

TC/010758/2020

Objeto: Contrato - Contratação emergencial para a prestação de serviços de operacionalização e manutenção preventiva dos equipamentos de iluminação dos teatros dos CEUs da Secretaria Municipal de Educação

Interessados: Secretaria Municipal de Educação (*), Lume Serviços e Engenharia Ltda., Alexandre Alves Shneider, Procuradoria da Fazenda Municipal

Relator: Ricardo Torres

Competência: PLENO

SENHORA SECRETÁRIA GERAL

Trata o presente, nesta fase, da análise do recurso ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, à peça 94, objetivando a reforma do v. Acórdão proferido em 22.03.2023, que julgou a análise do Contrato 163/SME/2018, conforme segue:

Acórdão (peça 55)

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/004320/2020, TC/009565/2020, TC/010276/2020, TC/010277/2020, TC/010575/2020, TC/010758/2020 e TC/011569/2020, 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, tendo em vista que não se encontra constituída uma situação emergencial real a motivar as contratações por dispensa (artigo 24, inciso IV da Lei Federal 8.666/93), com evidente a falha no planejamento da Origem (abertura do procedimento licitatório somente após o término da vigência das contratações anteriores), em julgar irregular o Contrato 163/SME/2018.

ACORDAM, à unanimidade, em não fazer outras determinações, diante da formalização dos Contratos 145/SME/21 e 227/SME/21, provenientes do Pregão Eletrônico 13/SME/2021, para atendimento dos serviços em questão.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente julgado aos interessados, com o posterior arquivamento dos autos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, à peça 62, apresentou o recurso ordinário por não se conformar com os termos do r. Julgado. Assim, com o intuito de obter a reforma do v. Acórdão, anexou precedentes e posicionamentos do TCM, bem como algumas doutrinas no sentido de que a eventual desídia, falta de planejamento ou demora da Administração em realizar a licitação não afasta a configuração da hipótese legal de contratação por emergência.

A Recorrente também aduziu que as consequências decorrentes de uma decisão de irregularidade merecem ser ponderadas pelos órgãos julgadores, agora inclusive por força da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, mais especificamente nos artigos 20 e 22.

No mais, a PFM trouxe alguns julgados acerca da possibilidade de apreciação dos efeitos financeiros em sede de análise formal do contrato.

Por fim, a Fazenda requer que o seu recurso seja conhecido e provido, para que o V. Acórdão guerreado seja reformado integralmente e declare regular o contrato em exame. Subsidiariamente, requer sejam aceitos os efeitos jurídicos, patrimoniais e financeiros da contratação.

A Ilma. Assessora da AJ, à peça 70, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, visto que restou evidente a falta de justificativa para as contratações diretas realizadas em caráter emergencial, além da inocorrência de planejamento por parte da Administração.

Por sua vez, a Assessora Subchefe da Assessoria Jurídica, à peça 71, acompanhou a manifestação da Ilma. Assessora da AJ. No mais, a despeito de precedentes em sentido contrário que foram trazidos pela Recorrente, a Assessora Subchefe trouxe aos autos o posicionamento majoritário e recente desta Corte no mesmo sentido do V. Acórdão recorrido (TC 2337/2008, julgamento em 20/07/2022), e que se contrapõe aos mencionados precedentes relatados pela PFM.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, à peça 74, reiterou a sua peça recursal encartada à peça 62.

Nesse momento processual, conforme a determinação do Nobre Conselheiro Relator, à peça 75, vieram os autos a esta Secretaria Geral para manifestação acerca do recurso interposto.

É a síntese necessária.

Passo a opinar.

I – Da admissibilidade

Com relação à admissibilidade do recurso ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, opino pelo seu conhecimento, tendo em vista o preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 119 e 138 e ss. do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

II – Do mérito

Quanto ao mérito, tenho as seguintes considerações:

Conforme relatado acima, o V. Acórdão guerreado julgou irregular o contrato analisado, pelas razões lá expostas.

O recurso ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal pleiteia pela regularidade do contrato.

Contudo, não obstante as justificativas apresentadas pela Recorrente, insta consignar que as razões sustentadas não justificaram as graves falhas constatadas pelos Órgãos Técnicos e que levaram à irregularidade do ajuste.

O presente processo trata da análise formal do Termo de Contrato nº 163/SME/2018, firmado entre a Secretaria Municipal de Educação (SME) e a empresa Lume Serviços Gerais Ltda., objetivando a contratação emergencial para a prestação de serviços de operacionalização e manutenção preventiva dos equipamentos de iluminação dos teatros dos CEUs – Lotes 6, 8, 9 e 10.

E conforme a análise técnica realizada na instrução processual, a Auditoria considerou irregular a contratação emergencial devido à ausência de justificativa das causas que caracterizaram a necessidade de contratação direta em caráter emergencial, bem como pelo fato do instrumento contratual não ter sido publicado de forma resumida no prazo estabelecido, contrariando o disposto no art. 26 da LM 13.278/02.

Por sua vez, a Assessoria Jurídica e a Secretaria Geral consideraram superada a falha relativa à publicação extemporânea dos instrumentos contratuais, e acompanharam a Subsecretaria de Fiscalização e Controle Externo pela irregularidade do contrato emergencial diante da ausência de justificativa para a realização tardia do procedimento licitatório.

Em razão das conclusões alcançadas pelos Órgãos Técnicos, fez com que os Nobres Conselheiros desta E. Corte de Contas concluíssem pela irregularidade do contrato, por não se encontrar constituída uma situação emergencial real a motivar as contratações por dispensa de licitação (artigo 24, inciso IV da Lei Federal 8.666/93), com evidente falha no planejamento da Origem (abertura do procedimento licitatório somente após o término da vigência das contratações anteriores).

Observa-se, dessa forma, que o contrato emergencial em julgamento foi realizado por uma contratação direta, com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal n.º 8.666/93.

Sobre contratação emergencial, vale destacar que a caracterização e a decretação do estado de emergência não permitem que a Administração Pública proceda as aquisições necessárias sem adotar os procedimentos e cuidados devidos.

E como é cediço, o artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93 trata a dispensa de licitação como situação excepcional, contendo em seus incisos as determinações legais específicas e restritivas, cujas peculiaridades devem ser rigorosamente observadas.

Assim, a contratação emergencial merece uma interpretação muito cautelosa, pois a ausência de licitação não constitui a regra, mas sim a exceção, e o inciso IV do artigo 24 da Lei Federal 8666/93 deve ser interpretado à luz desse princípio.

A contratação direta evita os procedimentos e prazos licitatórios e deve ser avaliada a presença de dois requisitos, ou seja, a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano, e a demonstração de que a contratação era a via adequada e efetiva para eliminar o risco.

Contudo, conforme restou demonstrado nos autos, inclusive no próprio Voto do Nobre Conselheiro Maurício Faria, a situação emergencial não restou caracterizada, na medida em que deveria ter sido planejado um procedimento licitatório com antecedência, de modo a estar concluído anteriormente ao término da vigência dos Contratos que atendiam à prestação dos serviços operacionalização e manutenção preventiva dos equipamentos de iluminação e som dos CEUs, conforme segue:

Voto Maurício Faria (fls. 11 a 13 – peça 54)

(...)

Apesar dos prazos de vencimento dos contratos firmados por licitação, a Secretaria Municipal de Educação somente deu início ao procedimento administrativo para instauração do Pregão Eletrônico nº 02/SME/2018 (SEI 6016.2017/0039781-

1), para a contratação dos mesmos serviços, em 28/09/17, ou seja, dois e três meses após o fim do prazo máximo de prorrogação contratual regular permitida.

O procedimento administrativo perdurou durante todo o prazo da contratação por excepcionalidade, bem como foram necessárias várias contratações emergências até a realização da sessão pública aos 09/04/2019, tendo, contudo, restado fracassado Pregão Eletrônico nº 02/SME/2018, conforme publicação no Diário Oficial da Cidade de 06/08/2019, o que fez perdurar a situação de atendimento da necessidade pública por meio de contratações emergenciais.

Dessa forma, apesar de toda a argumentação apresentada pela Secretaria no sentido de ter havido percalços âmbito do Pregão Eletrônico nº 02/SME/2018 - impugnação administrativa, inclusão, exclusão ou readequação de itens, além da necessidade de atualização de pesquisa de mercado, não há justificativa para a abertura tardia do procedimento licitatório, na medida em que é de conhecimento da Origem que o trâmite e finalização do procedimento demanda tempo, estando sujeito a adversidades sobre as quais na maioria das vezes não se tem controle, impondo-se, dentro desse contexto, planejamento e precaução por parte da Administração.

Portanto, não se encontra constituída uma situação emergencial real a motivar as contratações por dispensa com fulcro no art. 24, IV da Lei Federal 8.666/93, uma vez ter restado evidente a falha no planejamento da Origem, pela abertura do procedimento licitatório somente após o término da vigência das contratações anteriores, situação agravada pelo longo tempo decorrido até a realização da sessão de abertura do procedimento licitatório, 551 dias, o qual acabou fracassado, acarretando a manutenção da situação das contratações emergenciais.

(...)

Conforme já exposto, restou inequívoca a ausência de planejamento pela Origem nas providências para viabilizar a continuidade na prestação dos serviços em questão, seja pela instauração tardia do procedimento licitatório, como pelo longo período decorrido para que uma licitação se efetivasse de forma a viabilizar a prestação dos serviços, em substituição aos vários contratos emergenciais celebrados.

Nesse sentido, destaco que procedimento administrativo para instauração de nova licitação (SEI 6016.2019/0055755-3), em substituição ao Pregão Eletrônico nº 02/SME/2018 (SEI 6016.2017/0039781-1), então fracassado, foi encerrado pela Origem em razão, novamente, da alegada necessidade de reformulação do Termo de Referência, tendo sido aberto outro processo administrativo para o novo edital de mesmo objeto (SEI 6016.2020/0094921-6).

Registro, por fim, que os anteriores contratos firmados por licitação para os serviços de iluminação e som do CEUs (CTO nº 100/SME/2012; CTO nº 101/SME/2012; CTO 102/SME/2012; CTO nº 103/SME/2012; CTO nº 98/SME/2012), cujos prazos regulares se finalizaram em 03/06/2017 e 31/07/2017, somente foram sucedidos por novos contratos, também firmados por licitação (Pregão Eletrônico nº 13/SME/2021), aos 23/04/2021 (CTO nº 145/SME/21 e CTO nº 146/SME/21, o último substituído pelo CTO nº 227/SME/21, em razão de sua rescisão).

Assim, por mais que seja incontestável que os serviços de operacionalização e manutenção preventiva dos equipamentos de iluminação dos teatros dos CEUs são essenciais e não podem ser interrompidos, fato é que o contrato celebrado com a empresa contratada não possuía mais o caráter emergencial e provisório, já que deveriam ser precedidos de licitação, algo que não foi feito pela Secretaria Municipal de Educação que deveria ter cumprido sua obrigação de planejar e licitar a contratação com o devido rigor técnico.

Dessa forma, restou demonstrado que a situação emergencial foi decorrente da própria falta de planejamento e da inércia da Origem, que somente iniciou a primeira tentativa de licitar o objeto dois e três meses após o fim do prazo máximo de prorrogação contratual regular permitida, razão pela qual não há justificativa para a abertura tardia do procedimento licitatório para contratação de um serviço considerado comum, já que é de conhecimento da Origem que o trâmite e finalização do procedimento demanda tempo.

Além disso, observa-se que mesmo a Origem estando ciente de que o contrato anterior estava prestes a expirar, não promoveu a regular licitação, optando por realizar a contratação emergencial por dispensa de licitação, e infringindo o disposto no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, que limita a vigência do contrato por 180 dias consecutivos e ininterruptos, senão, vejamos:.

Art. 24. É dispensável a licitação:

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação

que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Segundo o entendimento de Marçal Justen Filho, em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16ª Edição, página 411, assim deve ser tratado o assunto:

O dispositivo legal determina que o prazo da execução do contrato não deve superar 180 dias (vedada a prorrogação). Supõe-se que, durante esse prazo a Administração promoveria licitação para solucionar de modo mais amplo o problema existente.

Observa-se, dessa forma, que as contratações emergenciais examinadas deixaram de ser excepcionais e passaram a ser rotineiras na Secretaria Municipal de Educação, ao arrepio da regra estabelecida pela Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, no qual estabelece a necessidade de adoção de prévio procedimento licitatório para a celebração de contratos, configurando-se como exceções as hipóteses de contratação direta.

Assim, o presente caso pode ser perfeitamente conhecido como “emergência fabricada”, na qual apesar de não ser negada a ocorrência da emergência, fato é que ela foi resultante da incúria administrativa de prover, a tempo e hora, as necessidades administrativas, o que impossibilita, nessa ocasião, a emergência real alegada pelas *Recorrentes*.

Nesses termos, segue o entendimento jurisprudencial desta *E. Corte de Contas* em uma situação semelhante, mais especificamente no TC nº 2377/2008, em que o contrato por dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93, foi julgado irregular diante da infringência aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, diante da não realização de procedimento licitatório apto a produzir os seus efeitos, perpetuando a situação de emergência ficta ao longo da vigência dos contratos emergenciais, conforme segue:

TC nº 2337/2008 - ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. SMG. Aquisição de leite em pó integral. Programa Leve Leite. 1. A perpetuação da situação de emergência ficta ao longo da vigência dos contratos emergenciais afronta os princípios da

legalidade, moralidade e eficiência. 2. A justificativa para a contratação deve conter a memória de cálculo adequando a quantidade contratada às determinações do Dec. Mun. 35.458/95. Art. 2º, I, Dec. Mun. 44.279/03. 3. Violação ao princípio da economicidade ao celebrar contrato por valor, pesquisa de preços e negociação, adotando-se critérios diferentes em relação às contratações emergenciais anteriores. Irregular. Efeitos financeiros aceitos excepcionalmente. Votação unânime. Julgado em 20/07/2022.

No mesmo sentido que a jurisprudência anterior, mais especificamente nos TCs nºs 2307/2018, 2308/2018, 2309/2018, 2311/2018, 2317/2018, 2319/2018, 2320/2018, 2321/2018, 2322/2018, 2323/2018, que foram julgados de forma englobada em 22/11/2023, os Nobres Conselheiros desta E. Corte de Contas não deram provimento aos recursos ordinários, posto que os argumentos ofertados não afastaram a configuração da situação emergencial ficta, aquela decorrente da falta de planejamento e inércia da Administração, conforme segue:

3.300ª Sessão Ordinária. RECURSOS. VOLUNTÁRIOS. REMESSA OBRIGATÓRIA. SMS. 1. Configura situação emergencial ficta aquela decorrente da falta de planejamento e inércia da Administração. CONHECIDOS. PRECEDENTES. NÃO PROVIMENTO. Julgado em 22.11.2023. 3.300ª Sessão Ordinária.

Voto do Conselheiro Relator João Antonio

(...)

Como se verifica, as decisões recorridas tiveram por fundamento a configuração de emergência ficta nas contratações realizadas, havendo demonstração nos autos de que as contratações decorreram da falta de planejamento da Administração, que somente iniciou a primeira tentativa de licitar o objeto após extinta a contratação anterior. Além disso, restou evidenciado na instrução processual que “a última contratação originada de uma licitação, que tinha por objeto a prestação de serviços de alimentação e nutrição hospitalar, encerrou-se em fevereiro de 2016” e a partir de março daquele ano a Origem passou a firmar sucessivas contratações emergenciais.

Essas irregularidades não foram refutadas pelos Recorrentes e não se configuram como meros aspectos formais que podem ser alterados em grau recursal.

As alegações da Procuradoria da Fazenda Municipal no sentido de que eventual desídia, falta de planejamento ou demora da Administração em realizar a licitação não afasta a configuração da hipótese legal de contratação, não merecem prosperar. É inegável que os serviços de nutrição e alimentação hospitalares são essenciais e não podem sofrer solução de continuidade, mas a natureza desses serviços não exime a Administração do dever de planejar e licitar a contratação de acordo com a legislação aplicável à matéria.

Além disso, as Decisões recorridas afastaram a tese amparada na jurisprudência do Tribunal de Contas da União no sentido de que, em situações excepcionais, em que a inércia do administrador tenha causado ou agravado o risco, a contratação deve ser preservada, sem prejuízo da apuração de responsabilidades.

Neste aspecto, tanto na fase instrutória como na recursal, houve a demonstração de que esta Corte, nos julgamentos realizados, de forma unânime, tem se posicionado de forma diversa do TCU.

Quanto a isso, oportuno registrar que nas decisões proferidas não houve determinação para eventual ressarcimento ou aplicação de multa, nem tampouco apreciação dos efeitos financeiros, diante da realização apenas da análise formal dos ajustes e pelo fato de haver processos que examinam as execuções contratuais correspondentes.

(...)

Pelo exposto, conheço dos recursos ordinários, bem como dos reexames necessários, pois preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade e, quanto ao mérito, diante da ausência de novos elementos que justifiquem a alteração do quanto decidido, nego-lhes provimento, mantendo-se as Decisões recorridas, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Verifica-se, dessa forma, que as jurisprudências acima citadas demonstram o entendimento majoritário desta Egrégia Corte de Contas e afastam os precedentes, em sentido contrário, trazidos pela Recorrente.

Assim, considerando as razões expostas, verifica-se que restou inequívoca a ausência de planejamento pela Secretaria Municipal da Educação nas providências para viabilizar a continuidade na prestação dos serviços em questão, seja pela

instauração tardia do procedimento licitatório, como pelo longo período decorrido para que uma licitação se efetivasse de forma a viabilizar a prestação dos serviços, em substituição aos vários contratos emergenciais celebrados, razão pela qual devem ser afastadas as alegações trazidas pela Recorrente.

No mais, quanto ao pedido subsidiário para o reconhecimento dos efeitos financeiros, entendo que a natureza dos apontamentos não é compatível com o deferimento do pleito que, inclusive, deverá ser apreciado com mais propriedade no acompanhamento de execução contratual.

Sobre a incidência dos artigos 20 e 22 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileira, igualmente não dão sustentação à pretensão da Recorrente, embora as suas disposições objetivem, de fato, prestigiar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do Direito.

Com efeito, o V. Acórdão prolatado não somente aponta concretamente as impropriedades existentes na análise da contratação emergencial e o grau de lesividade presente, como invoca os fundamentos jurídicos aptos para respaldá-la. Vale dizer, os dispositivos legais acima indicados foram devidamente cumpridos no r. Julgado ao motivadamente concluir pela irregularidade da matéria *sub judice*.

Por fim, considerando que não foram apresentados argumentos de ordem fática ou jurídica no recurso ordinário interposto ou documentos novos aptos à alteração do r. *Decisum*, entendo que as irregularidades constatadas no instrumento analisado e que embasaram o não acolhimento do contrato, devem ser mantidas.

III – Conclusão

Desta feita, opino, s.m.j., pelo conhecimento do recurso ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, por ser tempestivo e preencher os pressupostos de admissibilidade.

Quanto ao mérito, opino pelo não provimento do recurso ordinário, mantendo-se a r. Decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o meu parecer que submeto à consideração de Vossa Senhoria.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2024.

ANA FLORA DE TOLEDO CESAR
Assessora de Controle Externo
OAB/SP nº 152.657

Tramitam em conjunto os processos TC/004320/2020, TC/009565/2020, TC/010276/2020, TC/010277/2020, TC/010575/2020, TC/010758/2020 e TC/011569/2020.