT - RELATOR
ABOU ANNI - PV
AURÉLIO MIGUEL - PR
CELSO JATENE - PTB
EDIR SALES - PSD
FLORIANO PESARO - PSDB
MARCO AURÉLIO CUNHA - PSD