## JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.003.455.01-22

Licitação - dispensa - emergência - situação fática - ausência da publicação do despacho autorizatório - acolhido o contrato - sem aplicação de multa - voto de desempate do Cons. Presidente.

## RELATÓRIO

Cuida o presente da análise do Contrato número 2001/30, celebrado entre a São Paulo Transporte S/A com a empresa F. Moreira Empresa de Segurança Vigilância Ltda., tendo como objeto a prestação de serviços de vigilância e segurança patrimonial nas instalações administrativas e nos terminais de ônibus urbanos da São Paulo Transporte S/A, no valor de R$ 1.539.727,20 (um milhão, quinhentos e trinta e nove mil setecentos e vinte e sete reais e vinte centavos).

Inicialmente manifestou-se a Assessoria Técnica Jurídica, após documentação oferecida pela Origem, entendendo presentes os requisitos necessários à caracterização da emergência, porém, solicitou manifestação da Assessoria Técnica de Economia relativamente ao preço praticado (folhas 63/65).

A Assessoria Técnica de Economia concluiu que, sob o ponto de vista financeiro, os preços praticados no presente contrato encontravam-se compatíveis com os demais preços afetos aos órgãos públicos e entidades municipais (folhas 92/93).

Concluiu a Assessoria Técnica Jurídica pelo acolhimento do ajuste (folhas 95/97).

Ao proceder sua análise, a Auditoria protestou pela **ausência da publicação do despacho autorizatório** e do certificado de regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Após justificativas e documentação oferecidas pela Origem, a Diretora da Divisão Técnica V ratificou sua anterior conclusão pela irregularidade do ajuste, entendimento diverso do Secretário de Fiscalização e Controle, pois, no tocante à falha na publicação do despacho autorizatório, esclareceu a Origem que, à época do referido ajuste, o entendimento era diverso desta Corte, mas que, a partir do questionamento do Tribunal, a São Paulo Transporte S/A passou a integrá-lo às normas da empresa e, relativamente ao certificado do **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), considerou saneada a pendência quanto ao prazo de validade, em face da argumentação da Origem**, dando conta de que a **validade expirou em 30/06/01**, recaindo num **sábado**, e o novo **expedido em 03/07/01** (folhas 101/102, 108/110 e 121/122).

Mais uma vez, a Assessoria Técnica Jurídica foi solicitada a se manifestar, entendendo que, muito embora a certidão de regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) tenha sido emitida a destempo, ainda assim se fez prova de que a contratada encontrava-se em situação regular, opinando pelo acolhimento do contrato (folhas 134/137).

Pronunciou-se a Procuradoria da Fazenda Municipal, acompanhando o posicionamento da Assessoria Técnica Jurídica, entendendo que a Origem demonstrou com

clareza todos os problemas havidos, opinando pelo acolhimento do ajuste sob exame e pela regularidade da contratação (folha 139).

A Secretaria-Diretoria Geral finalizou igualmente pelo acolhimento da contratação, eis que sanadas as pendências apontadas (folhas 141/144).

**É o relatório.**

## VOTO

À vista das manifestações do Secretário de Fiscalização e Controle, da Assessoria Técnica Jurídica, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria-Diretoria Geral, que passam a integrar o meu voto, **JULGO REGULAR** o Contrato número **2001/30**.

No entanto, ante as impropriedades apontadas, **APLICO** ao Ordenador da Despesa a Multa de R$ 335,00 (trezentos e trinta e cinco reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei número 9.167/80 **.**

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 03 de março de 2004.

**EDSON SIMÕES**
**Conselheiro**

## VOTO EM SEPARADO

Não tenho dúvida de que os serviços de vigilância e segurança patrimonial nas instalações administrativas e nos terminais de ônibus urbanos da São Paulo Transportes S/A sejam imprescindíveis e que não possam ser interrompidos.

Entretanto, há questões anteriores à formalização do contrato em exame, as quais deveriam ter sido elucidadas para que o presente pudesse ser considerado regular.

A emergência em pauta veio dar continuidade aos serviços regrados por contrato cujo vencimento se deu em 30 de junho de 2001.

Por outro lado, consta do processado singela e genérica alusão a uma licitação, em fase de publicação de edital, para nova contratação dos serviços a que se referem os autos.

Tal quadro foi submetido à Diretoria da SPTrans, em 19 de junho de 2001, a qual o considerou bastante para justificar e autorizar a contratação emergencial.

Ora, causa estranheza o fato de não ter sido licitada a contratação em tempo hábil, para que fosse evitada a emergência em questão; além disso, não foram sequer explicitadas as razões dessa morosidade, não sendo possível, portanto, aferir se são elas suficientes para justificar a formalização do ajuste emergencial em exame.

Cumpre frisar, nesse sentido, que da informação DP/GLC nº 048/2001, de 11 de junho de 2001, encartada sob fls. 28/29, consta que não restou caracterizado o fato excepcional que ensejaria a prorrogação do contrato a vencer – naquela altura – em 30 de junho, prevista no parágrafo 4º do artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/93, na sua redação atual, uma vez que o exposto pela área competente não configura 'uma situação de fato excepcional, extraordinária, que tenha afastado completamente a possibilidade de previsão antecipada".

Exatamente pela previsibilidade das conseqüências da situação criada (certeza de vencimento do contrato sem que nova contratação tivesse sido ultimada, fato gerador do risco ao patrimônio público) é que foi justificada a contratação emergencial, configurando-se verdadeira subversão dos princípios que devem nortear as contratações emergenciais.

Entendo, assim, que a hipótese em análise não se subsume à previsão do artigo 24, IV, do diploma federal já mencionado. Ao contrário, a meu ver, restou comprovada a desídia da Origem, ao não adotar, em tempo hábil, as providências para a realização do procedimento licitatório, devendo responder por isso, vez que as excepcionalidades devem ser interpretadas restritivamente, sendo a licitação a regra geral.

Amolda-se ao caso a lição do ilustre administrativista Diógenes Gasparini, ao mencionar que emergência real é aquela cujo

> **"surgimento não decorreu de qualquer comportamento, comissivo ou omissivo, da Administração Pública. Portanto, não é de emergência real a situação que deve ser resolvida de imediato (....), quando dela já se tinha conhecimento muito tempo antes. Nessa hipótese, diz-se que a emergência é ficta, ou fabricada. Em tais casos, há negligência e não urgência". (Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 6ª edição, pág. 425).**

No mesmo sentido a decisão do Tribunal de Contas da União, no TC nº 007.826/94, citada na obra 'Eficácia nas Licitações e Contratos', de Carlos Pinto Coelho da Mota, Editora Del Rey, 8ª edição, página 227:

> **"A falta de planejamento ou o planejamento inadequado das ações a serem executadas não permite que o administrador, em etapa posterior, invoque a dispensa de licitação sob a alegação de situação de emergência".**

Esta, a meu ver, a situação ocorrida no presente. A SPTrans não adotou as providências legais, socorrendo-se, depois, da contratação direta, configurando-se, assim, a emergência ficta.

Isto posto, julgo irregular o Contrato ora analisado, aceitando porém seus efeitos, uma vez que não houve prejuízos ao Erário, e que o preço da contratação é compatível com os praticados no mercado, como aponta a manifestação da AT-Economia, encartada sob fls. 92/93.

Pela demora na adoção das providências tendentes à realização do certame licitatório, bem assim pela não-publicação do despacho autorizatório do ajuste, considerada, no "caput" do artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93, como condição de eficácia do ato, - irregularidade essa já levada em conta pelo nobre Relator - aplico aos responsáveis a multa de

R$ 335,00 (trezentos e trinta e cinco reais), com fundamento no artigo 52, II, da Lei Municipal nº 9.167/80 e no artigo 86, II, do Regimento Interno desta Corte.

É o voto.

TCM, 17 de março de 2004.

**ROBERTO BRAGUIM**
**Conselheiro**

## VOTO DE DESEMPATE

Dessume-se dos autos, após o ocorrido na sessão de nº 2.140 S.O., quando os Ilustres Conselheiros Edson Simões e Eurípedes Sales, invocando prescrição do § único do art. 174 do Regimento Interno, modificaram seus votos, que duas correntes se firmaram.

A primeira, capitaneada pelo voto do Nobre Conselheiro Roberto Braguim, a que se juntou o Conselheiro Relator, Edson Simões, entendendo, pela circunstância de não se ter feito presente situação emergencial a fundamentar a contratação direta, votou pelo não-acolhimento do ajuste, aceitando, porém, seus efeitos pecuniários, posto não ter havido prejuízo ao erário, consoante apontado na manifestação da AT/ Economia, às fls. 92/93.

Foram os responsáveis multados pela demora na realização de certame licitatório e pela não-publicação do despacho autorizatório no Diário Oficial do Município, consoante determinado na lei federal de licitações (art. 26, "caput"), como condição de eficácia do ato.

No voto condutor do Conselheiro Roberto Braguim desenvolveu-se tese no sentido da configuração de emergência ficta, com a descaracterização do fundamento do inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93, tendo, em seu entender, restado comprovada desídia administrativa em face da não-adoção, em tempo hábil, de providências para realização do competente procedimento licitatório.

A outra corrente, constituída pelos Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor e Maurício Faria, acolheu o ajuste com fulcro nos posicionamentos dos órgãos técnicos do Tribunal e da P.F.M., isentando, "ipso facto", os responsáveis, de qualquer apenação.

Com a ocorrência de empate, avoquei os autos nos termos regimentais.

Desempato o julgamento, votando com a corrente dos Nobres Conselheiros Eurípedes Sales e Maurício Faria.

E o faço, pelas razões a seguir expostas.

Primeiramente, há de se levar em conta que a instrução dos autos se desenvolveu no sentido de acatar-se a fundamentação da emergência, tanto que, nesse sentido, manifestam-se a AT/Jurídica, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria-Diretoria Geral.

Tão- somente levantaram-se questões concernentes à falta de publicação do despacho autorizatório e à certidão de regularidade do fundo de garantia por tempo de serviço, acatando-se, porém, no que tange a esta última, as justificativas da SPTRANS.

Por essas razões, os responsáveis na Origem não foram intimados para se defenderem no que tange a eventual desídia administrativa, uma vez que, repita-se, os técnicos aceitaram o embasamento na urgência de atendimento.

Não se pode, com certeza, " data vênia" do entendimento do Nobre Conselheiro Roberto Braguim, afirmar-se, pelos elementos instrutórios do processado, a não configuração do estado de emergência.

Ao contrário, pressupõe-se sua existência, pela circunstância dos técnicos do Tribunal, especialmente os da Divisão Técnica V, não terem objetado os motivos da SPTRANS para a formalização do contrato emergencial.

De outro lado, apenas "ad argumentadum", se de fato entender-se ocorrida uma emergência "ficta", ainda assim haverá o ajuste de ser acolhido.

Isto porque não importa se real ou fabricada: a emergência é uma situação fática, ou seja, ela existe ou não.

Fazendo-se presente, real ou não, embasa o contrato emergencial, resolvendo-se a questão da desídia administrativa por outros meios legais de coerção do agente público.

Nesse sentido, assinala Joel de Menezes Niebuhr, em sua obra "Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública", pág. 278:

> *"A priori, a situação de urgência não deve ser provocada pela incúria da Administração Pública, que tem o dever de planejar e prever todas as suas demandas.*
> .....
> *No entanto, se o interesse público demanda realizar a contratação direta, sem que se possa aguardar a conclusão de licitação, é forçoso reconhecer a licitude da dispensa, mesmo que a desídia de agente administrativo tenha dado causa à demanda. Não é razoável desautorizar dispensa e, com isso, prejudicar o interesse público, que, sem o objeto a ser contratado, acabaria desatendido. Tanto mais, para evitar tais situações é imperativo que sobre os ombros do agente administrativo relapso recaia forte reprimenda, para o efeito de desencorajar comportamentos similares, desde que respeitados os princípios informadores do processo administrativo, entre os quais os do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, previstos nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal".*

No mesmo sentido, de acolher-se a emergência ficta como embasadora da contratação dispensável por urgência, cite-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Vera Lúcia Machado D'Avila, em 'Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos', págs. 104 e 107, respectivamente, e Lucia Valle Figueiredo e Sergio Ferraz amparados em sua obra 'Dispensa e Inexigibilidade de Licitação', pág. 48, em Antonio Carlos Cintra do Amaral.

Analisando o dispositivo legal da dispensa, ora em estudo, manifesta-se o Nobre Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em 'Contratação Direta sem Licitação', pág. 239:

> *"Aqui, emergência diz respeito à possibilidade de se promover a dispensa de licitação. Corolário dessa premissa é, fundamentalmente, a absoluta impossibilidade de atender ao interesse público – fim único de toda atividade administrativa –, se adotado o procedimento licitatório.*
> *Emergência, para autorizar a dispensa, requer a caracterização de uma situação cujo tempo de atendimento implique a necessidade de dispensar o procedimento licitatório".*

Estas as razões que me levam a votar pelo acolhimento do Contrato nº 2001/030 celebrado pela SPTRANS e a empresa F. Moreira Empresa de Segurança e Vigilância Ltda.

Voto, igualmente, pela não-aplicação da multa, tendo em vista que me afigura passível de relevação a falta que restou imputada ao responsável, qual seja, a não-publicação do despacho autorizatório, sendo que, a outra, apontada pelo Ilustre Conselheiro Roberto Braguim, qual seja, demora na realização do certame licitatório, restou prejudicada.

É o meu voto.

**PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO**

Por três votos a dois, acolhido o ajuste sem aplicação de multa.

São Paulo, 24 de março de 2004.

**ANTONIO CARLOS CARUSO**
Presidente

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO, após determinação de Sua Excelência, na 2.140ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Na referida sessão, votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA. Na mesma sessão, os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator e EURÍPEDES SALES - Revisor, nos termos do artigo 174, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte, houveram por bem modificar seus votos proferidos anteriormente, na 2.138ª S.O. O Nobre Conselheiro EDSON SIMÕES - Relator para acompanhar, na íntegra, o voto proferido pelo Nobre Conselheiro ROBERTO BRAGUIM e o Conselheiro EURÍPEDES SALES – Revisor para deixar de aplicar multa ao ordenador da despesa, mantendo o seu voto pela regularidade do contrato em tela.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor e MAURÍCIO FARIA, votando o Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO para efeito de

desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea “a”, do Regimento Interno deste Tribunal, em julgar regular o Contrato 2001/030.

Vencidos os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator e ROBERTO BRAGUIM que, nos termos do voto apresentado em separado pelo Nobre Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, julgaram irregular o contrato em análise, aceitando, porém, seus efeitos, uma vez que não houve prejuízo ao Erário e por considerar que o preço da contratação é compatível com os praticados no mercado. Suas Excelências, também, votaram pela aplicação de multa aos responsáveis no valor de R$ 335,00 (trezentos e trinta e cinco reais), com fundamento no artigo 52, II, da Lei Municipal 9.167/80 e no artigo 86, II, do Regimento Interno desta Corte, tendo em vista a demora na adoção das providências tendentes à realização do certame licitatório, bem assim pela não-publicação do despacho autorizatório do ajuste, considerada, no “caput” do artigo 26 da Lei Federal 8.666/93, como condição de eficácia do ato, irregularidade essa já levada em conta no voto original proferido pelo Nobre Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 24 de março de 2004.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente, com voto

EURÍPEDES SALES
Conselheiro Revisor prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte