JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.000.174.02-08

Licitação - dispensa - emergência - concessão de serviço público de transporte de passageiros - atípica fase de transição entre o modelo vigente e o novo - interesse coletivo - acolhido o contrato - caráter excepcional das contratações - Lei 8.666/93, art. 24, IV - Lei 10.544/88, art. 64, IV e Lei Municipal 13.241 de 12/12/01 - vencido o Cons. Edson Simões. (Ver tb. 170/02*57, 171/02*10, 172/02*82, 173/02*45, 175/02*70, 176/02*33, 177/02*04).

RELATÓRIO

Egrégio Plenário

Em julgamento os processos TCs nºs 170.02, 171.02, 172.02, 173.02, 174.02, 175.02, 176.02 e 177.02, que passo a relatar:

Cuidam os autos de contratações firmadas com dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, IV, da Lei 8.666/93, c/c o artigo 64, IV, da Lei Municipal 10.544/88 e Lei Municipal 13.241/01.

Segundo se depreende dos autos, através da Resolução 01/277, datada de 11/12/2001, a Diretoria da SPTrans autorizou a celebração de contratos emergenciais pelo período de seis meses, como medida prévia e como etapa de transição à implantação de novo modelo de organização dos serviços do sistema de transporte coletivo urbano de passageiros na cidade de São Paulo, instituído pela Lei Municipal n.º 13.241/2001. Consta da ata de reunião que referida lei foi aprovada pela Câmara Municipal em 04/12/01 e, por ocasião da decisão pela contratação em regime emergencial, encontrava-se aguardando sanção.

A decisão considerou as profundas alterações operadas pela lei no sistema de transporte coletivo paulistano (desenho, articulação da rede, forma de organização e prestação dos serviços e, ainda, alteração no modelo de delegação e remuneração dos delegatários), bem como o fato de os contratos então vigentes estarem com seus prazos de vigência por expirar à partir do dia 05 de janeiro de 2002, data em que venceriam 43 contratos, seguindo-se o vencimento dos demais nos meses subseqüentes, até o último, em dezembro de 2002. Consta que a maioria dos contratos já havia sido prorrogada, atingindo o prazo máximo de dez anos, não sendo mais passíveis de prorrogação.

O quadro analisado pela Diretoria da empresa por ocasião da autorização da contratação demonstrava que, em face do novo modelo adotado pela lei promulgada, a Administração deveria celebrar os contratos até a realização e conclusão dos certames licitatórios para evitar que os usuários sofressem prejuízos com a desassistência, sendo ainda que referidos contratos, por representarem uma transição entre os modelos, deveriam antecipar alguns aspectos do novo modelo, mantendo por base os contratos então existentes.

A Diretoria, em face da explanação e proposta do Gerente Geral de Planejamento Operacional e do Diretor Operacional, de que os contratos emergenciais deveriam ter a mesma duração e ocorrer de forma simultânea, uma vez que o novo modelo a ser implantado exigia a ocorrência simultânea da delegação de todos os subsistemas (estrutural, local e central), concluiu pela aprovação da contratação emergencial como etapa de transição ao novo modelo, segundo a proposta apresentada.

O relatório mencionado, e que embasou a decisão, foi juntado aos autos. A Diretoria, para a aprovação das medidas propostas, considerou ainda os elementos constantes do parecer jurídico DP/GLC 150/2001, que concluiu, em vista da essencialidade dos serviços e da situação que se apresentava, pela possibilidade da contratação emergencial, considerando que foram adotadas as medidas pertinentes à realização de novo certame em tempo hábil, afastando-se com isso eventual alegação de omissão, desídia ou falha administrativa, apresentando ainda considerações sobre as rescisões antecipadas dos contratos ainda vigentes.

Encaminhados os autos a este E. Tribunal de Contas, foram analisados pela ATJ, que reconheceu a condição emergencial invocada, considerando que a falta de planejamento inviabilizou a adoção de outra providência administrativa.

Retornaram os processos à ATJ que propôs o encaminhamento para análise de AUD, alertando para o fato de já ter se manifestado pelo reconhecimento da condição emergencial e para a necessidade da verificação de questões relativas à regularidade fiscal das empresas componentes dos consórcios. A senhora assessora subchefe de ATJ encaminhou os autos para SFC com a seguinte manifestação: *"reconhecida a situação emergencial nos pareceres expedidos nos TCs 170.02 e 174.02-08, reconhecimento este que se estende a estes autos por se tratar da mesma situação fática, encaminho a presente com proposta de análise conjunta dos 08 processos que tratam do mesmo assunto."*

Os relatórios de análise de contratação concluíram em todos os processos pela regularidade, com as seguintes considerações e ressalvas, que passamos a descrever de forma sintética:

- existência de alerta anterior pelo TCM para a SPTrans evitar contratações emergenciais, sendo que, em decorrência da aprovação da Lei Municipal 13.241/01, a Origem não atendeu ao alerta;
- as empresas integrantes dos consórcios recém-constituídos são de propriedade dos mesmo proprietários das empresas contratadas anteriormente, havendo indícios de que estas últimas não estavam adimplentes com os tributos, razão pela qual foram constituídas novas empresas;
- as CNDs e certidão do FGTS das empresas Expresso Paulistano e Expresso São Judas estão com data posterior à assinatura do contrato, mas na data da entrega dos envelopes as empresas declararam que não estavam em débito para com o INSS e FGTS;
- houve aditamento do contrato e nova contratação emergencial a serem analisados oportunamente;
- ressalva pelo não-atendimento ao disposto no artigo 26 da Lei Federal 8.666/93, tendo sido, entretanto, dada publicidade ao contrato;
- necessidade da elaboração de termo de reti-ratificação para fazer constar o valor correto da caução recolhida no contrato celebrado com o Consórcio Sete (TC 177.02-04).

A Diretoria da Divisão Técnica V concluiu pela regularidade formal da contratação, ressalvando o não-atendimento ao artigo 26 da Lei 8.666/93, uma vez que não houve a publicação da autorização referente à contratação.

Manifestou-se a PFM pela relevação da irregularidade formal apontada, por dela não ter decorrido qualquer prejuízo.

Por determinação da então Conselheira Relatora, manifestou-se novamente a DT-V, informando que, sob o aspecto formal, as empresas contratadas, recém-constituídas, não estariam impedidas de contratar com a Administração já que comprovada a regularidade fiscal para as contratações em exame.

Por derradeiro, manifestou-se o senhor Secretário da Fiscalização e Controle no sentido de que os Órgãos Técnicos reconheceram o caráter excepcional das contratações, circunscritas aos fatos alegados pela Origem, relativos a transição de um novo modelo em face da aprovação da Lei Municipal 13.241/01, acrescentando que referidos Órgãos Técnicos certificaram a regularidade formal da efetivação dos contratos.

A Procuradoria da Fazenda pronunciou-se pela regularidade dos ajustes, remetendo ao crivo da Corte Superior a circunstância apontada, relacionada à ausência de regularidade junto ao INSS e FGTS das empresas antecessoras das contratadas.

Com relação ao termo de retificação para fazer constar o valor correto da caução no Contrato nº 2002/008, manifestou-se a Assessoria Jurídica que, diante do término da vigência do contrato, não há que se proceder a qualquer retificação. Em razão dessa manifestação, a Diretora da Divisão Técnica V manifestou-se pela regularidade do instrumento, ressalvando a incorreção do valor.

SDG, na esteira de AUD e SFC, opinou pela regularidade das contratações, sobretudo porque demonstrada uma fase atípica de transição entre o modelo vigente e o novo modelo em fase de implantação.

É o relatório.

V O T O

De fato a situação emergencial invocada pela Origem há de ser reconhecida diante das circunstâncias em que as contratações ocorreram. Não há que se negar que a Lei Municipal 13.241, de 12/12/01, operou profundas alterações no sistema de transportes paulistano e conseqüentemente no modelo de delegação e remuneração dos delegatários do serviço.

A situação dos contratos vigentes, a maioria prestes a findar cerca de 24 dias após a publicação da lei, que se encontrava ainda em fase de apreciação para sanção da Senhora Prefeita, na ocasião da autorização das contratações em regime emergencial, reclamava ação urgente da Administração Pública a fim de se evitar prejuízos aos usuários do sistema e paralisação da prestação de serviço público essencial.

As razões que levaram a Administração a rescindir antecipadamente os contratos ainda vigentes, com termos finais previstos até dezembro de 2002, consistiram na

necessidade da celebração simultânea de contratos, considerando que o novo modelo exige a simultaneidade da delegação de todos os subsistemas.

Tratou-se, como se percebe, de verdadeira transição entre o modelo antigo e o estabelecido pela lei recém-aprovada, contemplando alguns aspectos do novo modelo, já que seria inviável sua plena adoção, uma vez que a lei deveria ser regulamentada, o que só veio efetivamente a ocorrer em 19 de dezembro de 2002, com a publicação do Decreto Municipal 42.736.

Assim, a situação emergencial invocada encontra-se presente, tal como reconhecida através das manifestações precedentes dos Órgãos Técnicos desta Corte de Contas.

A irregularidade formal apontada por AUD, relativa à ausência de publicação da autorização para a contratação, nos termos preconizados pelo artigo 26 da Lei 8.666/93, deve ser relevada, sobretudo porque comprovado restou que todos os atos subseqüentes foram amplamente divulgados, segundo afirmação da própria auditoria.

No que concerne à ressalva da DT-V quanto à incorreção do valor caucionado no Contrato nº 2002/008, cumpre consignar que referida incorreção é meramente formal, eis que constou o valor caucionado de forma incorreta, sendo certo que o relatório de análise da contratação, em seu item 16.6, fez constar que a contratada caucionou o valor de R$ 3.919.792,00 (três milhões, novecentos e dezenove mil setecentos e noventa e dois reais), tendo constado erroneamente o valor de R$ 391.979,34 (trezentos e noventa e um mil novecentos e setenta e nove reais e trinta e quatro centavos).

Quanto às demais questões lançadas nos autos, relativas à existência de novas contratações emergenciais, há manifestação de estranheza pelo fato de que as empresas integrantes do consórcio foram recém-constituídas e de propriedade dos mesmos proprietários de outras empresas contratadas anteriormente, havendo indícios de que estas últimas empresas não estavam adimplentes com os tributos/contribuições federais, o que teria ocasionado a constituição de novas empresas, bem como o descumprimento de orientação anterior para a SPTrans se abster de contratar em regime emergencial, cumpre observar o seguinte:

A eventual existência de novas contratações emergenciais, subseqüentes à presente, não é objeto deste julgamento, que deve se restringir aos elementos que motivaram a presente contratação e não outra subseqüente, que deverá ser objeto de análise específica diante de suas próprias justificativas, argumentos e peculiaridades.

A despeito de eventuais problemas relacionados à regularidade fiscal enfrentados pelas empresas antecessoras das ora contratadas, é fato que nas contratações em julgamento, como observou a Diretora da Divisão Técnica V, as empresas efetivamente contratadas demonstraram formalmente a regularidade fiscal, não havendo qualquer impedimento legal para contratar com a Administração Pública.

Por fim, quanto à mencionada inobservância, pela contratante, às recomendações desta Corte de Contas para se abster de contratar por emergência, é de se notar que a situação emergencial está demonstrada de forma patente, e, como já se mencionou, todas as manifestações das áreas técnicas deste Tribunal foram pelo seu reconhecimento, de modo que não se pode concluir que houve inobservância da recomendação.

A Administração deparou-se com situação, no caso, nova, em decorrência do sistema recém-aprovado, o que não se confunde com qualquer outra contratação em regime emergencial eventualmente realizada anteriormente.

A contratação emergencial, tal como preconizada na lei e interpretada pela jurisprudência, exceto se ficta ou fabricada, situação em que se desconfiguraria, não pode ser evitada pela Administração, que não tem como se abster de contratar por emergência, diante de situação constatada que reclama uma ação rápida, sob pena de ferir a lei e colocar em risco pessoas, bens e serviços.

O que se deve evitar é a falta de planejamento, de controle, que leve a situações que se tornem emergenciais por inércia da Administração, cujo tratamento deve ser diferenciado, eis que, em tais casos, caberá a averiguação de responsabilidade pela desídia que gerou a situação, o que não se deu nos contratos em julgamento.

Em face de todo o exposto, voto pelo acolhimento dos Contratos 2002/001, 2002/002, 2002/003, 2002/004, 2002/005, 2002/006, 2002/007 e 2002/008, todos celebrados em caráter emergencial pela São Paulo Transporte S/A, respectivamente com os consórcios Aricanduva, Sul Transportes, Unisul, Sudoeste de Transporte, Bandeirante de Transporte, Norte, Plus e Sete.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 29 de outubro de 2003.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

ACOLHO o Contrato número 05/02.

Porém, **APLICO** a **MULTA** de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais) ao responsável, pela falta da publicação de autorização das contratações no Diário Oficial do Município, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei número 9.167/80.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de outubro de 2003.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

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 acolher o Contrato 2002/005.

Vencido, em parte, o Conselheiro EDSON SIMÕES - Revisor, nos termos do voto apresentado em separado.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor e EURÍPEDES SALES.

Ausente o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de outubro de 2003.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator