TC nº 72-001.835.01-22

EMENTA 2º JULGADO

ANÁLISE. TERMO ADITIVO. SMT. Serviços de engenharia de tráfego e educação de trânsito. REGULAR. Votação por maioria.

EMENTA 1º JULGADO

ANÁLISE. CONTRATO. CET. Serviços de engenharia de tráfego e educação de trânsito Irregularidades relevadas. ACOLHIDO. RECOMENDAÇÃO. Votação por maioria.

TCs citados: 72.005.244.01-98, 72.003.173.00-90.

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Eurípedes Sales – Revisor "ad hoc", após vista que lhe fora concedida na 2.419ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro Maurício Faria – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Maurício Faria – Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor "ad hoc" e Antonio Carlos Caruso, em julgar regular o Termo Aditivo 001/2001, relativo ao Contrato 02/01-SMT-GAB.

Vencido o Conselheiro Edson Simões, que, consoante voto apresentado em separado, julgou irregular o Termo Aditivo 001/2001, sem aceitação de seus efeitos financeiros, bem como aplicou ao ordenador da despesa a multa de R$ 435,00 (quatrocentos e trinta e cinco reais), em razão dos atos impróprios cometidos, nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor "ad hoc", Antonio Carlos Caruso e Edson Simões.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de maio de 2009.

Roberto Braguim
Presidente.

Maurício Faria
Relator.

RELATÓRIO

Em julgamento o Termo de Aditamento nº 001/2001, cujo conteúdo define a prorrogação do ajuste e a adequação da execução dos serviços contemplados no Contrato nº 02/01, celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes-SMT e a Companhia de Engenharia de Tráfego-CET, cujo objeto contemplou a prestação de serviços de engenharia de tráfego e educação de trânsito, contrato já analisado e acolhido por esta Corte, em 06 de agosto de 2003.

A Auditoria manifestou-se pela irregularidade do Termo, em razão de não ter sido ele precedido de pesquisa de preço ou de planilha de orçamento, bem como diante da ausência de certidões válidas do FGTS e INSS.

A Origem justificou a regularidade do Termo de Aditamento, por meio dos seguintes argumentos: os serviços são essenciais e não admitem solução de continuidade; a contratada vem discutindo judicialmente a existência de débitos com o INSS, o que impede a expedição de certidão negativa; a entidade foi criada com o fim específico de gerir o trânsito do Município; os serviços podem ser subcontratados e, nesse momento da subcontratação, realizou-se o procedimento licitatório, o que por si só garante o comparativo de preços; a mão de obra da CET para a realização dos serviços contratuais é fixada de acordo com seu quadro de carreiras, cujos demonstrativos fazem parte da proposta apresentada, bem como do contrato.

A Assessoria Jurídica de Controle externo opinou pela regularidade do Termo de Aditamento. Contudo, propôs que a Origem apresentasse justificativa para os preços praticados, bem como que fosse fixado prazo para que a situação com o INSS e FGTS fosse regularizada.

A Origem apresentou suas justificativas e documentos, os quais, após a análise de Aud, foram considerados insuficientes. A AJCE também entendeu insuficientes os argumentos apresentados.

Instada a se manifestar, a CET apresentou suas justificativas para os preços praticados, juntou certidão positiva com efeito negativo do INSS e afirmou que, à época da contratação, encontrava-se regular com o FGTS. Destacou, por fim, que as impropriedades não geraram lesão ao interesse público e

que os serviços de planejamento e operação do sistema viário, bem como a educação de trânsito, são prestados com exclusividade pela CET à SMT.

O Sr. Carlos Alberto Rolim Zarattini também apresentou suas justificativas, as quais não discrepam, tampouco inovam, do quanto já deduzido pela SMT e CET.

A Auditoria e a AJCE reiteraram seus posicionamentos pela irregularidade do Termo Aditivo.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento do Termo Aditivo sob o argumento de que não havia alternativa à SMT senão contratar a CET, já que esta última detém competência legal para desempenhar com exclusividade os serviços em apreço. No que toca às certidões, afirmou que a CET está tomando todas as providências para regularizar sua situação com o INSS e que, à época da celebração do Termo Aditivo, estava regular com o FGTS. Entendeu ainda, quanto aos preços praticados, que o contrato em análise assemelha-se a um contrato de gestão.

A Secretaria Geral argumentou que, quanto aos preços praticados, por se tratar de contratação de empresa integrante da própria Administração, eles não são passíveis de mensuração específica, bastando que se mostrem compatíveis. Nesse sentido, invocou decisão desta E. Corte nos autos do TC nº 5.244.01-98. Aduziu, ainda, que não restou demonstrado nos autos que os preços praticados foram excessivos ou desvantajosos. Quanto à regularidade fiscal, ponderou que tal exigência deve ser analisada, tendo em vista o princípio da continuidade do serviço público, apoiando-se em precedentes desta E. Corte (TC nº 3.173.00-90), bem como em decisão do Tribunal de Contas da União, que entendeu possível a contratação pela Administração Pública de entes paraestatais, detentores do monopólio de serviços públicos essenciais, mesmo sem a apresentação das certidões de regularidade do INSS e FGTS, invocando, para tanto, o princípio da continuidade do serviço público. Opinou, portanto, pelo acolhimento do instrumento "sub examine", sugerindo a relevação das impropriedades apontadas.

É o relatório.

VOTO

Cumpre, de início, enfatizar que as questões ventiladas nos autos como impeditivas do acolhimento do Termo de Aditamento em análise já foram objeto de discussão ao tempo do julgamento dos TCs nºs 5.244.01-98, 5.008.01-35, 3.018.02-07 e 1.170.02-92, quando foram analisados os contratos firmados entre a SMT e a CET, cujo objeto guarda total identidade com o contrato que deu origem ao Termo de Aditamento que ora se examina. Invoco, assim, as razões aduzidas naquela oportunidade.

Com efeito, o objeto do Contrato nº 02/01-SMT.GAB reflete, basicamente, as atividades de Engenharia de Tráfego e Educação de Trânsito no Município de São Paulo, atividades essas inerentes à finalidade institucional da CET, nos termos do disposto no art. 2º da Lei Municipal nº 8.394/76.

Com o intuito de assegurar a supremacia do interesse público, algumas das funções que integram a competência originária do Município foram delegadas às empresas públicas, as quais detêm exclusividade na prestação dos serviços intrínsecos às suas atividades institucionais, razão pela qual já tive a oportunidade de expor meu entendimento no sentido de que a validade jurídica dos termos acordados encontra-se presente diante da relevância e essencialidade dos serviços públicos envolvidos, em que pesem as irregularidades apontadas no curso da instrução processual.

É, pois, diante desse cenário que passo a enfrentar as questões levantadas pelos Órgãos Técnicos. Por primeiro, quanto à eventual insuficiência de justificativa acerca dos preços contratados, entendo que os custos inerentes à execução dos serviços têm características de um orçamento de custeio, envolvendo toda a estrutura de uma empresa cuja atividade se desenvolve em apoio à Administração Direta. Assim, verifica-se que os serviços ora analisados não se mensuram em partes, tarefas ou em horas despendidas, razão pela qual, no caso específico, a demonstração de custos apresentada nos autos basta para garantir o cumprimento dos requisitos legais autorizativos da contratação direta, já que as planilhas evidenciam a formação dos preços do contrato, na medida em que advêm dos próprios custos da CET, o que se mostra em conformidade com o § 9º do art. 7º da Lei nº 8.666/93.

Destaco, outrossim, que a compatibilidade dos preços contratuais com aqueles praticados no mercado não foi em momento algum questionada pelos Órgãos Técnicos desta E. Corte, não se cogitando, portanto, de qualquer indício de prejuízo ao erário.

Em relação à comprovação da regularidade fiscal, reforço meu entendimento no sentido de que, em tese, a contratação pela Administração Direta com empresa integrante da Administração Indireta não dispensa sua demonstração, vez que a esta se encontra, de igual forma, submetida à regra contida no §3º do art. 195 da Constituição Federal. Contudo, como se depreende do quanto já exposto, o objeto contratado se mostra essencial à continuidade do serviço público, posto que prestado com exclusividade pela empresa contratada diante de competência estabelecida em lei.

Desta forma, em caráter excepcional, o princípio da continuidade do serviço público pode ser invocado para convalidar os contratos firmados com empresas estatais em débito para com o sistema da seguridade social, vez que se encontra a Administração sem alternativa para garantir a manutenção de serviço público de natureza essencial.

Este é o entendimento exarado pelo Tribunal de Contas da União como bem apontado pela Secretaria Geral.

Somando-se aos argumentos expostos, não se pode deixar de atribuir, também, especial destaque ao fato de que, nos relatórios da auditoria, relativos à análise dos processos de prestação de contas anuais da CET do exercício de 2001, consta ainda informação noticiando a existência de parcelamento consolidado da dívida através da Administração Direta, tendo isso, inclusive, constado das justificativas apresentadas nos autos, ao se afirmar a existência de pendência judicial acerca do reconhecimento do referido débito.

Frente a tudo o quanto exposto, julgo regular o instrumento em análise.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Conforme relatório da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo, o Termo Aditivo número 001/2001, ora em julgamento, não apresenta justificativa de preços nem CND (Certidão Negativa de Débito) junto ao INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) e tampouco Certificado de Regularidade do Empregador perante o FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), com validade à época do ajuste.

Face ao que dos autos consta, comprovou-se que assiste razão aos órgãos técnicos quanto à irregularidade do instrumento sob exame, posto que se trata de empresa da administração pública indireta, no caso, a Companhia de Engenharia de Tráfego a qual não está isenta do cumprimento da lei, nem permite que a Origem proceda a exegeses para justificar seus atos infringentes à legislação de regência, especialmente o disposto no artigo 195 da Constituição Federal, § 3º, a exemplo de dispensar a apresentação da CND (Certidão Negativa de Débito), quando não comprova que a Contratada, à época do ajuste, estaria discutindo na via judicial a cobrança de contribuições sociais julgadas indevidas, sendo sabido que o INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) expede certidão positiva com efeito de negativa, desde que haja liminar ou depósito judicial visando à suspensão da exigibilidade do crédito, nos termos do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional.

A esse respeito, tem o Pleno deste Tribunal entendimento de ser obrigatória a apresentação de Certidão Negativa de Débito – CND (INSS) e FGTS, ainda que positiva com efeito de negativa, por empresa pública, em cumprimento ao disposto no artigo 195 da Constituição Federal, combinado com o artigo 47 da Lei número 8.212/91.

No tocante à dispensa de justificativa de preços e de planilha de custos, as justificativas apresentadas pela origem, não possibilitam concluir que o preço ofertado seja compatível com o mercado ou que esteja

justificado, visto que não foi demonstrada, pela Empresa, a comparação de seus preços/custos com o mercado.

Ademais, ainda que o artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, no inciso VIII (oitavo), preveja a possibilidade de contratação direta de entidade que integre a Administração Pública que tenha sido criada para o fim específico de prestar certos tipos de serviços, é essencial que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado, consoante determina o mesmo dispositivo legal citado, em respeito aos princípios da economicidade, moralidade e eficiência, violados pela Origem.

Da mesma forma, a falta de planilha de orçamento com preços unitários e quantitativos de serviços, contraria a exigência contida no artigo 7º, § 2º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93.

Diante do exposto, JULGO IRREGULAR o Termo Aditivo 001/2001, sob análise, sem aceitação dos efeitos financeiros dele decorrentes.

E, em razão das irregularidades verificadas no ajuste, APLICO ao Ordenador da Despesa a MULTA de R$ 435,00 (quatrocentos e trinta e cinco reais), em razão dos atos impróprios cometidos, nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei número 9.167/80.

1º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, após determinação de Sua Excelência, na 2.106ª S.O., para que os autos lhe fossem conclusos. Na referida sessão, votaram os Conselheiros Eurípedes Sales e Fernando de Paula Simões e, na 2.104ª S.O., votaram os Conselheiros Maurício Faria – Relator e Edson Simões – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Maurício Faria – Relator, bem assim pelo voto do Conselheiro Eurípedes Sales, votando o Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea “a”, do Regimento Interno desta Corte, em acolher o Contrato 02/01-SMT.GAB, recomendando à Origem que, doravante, observe atentamente os prazos legais e aqueles fixados nas Instruções emanadas desta Corte de Contas.

Vencidos, em parte, os Conselheiros Edson Simões – Revisor, consoante voto apresentado em separado, e Fernando de Paula Simões, que julgaram irregular o ajuste e aplicaram multa ao responsável.

Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Simões – Revisor, Eurípedes Sales e Fernando de Paula Simões.

Presente, nesta sessão, o Conselheiro Roberto Braguim, sem direito a voto, tendo em vista que o mesmo foi proferido pelo Conselheiro Substituto Fernando de Paula Simões, na 2.106ª S.O.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 6 de agosto de 2003.

Antonio Carlos Caruso
Presidente, com voto.

Maurício Faria
Relator.

RELATÓRIO

Em julgamento o Contrato nº 02/01-SMT-GAB, celebrado em 26 de janeiro de 2001, entre a Prefeitura do Município de São Paulo, representada pelo Sr. Secretário Municipal de Transportes, e a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, com fundamento na hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso VIII do artigo 24 da Lei Federal n° 8.666/93, com as alterações posteriores, tendo por objeto a prestação, pela CET, de serviços de engenharia de tráfego e educação de trânsito no Município de São Paulo, com vigência de 1º de janeiro de 2001 a 31 de março de 2001, no valor de R$ 48.200.000,00.

Analisados por AUD os elementos pertinentes à contratação, esta concluiu pela sua irregularidade, apontando as seguintes considerações:

– infringência do artigo 5° do Decreto Municipal n° 23.639/87, tendo em vista que a emissão da Nota de Empenho foi feita em 26/01/01, após o início de vigência do prazo contratual, não encontrando respaldo na excepcionalidade prevista no artigo 46 do Decreto Municipal n° 40.219/00, que fixou normas para a execução orçamentária de 2001;

- infringência do artigo 60 da Lei Federal n° 4.320/64, tendo em vista que a autorização para a contratação ocorreu somente em 23/01/01 e a despesa teve início em 1/01/01;

- infringência do artigo 76, § 2°, da Lei Municipal n° 10.544/88, tendo em vista que a formalização do contrato deu-se após o início de vigência do prazo contratual, acarretando efeitos financeiros retroativos;

- infringência do artigo 79 da Lei Municipal n° 10.544/88, bem como descumprimento da Instrução n° 01/92, em virtude da extemporaneidade da publicação e da remessa da documentação a este Tribunal.

Instada a se manifestar sobre as irregularidades apontadas por AUD, a Origem apresentou defesa enaltecendo o caráter continuado da prestação dos serviços especificados e o prazo de vigência dos Contratos nº 07/99/SMT.G e n° 09/00/SMT.G, cujo termo ocorreria, respectivamente, em 15/12/00 e 31/12/00.

Por conseguinte, trilha no sentido de afirmar não haver ocorrido qualquer infringência ao § 2° do artigo 76 da Lei n° 10.544/88, pois, ao contrário, a contratação encontraria respaldo no § 3° desse mesmo dispositivo legal, justificando-se os efeitos financeiros retroativos conferidos ao Contrato n° 02/01/SMT.G, ante a iminência de danos irreparáveis à ordem coletiva que a demora para a celebração do contrato poderia ocasionar.

Ainda no que tange ao reconhecimento da condição de excepcionalidade prevista no § 3° do artigo 76 da Lei Municipal referida, houve especial destaque em relação à mudança da gestão do governo municipal em 1/01/2001, situação esta que contribuiu sobremaneira para o descompasso constatado, mas que não impediu a adoção, mesmo que a destempo, de todas as providências que a formalização do ajuste reclama, não gerando, pois, qualquer vício para a contratação efetivada, prejuízo para a Municipalidade ou afronta aos demais princípios que regem os contratos administrativos.

Analisadas as razões de defesa por AUD, a Divisão Técnica V, invocando que as contratações em caráter de emergência devem ser enquadradas no inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, concluiu não estarem as justificativas apresentadas em consonância com o dispositivo legal que autorizou a contratação, tendo em vista que a fundamentação legal lançada cinge-se aos termos do inciso VIII daquele artigo 24. Assim, AUD manteve as conclusões por ela antes alcançadas, no que foi acompanhada pela Secretaria de Fiscalização e Controle.

Embora não uníssono o entendimento no âmbito da Assessoria Técnica Jurídica, a conclusão daquela Especializada foi no sentido da aceitação dos argumentos de defesa e da regularidade da contratação, em virtude do disposto no § 3° do artigo 76 da Lei Municipal n° 10.544/88, do princípio da continuidade do serviço público e do princípio da razoabilidade, ressaltando a não-constatação de dolo ou má-fé, pelo que opina pelo acolhimento do ajuste e pela relevação das falhas apontadas relativamente ao artigo 5° do Decreto n° 23.639/87 e à Instrução n° 01/02.

A Divisão Técnica V e a Secretaria de Fiscalização e Controle, não obstante o entendimento alcançado pela AT-J, ratificaram suas conclusões anteriores, no sentido da irregularidade da contratação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, endossando as manifestações da AT-J e entendendo plenamente justificadas pela Origem as falhas apontadas, opina pela regularidade da contratação, sem prejuízo de eventuais recomendações por parte deste Tribunal.

A Secretaria-Diretoria Geral perfilhou o mesmo entendimento da AT-J e da PFM, entendendo que os esclarecimentos apresentados pela Origem são suficientes para justificar a sua conduta, permitindo o acolhimento do ajuste, não obstante as impropriedades constatadas.

Para tanto, ressalta que o princípio da continuidade do serviço público não permite a paralisação nos serviços básicos, cujas funções são essenciais à toda coletividade, e, neste sentido, invoca os princípios do artigo 3° da Lei Federal n° 8.666/93 e o princípio da proporcionalidade, para afirmar que condutas administrativas válidas são aquelas concretamente adequadas à realização dos valores buscados, consistentes, no caso dos presentes autos, na continuidade da prestação de serviços vitais para a cidade de São Paulo.

Entende, por conseqüência, que a emissão da Nota de Empenho após o início da vigência do contrato encontra amparo no § 3° do artigo 76 da Lei Municipal n° 10.544/88 e que as demais impropriedades apontadas foram suficientemente justificadas, não havendo nos autos notícia de dolo, má-fé ou prejuízo ao erário, razão pela qual opina no sentido do acolhimento do ajuste, sem embargo das recomendações por parte desta Corte.

É o relatório.

VOTO

Diante da análise dos elementos que instruem os presentes autos, verifico que o administrador público, ante a situação fática com que à época se deparou, caracterizada pela necessidade pública a ser atendida já nos primeiros momentos do período de transição de governo, atuou com diligência na persecução do interesse público, à luz dos princípios regedores do direito, pelo que entendo que as irregularidades apontadas pelos órgãos técnicos desta E. Corte, de natureza meramente formal, merecem ser relevadas.

Com efeito, conforme se depreende do processado, no último mês do ano de 2000 – término do governo anterior - findavam duas contratações celebradas entre a Secretaria Municipal de Transportes e a Companhia de Engenharia de Tráfego, cujo objetivo era a prestação de serviços, pela CET, relacionados com o planejamento do trânsito, projeto de sinalização viária, sinalização viária propriamente dita, operação do sistema viário, educação de

trânsito, plano de modernização tecnológica das centrais de tráfego e serviços de apoio às atividades desenvolvidas por SMT/DSV e CPTRAN, além da fiscalização e operação do Sistema Viário, entre outros.

Considerando as atividades descritas no objeto do contrato ora em julgamento, a teor de sua Cláusula Primeira, resta evidenciada a natureza continuada dos serviços prestados, cuja finalidade básica é o atendimento de uma necessidade pública permanente na área de engenharia de tráfego e educação de trânsito, dada a extensa e complexa malha viária existente no Município de São Paulo, cabendo destacar, inclusive, a situação de adaptação às normas do Código Nacional de Trânsito, à época, recém-editado.

Desta feita, cumpre reconhecer os serviços em tela como de natureza essencial, cuja eventual solução de continuidade poria em risco a segurança e o bem-estar da população.

É, pois, diante deste cenário que, encerradas as contratações anteriores ao final do mês de dezembro de 2000, impunha-se a imediata continuidade da prestação dos serviços por parte da CET, independentemente das questões que pudessem estar relacionadas à concomitância da mudança do governo municipal que assumia o mandato 2001-2004, já estando consignados na Lei Orçamentária de 2001 os recursos necessários para atendimento daquela permanente necessidade pública.

Como expressão maior de tais assertivas, podemos observar, à fl. 41 dos autos, a junção de cópia da Nota de Reserva nº 60.01.000355.7, emitida já em 09 de janeiro de 2001 e assinada pelo então Secretário dos Transportes, titular da Unidade de Despesa, confirmando a existência, na previsão orçamentária para aquele exercício, de recursos para a especificação da despesa CET-Serviços ‘Serviços de Engenharia de Tráfego e Educação de Trânsito’, ratificada posteriormente mediante despacho de autorização exarado por aquela mesma autoridade pública em 23 de janeiro de 2001, quando da finalização dos entendimentos que vinham sendo mantidos entre a SMT e a CET, relativamente aos aspectos definidores do conteúdo técnico do ajuste, conforme demonstram os documentos que instruem os presentes autos.

Não obstante a formalização do contrato tenha somente ocorrido em 26/01/01, constata-se que já no início desse mesmo mês, decorrida apenas uma semana da mudança do governo Municipal, a Origem, por força do dever de continuidade no desempenho da atuação pública e, também, autorizada que estava pela aprovação de recursos orçamentários do exercício de 2001, envidou esforços para adotar as providências necessárias, inclusive sob o aspecto técnico-operacional, visando a satisfação do efetivo interesse público, consubstanciado na nova contratação da CET, aos mesmos valores tarifários estabelecidos pelo Contrato nº 07/99-SMT.GAB, consoante atesta o DSV (fls. 78/81) e é ressaltado pela assessoria jurídica de SMT (fls. 106/107).

Todavia, à evidência, os atos administrativos envolvendo aspectos orçamentários e financeiros atinentes à contratação deveriam necessariamente estar respaldados pela Lei Orçamentária de 2001 e pelas demais normas atinentes à execução orçamentária para aquele exercício, sob pena de ilegalidade.

Ressalto, neste passo, datar de 29/12/2000 a Lei Municipal nº 13.104, que aprovou a execução da despesa orçamentária do exercício de 2001, sendo que, nesta mesma data, foi editado o Decreto Municipal nº 40.219, que estabeleceu a possibilidade de serem emitidas as notas de empenho , excepcionalmente, no mês de janeiro de 2001, retroagindo seus efeitos à data de realização da despesa.

> *'Decreto Municipal nº 40.219 - Artigo 46 – As Notas de Empenho emitidas no mês de janeiro, excepcionalmente, produzirão efeitos retroativos à data de início de realização da despesa, desde que a referida data esteja inserida no período de indisponibilidade do Sistema de Execução Orçamentária - SEO e o despacho autorizatório do Titular da Unidade Orçamentária tenha sido exarado antes do início de vigência da despesa'.*

A regra contida nesse dispositivo é dotada de excepcionalidade frente ao Decreto Municipal nº 23.639, de 24/03/87, cujo artigo 5° estabelece que '*as providências para a emissão da Nota de Empenho, a que se refere o artigo anterior, precederão, obrigatoriamente, ao início da vigência do prazo'*.

Entretanto, parece-me que essa excepcionalidade, em virtude do princípio de legalidade, deva ser tomada à luz da legislação local disciplinadora das contratações da Administração Pública municipal, em vigor à época dos fatos, ou seja, da Lei n° 10.544/88.

Referido diploma legal, a par de vedar a atribuição de efeitos financeiros retroativos nos contratos (artigo 76, § 2°), excepcionou, no § 3° desse mesmo artigo, entre outros, os casos de extrema e comprovada urgência de serviços de caráter inadiável, atentando o legislador para o fato de que eventual demora para a prévia celebração do contrato pudesse acarretar danos irreparáveis à ordem coletiva, à saúde pública ou à segurança nacional, permitindo a formalização oportuna dos ajustes, a convalidar assim os serviços cuja execução já se tivesse iniciado.

É o caso dos autos, onde se constata que o administrador público, premido pela essencialidade dos serviços e pela natureza permanente, contínua e inadiável das ações públicas na área de trânsito e tráfego da cidade, e ciente do seu dever de atuação e da existência de recursos suficientes aprovados no orçamento anual da Secretaria para aquela atividade, adotou as providências que entendeu mais adequadas à situação a ser enfrentada, autorizando a reserva dos recursos para suportar a despesa decorrente e dando continuidade aos serviços,

prévia e excepcionalmente à produção dos demais atos e à formalização do contrato, com prevalência, assim, dos princípios da legalidade, da finalidade pública, da continuidade do serviço público e da razoabilidade, atuando segundo a discricionariedade permitida pela legislação em vigor, a teor do disposto no artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.666/93, com as posteriores alterações, no § 3º do artigo 76 da Lei Municipal nº 10.544/88 e no artigo 46 do Decreto nº 40.219/2000.

Calha, neste passo, relembrar as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que entende que, *'embora a discricionariedade exista para que o administrador adote a providência ótima para o caso, inúmeras vezes, se não na maioria delas, nem ele nem terceiros poderiam desvendar com certeza inobjetável qual seria esta providência ideal. É exato, pois, que existindo discrição, é ao administrador – e não ao juiz – que cabe decidir sobre qual seria a medida adequada'* (In: Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 80).

Por fim, cumpre considerar que, muito embora a avença esteja fundamentada no inciso VIII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, a hipótese da contratação direta é, na verdade, a inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição, porquanto o objeto do ajuste ora em exame, ao recair sobre atividades específicas delegadas à CET por força da legislação que lhe autorizou a constituição, retirou do administrador público qualquer margem de discricionariedade quanto à escolha da pessoa contratada para satisfação daquela finalidade pública.

Para tanto, é oportuno salientar que, na conformidade da Lei nº 8.394, de 28/05/76, com as alterações promovidas pela Lei nº 10.399, de 23/11/87, diplomas definidores das atribuições específicas da CET para atendimento da finalidade da Administração Pública, as atividades na área de planejamento do trânsito e operação do sistema viário pertencem ao campo próprio de sua atuação.

Com efeito, estabelece o artigo 2º dessa legislação ser objetivo social da Companhia: *'I – planejar e implantar, nas vias e logradouros do Município, a operação do sistema viário, com o fim de assegurar maior segurança e fluidez do trânsito e do tráfego; II – promover a implantação e a exploração econômica de equipamentos urbanos e atividades complementares, na forma e em locais definidos por decreto do Executivo, de modo a melhorar as condições do trânsito e do tráfego; III – prestar serviços ou executar obras relacionados à operação do sistema viário, mediante contratos com pessoas de direito público ou privado e, ainda, com pessoas físicas'*.

Em abono a esta tese, cito o entendimento de Marçal Justen Filho, ao comentar o referido inciso VIII do artigo 24 daquele diploma legal:

> *'Rigorosamente, portanto, a situação prevista no inc. VIII não pode ser qualificada de 'dispensa'. É que a licitação apenas é obrigatória quando a contratação envolve 'terceiro', tal como disposto no art. 2º. Somente se pode 'dispensar' a licitação quando for obrigatória, em tese, sua*

realização. No caso, a licitação não seria obrigatória, eis que não se verifica relação jurídica da Administração com terceiro. Portanto e rigorosamente, o inc. VIII é inútil, eis que se atingiria o idêntico resultado pela aplicação direta do art. 2º' (In: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 8ª ed., São Paulo: Dialética, 2000, p. 250).

Isto posto, entendo que os procedimentos da Origem demostraram-se coerentes com a finalidade pública objetivada pela contratação, estando em conformidade com os princípios constitucionais e legais antes referidos e amparados pela legislação aplicável, em vigor à época dos fatos, o que se me afigura suficiente o bastante a ponto de respaldar e legitimar a despesa ora examinada, até porque não há nos autos notícia de dolo, má-fé ou prejuízo ao erário. Assim, acolho o Contrato nº 02/01-SMT-GAB, recomendando à Origem que doravante observe atentamente os prazos legais e aqueles fixados nas Instruções emanadas desta Corte de Contas.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Acompanho a manifestação da Secretaria de Fiscalização e Controle e da Subchefia da Assessoria Jurídica deste Tribunal, no sentido da irregularidade da contratação, visto que restou evidenciada a prática de irregularidades pela Origem, quando emitiu a nota de empenho após o início de vigência do prazo contratual e não autorizou a contratação previamente ao início da realização da despesa, infringindo o artigo 5º do Decreto Municipal número 23.639/87. Ainda, a autorização para a contratação somente ocorreu em 23/01/01 e a despesa teve início em 01/01/01, em desacordo com o artigo 60 da Lei 4.320/64. E a formalização do contrato deu-se após o início de vigência do prazo contratual, acarretando efeitos financeiros retroativos, infringindo o artigo 76, parágrafo 2º da Lei 10.544/88, caracterizando contratação verbal, que é vedada pela legislação vigente.

Conforme se verifica, os procedimentos da Origem feriram frontalmente normas objetivas, razão pela qual JULGO IRREGULAR o Contato número 02/01. Ainda, à vista da extemporaneidade na publicação do ajuste e atraso na remessa da documentação ao Tribunal, APLICO ao responsável a MULTA de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei 9.167/80.

VOTO de desempate proferido pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso

Avoquei os presentes autos para proferir voto de desempate quanto ao julgamento do Contrato nº 02/01-SMT-GAB, celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes e a Companhia de Engenharia de Tráfego –

CET, para prestação de serviços de engenharia de tráfego e educação de trânsito, com dispensa do procedimento licitatório fundamentada no artigo 24, inciso VIII, da Lei 8.666/93 e na Lei Municipal nº 10.544/88.

A corrente perfilhada pelo Nobre Conselheiro Maurício Faria, Relator do feito, seguida pelo Nobre Conselheiro Eurípedes Sales, defende a tese de que a contratação em causa merece ser acolhida, posto que demonstrado o atendimento da necessidade pública permanente na área de engenharia de tráfego e educação de trânsito, evitando-se solução de continuidade dos serviços imprescindíveis à segurança e bem-estar da população.

Assim, para os insignes Conselheiros, os procedimentos administrativos relativos à autorização, formalização e emissão de nota de empenho, posteriormente ao início do ajuste, estão justificados pela Secretaria contratante, considerando-se, em especial, a tomada de decisão em início de gestão municipal, a existência de recursos suficientes, aprovados no orçamento anual da Secretaria, a regra de excepcionalidade trazida pelo Decreto Municipal nº 40.219, art. 46, a finalidade pública atingida, a situação emergencial constatada e o fato de que o contratado exerce atividades delegadas da Administração, a configurar verdadeira inexigibilidade de licitação, por inviabilidade lógica de competição.

A corrente liderada pelo Nobre Conselheiro Edson Simões e adotada pelo Nobre Conselheiro Fernando de Paula Simões, sustenta a tese de que a contratação é irregular, visto estar evidenciada a prática de irregularidades pela Origem, nos seguintes aspectos: quando emitiu a Nota de Empenho após o início do ajuste; na não-autorização da contratação previamente ao início da realização da despesa, com infringência do art. 5º do Decreto Municipal nº 23.639/87; na autorização para a contratação ocorrida posteriormente à despesa, em desacordo com o art. 6º da Lei 4.320/64; na formalização do contrato após o início do prazo contratual, com efeitos financeiros retroativos, com infringência do art. 76, § 2º, da Lei 10.544/88; enfim, pela extemporaneidade da publicação do ajuste e da remessa da documentação ao Tribunal, sendo aplicada ao responsável a multa de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais).

É a síntese necessária.

Passo, pois ao voto.

Perfilho a corrente dos Nobres Conselheiros Maurício Faria e Eurípedes Sales, pelos fundamentos que lastrearam o posicionamento dos ínclitos julgadores.

De fato, os procedimentos adotados pela Secretaria contratante foram justificados plenamente numa situação de absoluta excepcionalidade, conforme muito bem explanado pelo Nobre Relator.

Demais disso, os atos praticados não se desgarraram dos princípios da razoabilidade, da indisponibilidade dos interesses públicos e não foram

apurados, na conduta do agente, dolo ou má-fé ou ainda não se constatou prejuízo ao erário.

Dessa forma, acolho o contrato “sub examine”, adotando as razões sustentadas pela corrente a que me inclino, inclusive quanto à recomendação, para que, doravante, a Origem atente aos prazos legais e aos fixados nas Instruções desta Corte de Contas.

Portanto, por 3 votos a 2, acolhido o ajuste, com recomendação, nos termos do voto do Douto Relator.