EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-001.623.07-40

ANÁLISE. TOMADA DE PREÇOS. CONTRATO. SPTURIS. Serviço de manutenção, reforma e adequação da pista do Autódromo. Pit Lane. GP Brasil F1. 2006. Justificado e acolhido o documento denominado Termo de Entendimento, utilizado para pagamento por indenização, de serviços não previstos, diante das circunstâncias extraordinárias. Inversão de fases, permissão legal municipal. REGULARES. Votação unânime.

Legislação citada: Lei Mun. 14.145/06. Art. 60, parágrafo único, Lei 8.666/93.

2.857ª Sessão Ordinária

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 julgar regulares a Tomada de Preços 01/2006 e o Contrato GJU 81/2006.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em acolher o "Termo de Entendimento" pelo qual a São Paulo Turismo S.A. realizou pagamento de serviços não previstos originalmente em contrato, por indenização, à contratada.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 9 de março de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Trago a julgamento o TC 72-001.623.07-40, no qual são analisados a Tomada de Preços 001/2006 e o Contrato 81/2006, promovidos pela São Paulo Turismo – SPTURIS e voltados à reforma e adequação da pista (Pit Lane) do Autódromo José Carlos Pace, necessárias à realização do GP Brasil de Fórmula 1, no ano de 2006.

A análise inicial de Auditoria concluiu pela regularidade da licitação, embora tenha apontado ressalvas em relação aos seguintes pontos:

a) início do procedimento licitatório sem a formalização do convênio entre a Prefeitura Municipal e SPTURIS;

b) não publicação do extrato do edital em jornal de grande circulação;

c) inversão de fases da licitação, em desacordo com a Lei Federal 8.666/93. Recomendou, ainda, a Auditoria, que as condições para consorciamento de empresas fossem mais claras em futuros editais.

Em relação à contratação, não vislumbrou registros dignos de apontamento. Todavia, suscitou a necessidade de oitiva da Assessoria Jurídica de Controle Externo, a fim de que aquele Órgão Especializado avaliasse a regularidade do "Termo de Entendimento" firmado entre SPTURIS e a Contratada, para possibilitar o pagamento de serviços prestados sem cobertura contratual, de forma parcelada.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se, em relação aos pontos suscitados pela Auditoria, da seguinte forma:

a) possibilidade de relevação da não publicação do extrato do edital em jornal de grande circulação, pois acorreram licitantes ao certame, com oferta de preço vantajoso à Administração;

b) aceitação da inversão de fases, pois muito embora haja polêmica sobre o tema, a Lei Municipal 14.145/06 amparava o procedimento e esta Corte se manifestou em outras ocasiões pela regularidade de tal inversão;

c) a respeito do "Termo de Entendimento", firmado para pagamento dos serviços executados e não previstos no contrato, faz-se necessária análise da execução contratual. Em respeito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, foram intimadas a Origem, o Ordenador de Despesa e a empresa contratada, para se manifestarem nos autos.

A Origem manifestou-se sobre os pontos suscitados da seguinte forma: pleiteou a relevação da não publicação do extrato do edital em jornal

de grande circulação; afirmou que a inversão de fases foi processada nos termos previstos pela Lei Municipal 14.145/06; pugnou pela relevação na demora de conveniar com a Prefeitura Municipal, em razão de que embora não houvesse termo firmado, as tratativas estivessem avançadas; que a forma como o consórcio foi normatizado no edital não trouxe nenhum prejuízo ao certame.

A empresa contratada, S.A. Paulista de Construções e Comércio apresentou defesa, na qual, em síntese, apontou que:

(i) o convênio com a Municipalidade foi firmado pela SPTURIS antes da assinatura do contrato;

(ii) o edital foi publicado no Diário Oficial;

(iii) a inversão de fases já era amparada pela Lei Municipal 14.145/06;

(iv) a licitante habilitou-se isoladamente, sem aplicação, portanto, de aplicação de previsões acerca de consórcios e prejuízo ao certame.

Em relação especificamente ao ponto controvertido do "Termo de Entendimento", a Contratada informou que o prazo previsto na avença para a realização das obras era de 40 dias, entre 4 de setembro e 14 de outubro de 2006, sendo esse prazo final apenas 5 dias antes do primeiro dia dos treinos.

Os serviços extras que surgiram nesse curto prazo de tempo, todavia, decorreram de imposições feitas por parte da Federação Internacional de Automobilismo – FIA, de adequações para a realização do Grande Prêmio.

A Contratada apontou, ainda, que muito embora os serviços não previstos tenham atingido um acréscimo de cerca de 36% em relação ao valor original do contrato, o valor final da contratação, R$ 841.587,81 ainda estaria aquém do valor estimado pela SPTURIS somente para a contratação inicial, que era de R$ 875.817,98.

O Ordenador de Despesas à época dos fatos, o Sr. Domério Nassar de Oliveira, que ocupava o cargo de Diretor Administrativo Financeiro e de Relação com Investidores, apresentou defesa em que:

(i) pleiteia a relevação da não publicação do edital em jornal de grande circulação;

(ii) afirma o cabimento da inversão de fases em razão do contido na Lei Municipal 14.145/06;

(iii) considera que na ausência de previsões específicas no edital sobre consórcios, devem ser empregados os dispositivos constantes da Lei Geral de Licitações.

Em retorno dos autos à Auditoria, para análise após a manifestação dos interessados, manifestou-se aquele Órgão Técnico pela regularidade da Tomada de Preços 001/006, com ressalva relativa ao não conveniamento prévio entre Prefeitura e SPTURIS e recomendação para estabelecimento com clareza quanto à participação de empresas em consórcio.

Afirmou a regularidade do Contrato GJU 81/06, mas considerou irregular o "Termo de Entendimento" pelo qual o pagamento dos serviços prestados sem cobertura pelo Contrato GJU 81/06 é parcelado, junto à contratada.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, também em retorno, acompanha as conclusões de regularidade da Tomada de Preços 001/006 e do Contrato GJU 81/06. Em relação ao Termo de Entendimento firmado, reputa-o irregular, todavia considerando aceitáveis os efeitos financeiros decorrentes, pois os serviços eram essenciais à realização do Grande Prêmio e os valores não se mostraram excessivos.

A Procuradoria da Fazenda do Município requer singelamente o acolhimento de todos os instrumentos em análise, incluindo-se neste rol o chamado "Termo de Entendimento". Subsidiariamente, caso seja reputado o termo irregular, pleiteia o reconhecimento dos efeitos econômicos produzidos.

Encerrando a instrução, a Secretaria Geral acompanhou o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinando pela regularidade da licitação e do contrato decorrente. Em relação ao chamado "Termo de Entendimento", a Secretaria Geral considerou, da mesma forma que o Órgão Jurídico, que a questão estaria relacionada à execução da avença, podendo, assim, o instrumento ter seus efeitos financeiros reconhecidos, apesar de sua irregularidade formal.

É o relatório.

VOTO

Os relatórios e pareceres apresentados pela Auditoria, pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, e pela Secretaria Geral, são unânimes a considerar passível de acolhimento a Tomada de Preços 001/006, em razão de as falhas encontradas serem de caráter meramente formal e de menor relevância, havendo o certame alcançado seu objetivo.

Assim, nesse ponto, acolho as manifestações dos Órgãos Técnicos e julgo regular a licitação veiculada por SPTURIS, por meio da Tomada de Preços 001/006.

Em relação ao Contrato GJU 81/06, as manifestações dos Órgãos Técnicos também foram unânimes no sentido da regularidade da avença, não havendo, assim, ponto a ser examinado.

Adotando tais análises como razão de decidir, pronuncio-me pela regularidade da contratação.

Resta, portanto, tão somente analisar a regularidade da medida empreendida pela Origem, formalizada por meio de um documento que foi denominado “Termo de Entendimento”, pelo qual foi paga, de forma parcelada, quantia devida à Contratada por serviços não previstos na contratação original.

Diferentemente da abordagem empreendida pela Auditoria, que considerou o “Termo de Entendimento” irregular, por considerar ocorrência de contratação verbal, que é vedada pelo art. 60, parágrafo único, da Lei Federal 8.666/93, é mais relevante que no caso em tela sejam analisados os fatos ocorridos e as providências encetadas pela Origem, para que, após, seja verificado se o instrumento jurídico empregado é suficiente a dar conta da complexidade da questão.

Vejamos. Conforme consta dos autos, por relato detalhado da área de infraestrutura da SPTURIS, a Organização do Evento apresentou uma carta, aos 30 de setembro de 2006 (fls. 323/324), informando que havia serviços que considerava necessários para a realização do Grande Prêmio, em razão da realização de vistoria no circuito. Foram detalhadas exigências em trechos “curva a curva” e demandados serviços de pavimentação e drenagem não previstos na contratação realizada originalmente. Também consta desse relato da Origem que a Federação Internacional de Automobilismo – FIA realizou uma vistoria final, em data próxima à realização da prova, cinco dias antes do início dos treinos, por meio de um Inspetor de Segurança, sento tal vistoria condição de liberação da pista para que o Grande Prêmio possa ocorrer.

Nessa ocasião, também foram exigidos outros serviços complementares, não previstos nos quantitativos constantes da contratação original. A execução desses serviços, como novas barreiras de pneus e defensas metálicas, além das existentes, foi imposta pela Federação à Municipalidade, sob pena de cassação da licença internacional do Autódromo de Interlagos e consequente cancelamento da prova.

A Origem procedeu, como se pode inferir dos autos, à execução dos serviços, a fim de que o Grande Prêmio de 2006 fosse realizado. Do ponto de vista da escolha da Administração, configura-se a opção como acertada, pois certamente a não realização do evento traria prejuízo financeiro à Municipalidade, pois além de todo o montante já investido nas obras do Autódromo, por meio do contrato em análise neste processo, há outras contratações que são realizadas de infraestrutura e receptivo, cujo rompimento, às vésperas do Grande Prêmio, causaria prejuízo ao Erário. Isso afora o impacto negativo no turismo e no setor de hotelaria, entre outros, da economia paulistana, que seriam afetados pelo cancelamento do evento. Ou seja, do ponto de vista da legalidade e da economicidade, a escolha da SPTURIS, em atender às demandas da Organização da Prova e da Federação Internacional de Automobilismo, revela-se adequada.

Resta verificar a forma como foi implementada a solução de serviços que não foram previstos nos quantitativos da contratação. Diante de uma necessidade de serviços imprevistos, poderia ter a Origem optado por uma contratação emergencial, já que o art. 24, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93, prevê a dispensa de licitação em caso de “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”.

No caso em tela, os serviços eram exigidos a fim de que fosse garantida a segurança dos pilotos, mantendo-se sua integridade física e minimizando os efeitos de eventuais acidentes. Em se tratando de prática esportiva de alta velocidade, justificam-se as medidas de mitigação de risco. Assim, a escolha da contratação emergencial seria válida do ponto de vista legal.

Todavia, a Origem não realizou a contratação emergencial e valeu-se dos serviços da Contratada, que previa mesma espécie de serviços, mas não nos quantitativos que foram necessários para atender às exigências feitas em período próximo à realização da prova.

Os itens solicitados, como barreiras de pneus, defensas metálicas, grades de proteção, pavimentação, constam todos da tabela de composição de preços apresentada pela Contratada durante o certame, acostada a fls. 198/201. Ou seja, SPTURIS se utilizou de valores que passaram por um certame, no qual houve uma pesquisa de preços e um exame de aceitabilidade, sendo que a oferta da Contratada foi inferior ao referencial. Tal constatação pode ser feita a partir da segunda medição, realizada pela EMURB, que fiscalizava o contrato.

O período dessa segunda e derradeira medição, realizada por EMURB e documentada a fls. 317/320 dos autos, abrange o momento da realização dos serviços originalmente não previstos, e os valores unitários dos serviços são iguais aos valores ofertados na licitação e contratados, sendo o valor total superior em razão do aumento dos quantitativos.

Assim, o preço praticado para o pagamento dos serviços foi compatível com o mercado, em princípio sendo mais vantajoso para a Administração do que uma contratação emergencial sem parâmetros, o que deve ser levado em consideração, na análise dos fatos.

É certo que a forma jurídica mais adequada seria o aditamento do contrato, para que a avença contemplasse os serviços que por fato imprevisto, alheio à vontade de SPTURIS e da Contratada, tornaram-se necessários. Essa alternativa foi aventada pela própria Origem, havendo a área técnica solicitado a formalização de termo aditivo à área jurídica.

No entanto, não houve tempo hábil para a formalização e a área jurídica da Origem corretamente observou que não era possível a celebração do aditamento, já que os fatos já haviam ocorrido e o serviço sido prestado, devendo o pagamento ser efetuado por indenização, sob pena de enriquecimento ilícito pela Administração.

Apontou, ainda, o jurídico da Origem, que a autoridade competente deveria analisar a necessidade de eventual responsabilidade pela não realização do aditamento ao contrato no prazo devido. O aditamento, todavia, ainda que tivesse sido suscitado a tempo, se afigurava impossível no caso em tela, pois o valor dos serviços extraordinários e não previstos em contrato, corresponde a aproximadamente 36% do valor original da contratação. Assim, estaria ultrapassado o limite previsto na Lei Federal 8.666/93. Portanto, na situação contida nos autos, o Administrador não poderia aditar o contrato, tendo duas alternativas possíveis: contratar emergencialmente ou realizar os serviços com a Contratada, mas sem

cobertura contratual e proceder ao pagamento por indenização. Como dito anteriormente, a vantagem de utilizar os serviços da Contratada é que os preços praticados sabidamente eram vantajosos e compatíveis com o mercado e seriam executados por uma empresa que tinha capacidade técnica, já que tinha apresentado atestados no certame que a habilitaram e havia prestado os serviços contratados a contento.

Se contratasse emergencialmente, o Administrador eventualmente poderia não lograr encontrar, em curto espaço de tempo, prestadores de serviços qualificados e disponíveis para realizar as obras. Certamente, o preço de contratação de um terceiro, nesse caso, seria superior, já que ele precisaria arcar com custos de mobilização que já haviam sido amortizados pela Contratada.

Sopesando, assim, os fatos apresentados, a opção pelo pagamento por indenização, por ausência de cobertura contratual, embora não seja a solução ideal, revela-se justificada diante dos exíguos prazos apresentados pela Organização da Prova, em caso em que aguardar a formalização de um contrato emergencial poderia acarretar a inutilidade da contratação.

Além disso, tendo sido os serviços efetivamente prestados e recebidos, a Administração não pode locupletar-se indevidamente e deixar de efetuar pagamento em razão da ausência de previsão contratual. A Lei Federal 8.666/93 prevê no art. 59, parágrafo único, que até mesmo em casos mais graves, de nulidade do instrumento contratual, a Administração deve indenizar o contratado pelo que houver sido executado e por outros prejuízos comprovados, que não lhe forem imputáveis, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

No caso em tela, não há que se aventar responsabilidade de agente público, já que os serviços foram acrescidos por demanda externa à Administração, pela Federação Internacional de Automobilismo.

E em relação ao pagamento por indenização, doutrina e jurisprudência o consideram meio idôneo de pagamento, em casos de recebimento de serviço sem cobertura contratual. Veja-se o que diz Marçal Justen Filho, a respeito da invalidade contratual, utilizada, por analogia, ao caso em julgamento:

> *"Ao se vedar o confisco de bens por parte do Estado, torna-se juridicamente descabida a possibilidade de apropriação de bens e direitos privados sem uma contrapartida. A eventual invalidade do ato jurídico que conduziu o particular a realizar prestação em benefício do Estado não legitima o enriquecimento sem causa. Caberá a restituição do equivalente ao que o particular executou em prol do estado. Se tal se verificar impossível, a solução será a indenização pelo correspondente."*[1]

No mesmo sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Segundo jurisprudência pacífica desta Corte, ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo,*

por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter contratado concorrido para a nulidade".[ii]

A respeito desse julgado e da previsão legal, no que tange à imputabilidade de quem deu causa a essa situação anômala, registre-se que não constam dos autos elementos que comprovem má-fé dos agentes públicos ou da Contratada, pois os serviços, como já abordado neste voto, foram demandados e exigidos pela Organização do Evento e pela Federação Internacional de Automobilismo, entes independentes.

Assim, o quantitativo imprevisto, surgido posteriormente, não pode ser imputado à Origem ou à empresa que realizou os serviços. Feitas essas ponderações, em vista de o documento constante de fls. 356/357 e denominado "Termo de Entendimento" ser apenas a documentação de um pagamento por indenização de uma prestação de serviços sem cobertura contratual, que a SPTURIS deveria fazer, sob pena de ser compelida judicialmente a tanto, considero que a avença entabulada pode ser acolhida, posto que justificadas as circunstâncias extraordinárias que levaram a que fossem prestados serviços não previstos nos quantitativos iniciais, por fator externo e sem indícios de conduta irregular.

Diante do exposto, JULGO REGULARES a Tomada de Preços 001/006 e o Contrato GJU 81/06 e ACOLHO o "Termo de Entendimento" pelo qual a Origem realizou pagamento de serviços não previstos originalmente em contrato, por indenização, à Contratada.

---

[i] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 16. ed., RT: São Paulo, 2014, p. 974..

[ii] Superior Tribunal de Justiça, 2ª. Turma, AgRg no AI 1.056.922/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, d.j. 10/02/2009.