

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO MAURICIO FARIA, D.D.
RELATOR DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS**

Processo TC nº **010277/2020**

Procedência: **SME**

Processo Externo: **6016.2019/0026911-6**

Assunto: **Contrato - Contratação emergencial para a prestação de serviços de operacionalização e manutenção preventiva dos equipamentos de iluminação dos teatros dos CEUs.**

JOÃO CURY NETO, já qualificado nos autos em epígrafe, vêm, respeitosamente a presença de Vossa Excelência, por seus advogados, vem a ilustre presença de Vossa Excelência, apresentar, tempestivamente, **DEFESA**, mediante as razões fáticas e jurídicas a seguir delineadas:

I – SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de análise de entabulada pela Equipe de Fiscalização e Controle desse E. Tribunal sobre a contratação por Emergência, por até 180 (cento e oitenta) dias (ou até que se conclua o pleito licitatório), de prestação de serviços de operacionalização e manutenção preventiva dos equipamentos de iluminação dos teatros dos CEUs da Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, contratados na forma emergencial de modo a não haver solução de continuidade e prejuízo para a população (Contrato nº 51/SME/2019 – peça 5; SEI nº 6016.2019/0026911-6).

Dos autos constam o Relatório (Peça 19) e respectivo Anexo de Continuação (Peça 20), o primeiro com as seguintes conclusões:

“16) Conclusão

O Termo de Contrato nº 51/SME/2019 apresenta as seguintes infringências:

16.1. Não estão justificadas as causas que caracterizem a necessidade da contratação em caráter emergencial (14.3).

16.2. Não foi apresentada a Certidão de Tributos Estaduais exigida no item 11.9.5 do Termo de Contrato (item 14.10).

16.3. O instrumento contratual não foi publicado de forma resumida no prazo estabelecido, contrariando o disposto no art. 26 da LM 13.278/02 (14.14)."

Dos subitens de "**16) Conclusão**" se estrutura a defesa, nos termos doravante articulados, de modo a sustentar a regularidade do certame.

II – ARTIGOS DE DEFESA

A regra da licitação comporta exceções que estão previstas pela legislação pela relatividade da regra constitucional e a instrumentalidade do processo de licitação que estão evidenciadas no art. 37, XXI, da CF que afirma: "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública" – **e o presente caso se amolda à hipótese da exceção justificada**, atendendo à normatização específica aplicável à hipótese

Decerto que o procedimento em tela observou um procedimento formal prévio, como a apuração e comprovação da hipótese de dispensa de licitação, por meio da motivação da decisão administrativa (art. 26 da Lei 8.666/1993).

Com a ressalva das contratações diretas de pequeno valor, as hipóteses de dispensa e inexigibilidade, além daquelas indicadas no art. 17, §§ 2º e 4º, devem ser justificadas e comunicadas, no prazo de três dias à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos (art. 26, caput, da Lei 8.666/1993).

Nesses casos, o processo de contratação direta deverá ser instruído com os seguintes elementos: a) caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; b) razão da escolha do fornecedor ou executante; c) justificativa do preço; e d) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (art. 26, parágrafo único, da Lei 8.666/1993).

Em relação à justificativa de preço, é fundamental que a Administração Pública instrua o processo administrativo com os respectivos documentos – como ocorreu, no caso. No caso da dispensa de licitação, a Administração deve apresentar, em

princípio, três cotações, salvo situação justificada que demonstre a sua impossibilidade. Nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, a justificativa deve ser realizada por meio da comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas.

Registre-se, ainda, que na contratação direta, sem licitação, não deve ser dispensada a apresentação dos documentos de habilitação que, normalmente, seriam exigidos na fase externa da licitação.

“16.1. NÃO ESTÃO JUSTIFICADAS AS CAUSAS QUE CARACTERIZEM A NECESSIDADE DA CONTRATAÇÃO EM CARÁTER EMERGENCIAL (14.3)”

Respeitando o d. entendimento da equipe técnica deste E, Tribunal de Contas, há, nos autos, a devida motivação para justificar a contratação emergencial em comento, conforme se extrai da Peça 8 (“**Encaminhamento SME/COAD/DIGECON - NUC SER TER Nº 017340425**”), *in verbis*:

“Cumpre dizer que os Termos de Contratos nº163/SME/2018 - SEI 6016.2018/0069261-0 e nº 164/SME/2018- SEI 6016.2018/0069269-6, terão vencimento em 15/06/2019 e o Termo de Contrato nº 03/SME/2019- SEI 6016.2018/0080122-3 se encerrará em 26/07/2019, sem a possibilidade de prorrogação por se tratar de termos de contratos oriundos de outros emergenciais.

Cabe ressaltar em 19/01/2018, houve abertura do Edital na modalidade Pregão Eletrônico nº 02/SME/18 Processo Eletrônico nº 6016.2017/0039781-1 - SME/COAD/DIGECON, visando à contratação de empresa para prestação de serviços de operacionalização e manutenção preventiva dos equipamentos de som e iluminação dos teatros dos CEUs, que foi realizado no dia 06.02.2018. No entanto, o Pregão foi suspenso para análise e readequações do Termo de Referência em decorrência de impugnações por particular e sindicato. Após Termo readequado, houve a reabertura do Pregão em 09.04.2019, o qual encontra-se em andamento.

Haja visto que, apesar de terem sido esboçados todos os esforços em conjunto para a conclusão do pleito licitatório SEI 6016.2017/0039781-1, e que não houve homologação do referido processo e, atentando-se da importância da continuidade dos serviços, justifica-se a necessidade da contratação emergencial.

Os Centros Educacionais Unificados (CEUs) são compostos por núcleos, unidades educacionais, espaços e territórios, cuja natureza é multidimensional. Sua proposta é potencializar a intersectorialidade das políticas públicas municipais, por meio do fortalecimento das redes de proteção social e das ações intersecretariais, articuladas e voltadas ao desenvolvimento educacional, social, cultural, esportivo e tecnológico do território e da cidade.

Devem ser territórios que visam à promoção da educação integral, democrática, emancipatória, humanizadora e com qualidade social, englobando, concomitantemente, educação, cultura, esporte, lazer e recreação, que se associam a novas tecnologias, promovendo o aperfeiçoamento do ser humano na sua integralidade como pessoa, cidadão e sujeito da sua história.

São espaços privilegiados para consolidar a integração entre educação e vida, constituindo-se, também, como espaço de organização dos segmentos mais vulneráveis, por intermédio da valorização e ampliação de seus saberes, em conformidade com as diretrizes, planos e políticas estabelecidas para as áreas de educação, cultura, esportes, lazer, recreação e tecnologia.

Desta forma, os teatros dos CEUs constituem estrutura relevante e imprescindível das concepções que este equipamento preconiza, possibilitando eventos do tipo:

- a) apresentações culturais para promoção do artista local;**
- b) apresentação de visibilidade oportunizando as regiões de maior vulnerabilidade social acesso ao repertório cultural de shows, teatro e arte circense de médio e grande porte;**
- c) eventos de fim de ano que consagram as ações das Unidades Educacionais do ano letivo (formaturas, festas de encerramento, avaliação institucional, entre outros);**
- d) eventos de natureza diversa que transcendem o equipamento em si, envolvendo a participação da comunidade, de outras unidades escolares (rede pública e privada), e organizações da sociedade civil.**

Conforme se verifica, os teatros dos Centros Educacionais Unificados possuem inúmeros eventos ao decorrer do ano (formatura, shows, exibição de filmes, entre outros) que dependem da presença dos técnicos de iluminação para acontecerem. Isto acarreta na movimentação de um enorme público apreciando os eventos nesses equipamentos.

O Termo de Permissão de Direito de Uso Parcial SPCine nº 01/2015, item V, na cláusula 4ª – Obrigações das Promitentes, prevê: “Disponibilizar técnicos em número suficiente para atuar nas salas durante a programação do circuito SPCine, sem custos adicionais, autorizando sua capacitação para a atividade específica para exibição cinematográfica”. Diante do exposto, o programa SPCine também sofrerá interrupção das atividades enquanto não houver os técnicos nos CEUs.

Tendo em vista a complexidade dos equipamentos de iluminação que compõe os teatros, há previsto na Lei nº 6.533/1978, regulamentada no Decreto nº 82.385/78, a obrigatoriedade da presença de recursos humanos especializados, técnicos possuidores de D.R.T. – Documento de Registro Técnico.

Ressaltamos que o remanejamento das datas das apresentações culturais acarretará uma série de prejuízos para as comunidades do

entorno dos equipamentos, uma vez que os eventos são divulgados com mais de 30 dias de antecedência, e o cancelamento dos mesmos, além do prejuízo para a comunidade, compromete as ações pedagógicas que ocorrem nestes espaços.

Com intuito de subsidiar a contratação para os serviços ora pleiteados foi anexado o Termo de Referência, SEI (017337897). A distribuição dos lotes seguiu o mesmo critério do já adotado nos contratos atuais.

Quanto à exigência de Qualificação Técnica, SEI nº (017337897) na referida contratação, encontra-se amparada no artigo 30 da Lei Federal nº 8666/93, nos mesmos moldes da contratação anterior, até mesmo pela natureza da contratação ora pretendida, e é imprescindível exigir elementos que permitam demonstrar que a empresa interessada na contratação tenha condições de executar a prestação de serviços.

A interpretação da d. equipe técnica de fiscalização ao sustentar que *"A justificativa da Secretaria para contratação emergencial limitou-se a informar que foi realizada em função da não conclusão do processo licitatório, iniciado em fevereiro/2018, além de destacar a importância dos serviços prestados para a realização das atividades dos CEUs"* como óbice de legalidade traduz um rigor desproporcional e excessivo ao caso, visto que tais óbices de deram por atrasos decorrentes de **"...readequações do Termo de Referência em decorrência de impugnações por particular e sindicato"**.

A emergência decorreu do fato de que os processos licitatórios restaram questionados ou frustrados – que, no caso, não configuram desídia do Representado.

Importante mencionar que o peticionário assumiu a Secretaria Municipal de Educação em breve passagem – de 8 de janeiro de 2019 (**doc. 01**) a 4 de julho de 2019 (**doc. 02**), assumindo desde então o histórico de licitações para tais aquisições – o quê, neste caso, é elemento a ser considerado para compreender que suas ações se pautaram pelas possibilidades de agir de então e que não podem, em absoluto, acarretar contra si a responsabilidade sobre a necessidade de contratação emergencial, que era imperiosa.

Da própria informação da justificativa se comprova que a linha temporal demonstra que os fatos que levaram à contratação emergencial são anteriores à nomeação do representado ao cargo, segundo a já destacada Peça 8, em que destacamos:

"Cabe ressaltar em 19/01/2018, houve abertura do Edital na modalidade Pregão Eletrônico nº 02/SME/18 Processo Eletrônico nº 6016.2017/0039781-1 - SME/COAD/DIGECON, visando à contratação

*de empresa para prestação de serviços de operacionalização e manutenção preventiva dos equipamentos de som e iluminação dos teatros dos CEUs, **que foi realizado no dia 06.02.2018**. No entanto, o Pregão foi suspenso para análise e readequações do Termo de Referência em decorrência de impugnações por particular e sindicato. Após Termo readequado, houve a reabertura do Pregão em **09.04.2019**, o qual encontra-se em andamento".*

Decerto que a licitação anterior (ocorrida em 2017) foi objeto de diversos questionamentos e impugnações, culminando na alteração do Termo de Referência.

Nomeado em janeiro de 2019, não é crível que o Representado pudesse responder por eventual desídia da administração anterior, se o caso, em processo que estava em andamento em prol dos serviços públicos em discussão. Em outras palavras: se houve desídia por parte da Administração por adotar providências para o início dos procedimentos licitatórios tardiamente, esse atraso é de período anterior à nomeação do Sr. Cury e a ele não pode ser imputada qualquer responsabilidade a respeito.

Ressalte-se que, quando já na condução da Pasta, o Representado determinou a abertura e realização de um procedimento licitatório em abril de 2019 – que foi encerrado em julho de 2019, sem vencedores.

É nesse contexto, pois, que houve a tomada de decisões em prol do interesse público envolvido documentado nos autos a pedido da Coordenadoria de Administração, Finanças e Infraestrutura Divisão de Gestão de Contratos - DIGECON (como, por exemplo, os eventos programados para oferecimento aos cidadãos, que envolvem questões artísticas e culturais de suma importância para a população, estudantes etc. – como a edição de Julho de 2019 do Programa "**Recreio nas Férias**" em meados de julho de 2019 com a expectativa de quase 20 mil inscritos em 54 Polos, sendo 46 CEUs, 03 CECIs e 5 Instituições listadas, com 732 agentes de recreação, 54 Coordenadores de Polo, 540 Oficinas em processo de contratação além da programação artística do "Circuito Cultural nos CEUs").

A ausência de contratação iniludivelmente prejudicaria o pleno funcionamento dos CEUs e deixaria de lado a prestação de serviços essenciais à população. Assim, o Representado reconheceu a situação emergencial e realizou a contratação com dispensa de licitação em prol da necessidade de continuidade do funcionamento do equipamento público.

Sublinha-se que o Parecer SME/AJ N° 018171520 bem reconheceu a caracterização da excepcionalidade justificadora do certame e com as cautelas inerentes ao contrato, verbis:

"Informa-se, igualmente, que existe procedimento licitatório em curso aberto em 19/01/2018, que tramita nos autos SEI 6016.2017/0039781-1, que não pôde ser concluído a tempo. Nesse sentido, COAD/DIGECON propõe que a contratação seja realizada com cláusula resolutiva, para o caso de o certame em andamento ser finalizado antes do advento do prazo final da contratação emergencial. A nosso ver, caso V. Senhoria autorize a presente contratação, a inclusão da referida cláusula resolutiva é medida de rigor.

Nas manifestações 017340425 e 018157399, COAD/DIGECON tece considerações a respeito da estrutura e funcionamento dos CEUs e conclui afirmando que os serviços cuja contratação ora se propõe são essenciais e não podem sofrer solução de continuidade sem que isso represente prejuízo educativo e cultural à população que frequenta os referidos equipamentos. Pontua, concretamente, os eventos que deixariam de acontecer caso os teatros dos CEUs não pudessem ser utilizados, bem como os recursos financeiros já comprometidos com a contratação e financiamento desses eventos, que, nessa medida, representariam risco de prejuízo financeiro para a Administração Pública.

Para a presente contratação COAD propõe a mesma configuração de lotes e o mesmo Termo de Referência das contratações anteriores (Doc. SEI n. 017337897)."

Precisamente nesse sentido, é necessário sopesar os interesses públicos, decorrentes de situação para a qual não deu qualquer causa e que não estava sob seu controle: a licitação anterior era de 2017 e a licitação que ele promoveu restou deserta.

É precisamente esse o entendimento aplicável ao caso:

"A contratação direta também se mostra possível quando a situação de emergência decorre de falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos. O art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993 não distingue a emergência resultante do imprevisível daquela resultante da incúria ou da inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança das pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares" (Acórdão 1122/2017, TCU, Plenário, Auditoria, Relator Ministro Benja,i, Zymler).

Haveria outra condução para o caso, por parte do Sr. Cury? Decerto que não! Sob pena de prejuízo o interesse público envolvido.

“16.2. NÃO FOI APRESENTADA A CERTIDÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS EXIGIDA NO ITEM 11.9.5 DO TERMO DE CONTRATO (ITEM 14.10)”

Quanto à ausência de apresentação de certidão de regularidade fiscal por parte da contratada, fato é que ela sequer poderia apresentar tal documento, já que não é contribuinte do ICMS, conforme atestam os anexos documentos (**docs. 03 a 06**) a certidão de pessoa não inscrita no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ/SP.

A empresa contratada empresa é, tão somente, prestadora de serviços (ou seja, é contribuinte do ISS).

Para ser contribuinte do ICMS, a empresa deveria comercializar mercadorias ou ser prestadora de serviços de transporte interestadual, intermunicipal ou de comunicação, conforme expressa previsão da Constituição Federal:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”;

Por não se contribuinte do ICMS, ela sequer poderia apresentar certidão negativa de débitos, já que não é inscrita no cadastro de contribuintes desse imposto

As duas certidões de regularidade fiscal possíveis de apresentação são a federal e municipal, que efetivamente foram apresentadas.

“16.3. O INSTRUMENTO CONTRATUAL NÃO FOI PUBLICADO DE FORMA RESUMIDA NO PRAZO ESTABELECIDO, CONTRARIANDO O DISPOSTO NO ART. 26 DA LM 13.278/02 (ITEM 14.14)”

Em relação à publicação do contrato, decerto que houve determinação para que todas as devidas providências fossem tomadas para que ao despacho que autorizou a contratação

houvesse a publicidade devida, incumbindo ao setor responsável a realização / operacionalização do ato administrativo.

Isso, conforme previsão regulamentar do Decreto 54.873/14, art. 4º, VII:

“Art. 4º Constituem atividades a serem exercidas pela unidade administrativa responsável pela gestão de contratos:

I – fazer constar no processo administrativo correspondente as informações e os documentos necessários à formalização do contrato, inclusive quando o seu instrumento for substituído nos termos do artigo 62 da Lei Federal nº 8.666, de 1993;

II – encaminhar cópia do contrato firmado, da proposta do contratado, do edital e dos demais documentos pertinentes ao fiscal do contrato, para subsidiar o exercício da respectiva fiscalização;

III – verificar, com base na legislação vigente, a regularidade da documentação necessária à formalização do contrato, bem como mantê-la atualizada, nos termos da lei e do contrato;

IV – receber e anexar ao respectivo processo as anotações relativas às ocorrências registradas pelo fiscal do contrato, bem como adotar as providências cabíveis visando ao saneamento de falhas da execução contratual, em especial a prevista no inciso VIII deste artigo”.

De fato, a assinatura de um dos contratos ocorreu em 27/06/2019 e a respectiva publicação, em 01/08/2019; e a assinatura do outro contrato se deu em 16/06/19 e a publicação, em 01/08/19. De fato, o lapso temporal foi em prazo superior a vinte dias, mas com pequeno atraso ocasionado pelos setores competentes.

Ainda que o peticionário não tenha dado causa ao pequeno atraso dos atos de publicação, decerto que são passíveis de serem relevados os apontamentos relativos à extemporaneidade em questão, ocorridos até mesmo pelo volume de contratações elevado da Pasta – um lapso escusável até mesmo para quem deu causa.

Ademais, apesar de fora do prazo, a publicação foi efetivada e atingiu o seu objetivo, inexistindo qualquer indício de prejuízos à Administração e ao Interesse Público.

III – CONCLUSÕES

Sem embargos da relevância do que foi apontado, a suposta desatenção em relação a algumas formalidades e as questões afetas

aos fatos que motivaram a emergência (não imputáveis ao Sr. Cury) certamente não podem ensejar a aplicação de sanções contra este peticionário, nos termos do que já acima sustentado.

Nesse viés, é importante frisar que o Tribunal de Contas da União exarou entendimento exemplar que considerou que falhas formais podem não ser puníveis quando não houver qualquer prejuízo ao Erário (como no caso) – condutas diminutas como entre outras, a ausência de estimativa de custo, pesquisa de preços, parecer jurídico, descumprimento do prazo de publicação do contrato, comparecimento de apenas 2 licitantes na modalidade Convite, dispensa de licitação por emergência resultante de fatos previsíveis e enquadramento errôneo da dispensa de licitação (TCU. Processo nº 675.217/97-0. Decisão nº 755/1998 - Plenário. *Apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, *Vade-Mécum de Licitações e Contratos. Legislação: Organização e seleção, Jurisprudência, Notas e Índices*. 2º ed. Belo Horizonte, Fórum, 2005, pg. 183/184).

Na verdade, há de ser sobrelevado o caráter pedagógico, trazendo-se sempre um alerta para o gestor acerca do modus operandi mais correto – o que o simples questionamento ora respondido cumpre, ainda que ao Sr. Cury não possa ser imputável fato punível. Em sentido semelhante, o TCU exarou que “(...) *em sua totalidade, tais representações têm sido conhecidas, julgadas procedentes e as prefeituras municipais sido alvos de determinação específica no sentido de darem cumprimento ao dispositivo legal. É sabido, portanto, em relação à matéria, que esta Corte tem optado por uma postura de fundo pedagógico, evitando a imputação de multa ao gestor*” (Acórdão 2472/2007 – Plenário, Ministro Relator Guilherme Palmeira).

Ainda, vale mencionar que os apontamentos levantados pela competente equipe técnica desta Eg. Corte não causaram dano ao Erário, o que reforça, inclusive, a ideia de não se aplicar qualquer sancionamento, como multa. Esse, aliás, vem sendo o entendimento dessa Egrégia Corte de Contas da União, no sentido da “(...) *a liberação do nome do responsável da Conta Diversos Responsáveis, levando em consideração a conclusão da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, no sentido de que o ato irregular praticado não promoveu dano ao erário, nem tampouco foi praticado com dolo ou má fé*” (Acórdão 91/96 - Plenário - Ata 24/96 - Processo nº TC 009.297/93-6 - Relator: Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira).

Destarte, há de se enveredar, então, para o caminho pedagógico, deixando-se de aplicar qualquer sanção ao Sr. Cury, máxime em razão da ausência de qualquer responsabilidade aos eventos citados e, também, qualquer dano ao Erário.

Diante de todo o exposto, o Defendente aguarda a recomendação final dessa Corte de Contas, no sentido de julgar improcedente a presente representação.

Protesta, por derradeiro, provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente através de depoimento pessoal e audiência dos demais responsáveis (requerimento que se faz desde já), além da apresentação de documentos, além da prova emprestada já requerida no bojo dessa defesa prévia.

Termos em que
Pede e espera deferimento.

São Paulo, 13 de junho de 2021.



CLÁUDIO CASTELLO DE CAMPOS PEREIRA
OAB/SP Nº 204.408