TC nº 72-001.538.05-00

REPRESENTAÇÃO. ATA DE RP. SME. Serviços de locação de caminhões com baú. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

TC citado: 72.006.689.04-92.

ACÓRDÃO

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 conhecer da representação formulada, e, no mérito, em julgá-la improcedente, por entender que as ações praticadas pelo administrador público encontram-se respaldadas pela Lei Federal 8.666/93.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, em determinar que se dê ciência ao interessado e à Origem, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, e, após, que se arquive o processo.

Participaram do julgamento o Conselheiro Edson Simões, Vice-Presidente no exercício da Presidência, para efeito de "quorum", nos termos do artigo 154 do Regimento Interno desta Corte, e o Conselheiro Carlos Macruz Filho.

Ausentes o Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso e o Conselheiro Eurípedes Sales, por motivos previamente justificados.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 12 de julho de 2006.

Edson Simões
Vice-Presidente no exercício da Presidência, com voto.

Maurício Faria
Relator.

RELATÓRIO

Analisa-se representação formulada pela empresa Coopersemo Cooperativa de Serviços Múltiplos contra ato da Secretaria Municipal de Educação, por sentir-se lesada diante do fato de que a Administração deixou de prorrogar seu contrato (que poderia ser renovado ainda por mais 06 meses), para efetuar nova contratação com a empresa Uni Transp Cooperativa União Intermodal de Transportadores Autônomos de São Paulo, utilizando-se, para tanto, da Ata de Registro de Preços 008/SEMAB/DAS/04. Acresceu argumentos no sentido de que o novo ajuste deixou de apresentar vantajosidade ao Erário, visto que foi firmado a um preço unitário superior ao contrato anteriormente celebrado, pelo que o mesmo estaria a violar os princípios administrativos da legalidade, da probidade, da moralidade e da impessoalidade.

Em uma primeira análise, e relativamente ao Contrato 10/2000, a Coordenadoria IV informa que houve a paralisação dos serviços por parte da contratada, a partir de 17/01/2005, diante do não-pagamento, pela Administração, desde o mês de agosto de 2004. A Origem, por sua vez, justifica-se no sentido de que foi prejudicada pela paralisação na prestação dos serviços, razão pela qual promoveu a rescisão do contrato, publicando o ato em 10/03/2005, retroagindo seus efeitos a 17/01/2005. Diante de tais fatos, conclui a Especializada no sentido de que o Município está pagando 24,2% a mais pela locação dos serviços, comparando-se o novo preço unitário com o valor que seria praticado caso houvesse a renovação do contrato, mas que se deveria levar-se em conta que a rescisão fora motivada pela paralisação dos serviços.

A AJCE, instada a se manifestar, posiciona-se pela admissibilidade da representação, uma vez que preenchidos os requisitos legais, e, quanto ao mérito, deixa de reconhecer a procedência dos argumentos da representante, destacando, em breve síntese, que a decisão de rescindir o contrato insere-se no campo da discricionariedade administrativa e que a legalidade e economicidade da nova contratação decorrem do fato do novo ajuste ser decorrente de ata de registro de preços, que é precedida de procedimento licitatório e de prévia pesquisa de mercado.

Após novas justificativas apresentadas pelo Sr. Secretário Municipal da Educação, na qualidade de responsável pela rescisão do contrato em debate, a Coordenadoria IV exara parecer conclusivo pela procedência da representação, ratificando entendimento anterior quanto ao acréscimo de 24,2% da nova contratação em relação ao preço anteriormente praticado, destacando que, em que pese ter sido dado atendimento ao disposto no artigo 34 do Decreto Municipal 44.279/2003, não constou da pesquisa de mercado consulta à representante.

A AJCE, divergindo do entendimento apresentado pela Auditoria, argumenta que, com relação à diferença de preços apontada pelos auditores, tal fato pode ser resultante da falta de identidade entre os objetos das contratações analisadas, e afasta, ainda, o argumento de que a Origem deveria ter tentado negociar com a representante, ou que deveria ter sido consultado seu preço

por ocasião da formação da pesquisa de preços para utilização da ARP, razão pela qual ratifica sua manifestação anterior, pela improcedência da representação.

Com base nos fundamentos jurídicos lançados pela AJCE, o Órgão Fazendário e a Secretaria Geral também opinaram pelo conhecimento da representação formulada, e, no mérito, pela sua improcedência.

Por derradeiro, destaco que a matéria aqui tratada foi também objeto de Mandado de Segurança impetrado pela representante, com pedido de liminar indeferido pelo Poder Judiciário, sob o entendimento de que '*nada há no ordenamento jurídico que obrigue a Administração a prorrogar um contrato se a discricionariedade do Administrador não coincide com tal resultado'* (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 10ª Vara da Fazenda Pública de SP. Proc. 053.05.004691-0), tendo sido, referido processo, ao final julgado extinto, sem apreciação do mérito, por falta de interesse de agir e inépcia da petição inicial.

É o relatório.

VOTO

Destaco, por primeiro, que não cuidarei, nesta oportunidade, do enfrentamento da questão atinente à aferição da regularidade da execução do Contrato 10/2000, sobre o qual a contratada, ora representante, argúi razões para a prorrogação, uma vez que mencionado instrumento, respectivos aditivos e a concorrência pública que o precedeu são objeto de análise específica nos autos do TC 6.689.04-92, ainda em tramitação nesta Corte, o que não prejudica, por seu turno, o julgamento da presente representação.

Quanto ao primeiro aspecto abordado no feito – qual seja, irregularidade no que toca à não-prorrogação do contrato por parte da Administração – razão não assiste à representante. Se, por um lado, não se discute que, nos termos da Lei 8.666/93, o atraso superior a noventa dias dos pagamentos devidos pela contratante assegura ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações, até que seja normalizada a situação, por outro lado resguarda-se à Administração o poder de rescisão unilateral do ajuste, diante de situações de descumprimento de cláusulas contratuais por parte do contratado, dentre elas a paralisação dos serviços, sem justa causa e prévia comunicação.

Assim se apresenta a normatização que rege os contratos administrativos, uma vez que, ainda que ao contratado não possa ser atribuída culpa pela paralisação dos serviços – o que o libera de eventuais conseqüências do inadimplemento (sanções administrativas, perda da garantia, etc.) –, deve-se proteger o interesse público subjacente à contratação, aplicando-se os princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular.

Nesse aspecto, cumpre consignar que, ainda que a Administração tenha deixado de efetuar os pagamentos, por falta de disponibilidade financeira, consta também dos autos que, em algumas situações, foi apontado o problema de irregularidade na quantidade de horas trabalhadas (fl. 84), o que nos parece ter sido o motivo para o não-pagamento em alguns meses do contrato.

Nesta senda, em que pese o rigor dessa sistemática ser por vezes abrandado pela doutrina e jurisprudência, diante de situações específicas, é inegável que a representante, ao optar pela paralisação do contrato, o fez por sua conta e risco.

Não se quer com isto afirmar que o gestor contratual, ao analisar se é o caso de prorrogar o ajuste em vigor ou promover nova contratação, dispõe de liberdade ilimitada. Os fins e os fatos determinantes da prática do ato administrativo, acrescidos dos princípios constitucionais informadores da atuação da Administração Pública, são verdadeiros fatores delimitadores do poder discricionário do agente público. Sobre o tema, é sempre bom trazer os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2ª edição. Ed. Atlas. Pág. 67), quando define a discricionariedade administrativa como a '*faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito'*.

No presente caso, justificou a Origem os prejuízos decorrentes da paralisação dos serviços contratados, razão pela qual afasto o argumento de que a opção pela rescisão contratual teria sido desprovida de validade jurídica.

Por sua vez, no que tange ao preço contratado posteriormente pela Administração, que nos termos apontados pela Auditoria foi 24% superior ao praticado no âmbito do contrato anterior, o que demonstraria a falta de economicidade do ato praticado, tenho a ponderar o quanto segue.

De fato, como bem observado pela Assessoria Jurídica desta Corte, a legalidade e economicidade da nova contratação derivam do fato de o novo ajuste ser decorrente de ata de registro de preços, que é precedida de procedimento licitatório e prévia pesquisa de mercado. Assim, mera presunção de que os novos preços praticados não seriam adequados, por matematicamente mostrarem-se superiores aos anteriormente praticados, não pode dar suporte a um entendimento pela irregularidade do novo ajuste, até porque sabemos todos das dificuldades de cotejo de preços quando se trabalha com variáveis distintas.

É o que ocorreu no presente caso, relativamente ao contrato anterior. São ajustes com objetos distintos, em termos quantitativos, sendo que o preço unitário praticado no novo ajuste, de 2005, decorreu de ata de registro de preços firmada em março de 2004, que espelhava, portanto, os preços praticados pelo mercado àquela época, inclusive conforme constatado pela prévia pesquisa realizada pela Origem.

Além disso, não há elementos, nos autos, que demonstrem que uma eventual prorrogação do contrato, celebrado com a ora representante, asseguraria a manutenção dos valores até então praticados naquele próprio contrato.

Anoto, por derradeiro, que o agente público, responsável por assegurar e viabilizar a operacionalização das funções administrativas do Estado, ao deparar-se com a paralisação dos serviços pela representante, em face da natureza do objeto contratado, adotou conduta perfeitamente razoável quando, após pesquisa de mercado, optou pela contratação de empresa detentora de ata de registro de preços válida. Por outro lado, não seria razoável responsabilizá-lo pelas dificuldades financeiras do Município que porventura tenham influído no pagamento do contrato não prorrogado.

Diante do exposto, e uma vez esgotada a análise das questões invocadas, VOTO pelo CONHECIMENTO da representação formulada, e, no mérito, JULGO-A IMPROCEDENTE, por entender que as ações praticadas pelo Administrador Público encontram-se respaldadas pela Lei 8.666/93.

Dê-se ciência ao interessado e à Origem, nos termos regimentais e, após, arquive-se o processo.