JURISPRUDÊNCIA

TC nº72-005.207.02-42

3º Julgado

RECURSOS. REVISÃO. Decisão que julgou irregular os ajustes e aplicou multa. SPTrans. Serviços de operação de transporte coletivo. NÃO CONHECIDOS. Votação unânime.

2.451ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 19.02.2.010.

2º Julgado

RECURSOS. PFM. ORDINÁRIO. SPTrans. Serviços de operação de transporte coletivo. Decisão que julgou IRREGULAR o Contrato e demais termos. Ausência de fatos novos. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO ao Contrato. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO aos demais termos. Votação por maioria.

2.353ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 16.04.2008.

1º Julgado

ANÁLISE. CONTRATO. SPTrans. Serviços de operação de transporte coletivo. Ausência de comprovação da constituição de consórcio e da apresentação da caução individual. Inobservância ao art. 195, § 3º, CF. Art. 56, Lei 8.666/93. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime. DETERMINAÇÃO. MULTA. Votação por maioria.

2.164ª Sessão Ordinária

Tramita em conjunto com os TCs: 72.005.197.02-90, 72.005.198.02-53, 72.005.199.02-16, 72.005.201.02-66, 72.005.202.02-29, 72.005.203.02-91, 72.005.204.02-54, 72.005.205.02-17, 72.005.206.02-80, 72.005.208.02-05, 72.005.209.02-78, 72.005.210.02-57, 72.005.211.02-10,

72.005.212.02-82, 72.005.213.02-45, 72.005.214.02-08, 72.005.215.02-70.

3º ACÓRDÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso de revisão, dos quais é Relator o Conselheiro Roberto Braguim.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em não conhecer dos recursos de revisão interpostos, tendo em vista a não ocorrência da hipótese tipificada nos artigos 148, inciso III, do Regimento Interno deste Tribunal, e 45, inciso V, da Lei Municipal 9.167/80.

Participaram do julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor, Edson Simões e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 14 de outubro de 2009.

Eurípedes Sales – Vice-Presidente no exercício da Presidência.

Roberto Braguim – Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Todos os processos colacionados nos itens 1 a 18 da pauta de julgamento da presente sessão ordinária focalizam Recursos interpostos por ex-diretores da São Paulo Transporte S/A - SPTRANS, subscritores dos contratos celebrados com empresas de transporte coletivo de passageiros.

Os recorrentes pleiteiam, objetivamente, a revisão do v. Acórdão que lhes aplicou a multa administrativa catalogada no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal nº 9.167/80 , alegando, em apertada síntese, agressão aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, assegurados pelo artigo 121 do Ordenamento Interno , e artigo 5º, V, da Constituição Federal.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, na apreciação conjunta de todos esses Recursos excepcionais, opinou pelo seu conhecimento,

posto preencherem os requisitos de admissibilidade, e, no mérito, pelo seu improvimento, por despidos de novos elementos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em polo oposto, posicionou-se pelo seu provimento, ante as informações prestadas pela Secretaria da existência de condições atípicas, e de não haver outro caminho a ser perfilhado senão as contratações emergenciais para garantir a continuidade de serviço público essencial.

A Secretaria Geral, no parecer derradeiro, acompanhou o mesmo entendimento externado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido do conhecimento e improvimento de todos os Recursos.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Consigno, inicialmente, a identidade das partes recorrentes e da matéria atacada em todos os Recursos de Revisão, de igual formatação redacional, motivo pelo qual estou relatando englobadamente todos os 18 (dezoito) processos declinados, por razões de economia processual e uniformidade de julgamento.

Registro, ainda, como referência histórica no exame dos apelos, que esta Egrégia Corte julgou, por Acórdão de 15/09/2004, irregulares os ajustes pactuados pela São Paulo Transporte S/A - SPTrans com as empresas contratadas para a prestação de serviços de operação de transporte público coletivo, aceitando, todavia, à unanimidade, os efeitos financeiros produzidos.

O mesmo julgado determinou, também, o acompanhamento da execução contratual, e, por votação majoritária, a apuração das falhas detectadas, com responsabilização dos agentes implicados, e a imposição de multa de R$ 335,00 (trezentos e trinta e cinco reais) aos responsáveis pelas irregularidades constatadas.

O V. Acórdão de 29/11/2007, a seu turno, negou provimento aos Recursos deduzidos, entre outros, por Carlos Alberto Tavares Carmona, Maurício Thesim e Sérgio Antunes de Oliveira e Souza que novamente mostraram seu inconformismo, agora recorrendo ao apelo excepcional.

Os Recursos ora submetidos ao exame desta Corte de Contas, estão calçados no artigo 148, inciso III, do seu Regimento Interno , que a semelhança do artigo 45, inciso V, da Lei Municipal nº 9.167/80 , admite a revisão das decisões terminativas e dos acórdãos transitados em julgado quando *'violarem disposição literal de lei'.*

Todavia o argumento, a par de vago e lacônico não demonstra, objetivamente, qual disposição de lei foi violentada pelo V. Acórdão atacado, o que é requisito exigido pelo parágrafo segundo do mesmo texto normativo.

Não prospera, de outra sorte, a alegação de infringência aos preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório quando esse tema sequer foi suscitado nos recursos ordinários opostos ao Acórdão originário, restando essa matéria preclusa no rigor dos artigos 183 e 245 do Estatuto Processual Civil, incidentes subsidiariamente.

Aplicando essa regra, em ação que se discutia a capacidade postulatória do interessado, o Colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

> *'Eventual vício existente na correta demonstração da capacidade postulatória deve ser articulado e provado no devido tempo, isto é, nas instâncias ordinárias, ou na primeira oportunidade que a parte teve acesso aos autos (art. 245 do CPC)'.* (STJ, 2ª Seção, RESP. 963.283, AGRG, Min. Fernando Gonçalves, DJU 01/0708 – Cf Theotonio Negrão, CPC, Saraiva, 2009, 41ª edição, pag. 370).

Essa orientação, "mutatis, mutandis", prevalece também no procedimento administrativo, porque fere a lógica jurídica e o bom senso admitir o vício afirmado pelos recorrentes na Instância Excepcional da Revisão quando eles foram omissos no apelo ordinário pretérito na questão somente agora levantada.

Também não vinga, "data venia", o argumento da Procuradoria da Fazenda Municipal de que as informações da Unidade dão respaldo aos Recursos em julgamento, pois isso implicaria revolver toda matéria já definitivamente apreciada e julgada pelo V. Acórdão de 15/09/2004, confirmado, em sede de Recurso Ordinário, pelo V. Acórdão de 29/11/2007.

Por derradeiro, os Recursos não trouxeram elementos novos que justificassem a revisão e alteração do V. Acórdão bombardeado, como anotaram a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral.

Pelas razões expostas, evidenciando a não ocorrência da hipótese tipificada nos artigos 148, inciso III, do Regimento Interno, deste Egrégio Tribunal, e 45, inciso V, da Lei Municipal nº 9.167/80, NÃO CONHEÇO dos Recursos interpostos.

2º ACÓRDÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 5.197.02-90, 5.198.02-53, 5.199.02-16, 5.201.02-66, 5.211.02-10, 5.212.02-82, 5.213.02-45, 5.214.02-08 e 5.215.02-70, e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro Eurípedes Sales.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales – Relator, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, Maurício Faria – Revisor, apresentado em separado, Edson Simões e Roberto Braguim, em conhecer dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e pelos Senhores José Evaldo Gonçalo (São Paulo Transporte S.A. – SPTrans), Maurício Thesin, Eliel Rodrigues Marins, Carlos Alberto Tavares Carmona e Sérgio Antunes de Oliveira e Souza, por presentes os requisitos legais de admissibilidade.

CONSIDERANDO que a justificativa dos recorrentes (de que a ausência de caução e a falta de certidões negativas de regularidade social, junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, podem ser relevadas por se tratar o ajuste de operação de transporte coletivo público, imprescindível à população paulistana) não trouxe elementos novos para os autos, tendo a questão sido decidida no julgamento anterior,

ACORDAM, ademais, no mérito, por unanimidade, em negar provimento aos recursos, quanto à irregularidade dos Contratos 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70 e 71/02, e, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales – Relator, Edson Simões e Roberto Braguim, em negar-lhes provimento também quanto aos seus demais termos, mantendo integralmente os V. Acórdãos recorridos.

Vencido, em parte, o Conselheiro Maurício Faria – Revisor, que, nos termos do voto apresentado em separado, deu provimento aos recursos, para que fossem modificados os V. Acórdãos prolatados, no sentido de, tão-somente, extinguir a multa aplicada, por entender não ter sido evidenciada a existência de má-fé, por parte dos responsáveis, ou de dano ao Erário.

Participaram do julgamento os Conselheiros Maurício Faria – Revisor, Edson Simões e Roberto Braguim.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de novembro de 2007.

Antonio Carlos Caruso – Presidente.

Eurípedes Sales – Relator.

VOTO EM SEPARADO: v. TC 72.005.215.02-70.

1º ACÓRDÃO

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 Conselheiro Maurício Faria - Relator, em julgar irregular o Contrato 68/02, pela inobservância do disposto no artigo 195, § 3º, da Constituição Federal. Nos termos do voto apresentado em separado pelo Conselheiro Edson Simões – Revisor, bem assim do voto do Conselheiro Roberto Braguim, a irregularidade caracterizou-se também tendo em vista o descumprimento da cláusula "16.1" do ajuste, pela falta de recolhimento da garantia contratual, que deveria ser exigida quando da formalização da avença, pois havia previsão de sua exigência quando da definição das condições da contratação direta, infringindo, assim, o artigo 56 da Lei Federal 8.666/93, sendo inaceitável a garantia dada por outra empresa, integrante de outro consórcio, referente à outra área de operação, bem assim por não restar comprovada, nos autos, a constituição do consórcio contratado.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, em acolher, no entanto, os efeitos financeiros do referido ajuste, bem assim em determinar à Secretaria de Fiscalização e Controle desta Corte que proceda ao acompanhamento da execução contratual.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Edson Simões – Revisor, apresentado em separado, e Roberto Braguim, em determinar à Origem que proceda à apuração das falhas ocorridas, com a responsabilização dos agentes que deram causa às irregularidades apontadas.

ACORDAM, afinal, por maioria, pelos mesmos votos, tendo em vista o descumprimento dos preceitos legais, em aplicar a multa de R$ 335,00 (trezentos e trinta e cinco reais) aos responsáveis, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

Vencido, quanto à apuração das falhas, à responsabilização e à multa, o Conselheiro Maurício Faria – Relator, que não as determinou nem aplicou, nos termos de seu relatório e voto apresentados.

Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Simões – Revisor e Roberto Braguim.

Ausente o Conselheiro Eurípedes Sales, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 15 de setembro de 2004.

Antonio Carlos Caruso – Presidente.

Maurício Faria – Relator.

RELATÓRIO e **VOTO englobados**: v. TC 72.005.215.02-70.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Cuida o presente processo de contrato relativo à prestação de serviços de operação de transporte coletivo público de passageiros, em áreas operacionais da Cidade de São Paulo.

Historiando a cronologia dos fatos relativos aos transportes coletivos, registra-se que, desde janeiro de 2002, os serviços vêm sendo prestados sob a égide de contratos emergenciais firmados com Consórcios Operadores, cujos prazos de vigência encerraram em 21 de julho. Assim, por meio de Resolução da Diretoria da São Paulo Transportes S/A, foi autorizada a instauração de novo procedimento específico, visando à contratação emergencial de empresas individuais ou consórcios de empresas, visando à continuidade da operação nas 8 (oito) áreas da Cidade. Em conseqüência, deflagrou-se o processo de contratação excepcional, com a publicação do respectivo termo de referência, convocação dos interessados para reunião de esclarecimentos e designação de data para entrega e abertura de propostas, que gerou a celebração de 18 (dezoito) contratos.

Ao proceder à análise do ajuste, os Órgãos Técnicos deste Tribunal apontaram várias irregularidades, razão pela qual NÃO DEVE SER ACOLHIDA ESSA CONTRATAÇÃO.

Os casos de emergência merecem interpretação cautelosa, visto que a ausência de licitação não constitui a regra, mas a exceção. Incumbe à Administração avaliar a presença de dois requisitos, ou seja, a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano, demonstrando que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco.

Não se pode alegar a emergência para uma situação perfeitamente previsível, como é o caso dos autos, que trata dos serviços de operação de transporte coletivo público. Além do que, trata-se de segunda

contratação emergencial, pois os serviços vinham sendo prestados desde janeiro de 2002 por meio de ajustes emergenciais, que vencidos em julho de 2002, foram autorizadas pela Diretoria da São Paulo Transporte novas contratações, ora em julgamento.

Consoante entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, compõem a situação de emergência certa dose de imprevisibilidade da situação e a existência de risco em potencial a pessoas ou coisas que requerem urgência de atendimento.

A doutrina pátria tem colocado em confronto a caracterização da emergência e a conduta pretérita do Administrador para avaliar se a situação não decorre de atuação negligente.

Nesse sentido adverte Mariense Escobar que *'a situação emergencial ensejadora da dispensa é aquela que resulta do imprevisível e não da inércia administrativa.'* ('Licitação, Teoria e Prática', J.C. Mariense Escobar, Livraria do Advogado).

Ainda, com fundamento nos pareceres exarados nos autos, em especial da Assessoria Técnica Jurídica, o contrato é irregular, tendo em vista o descumprimento da cláusula '16.1' do ajuste, pela falta de recolhimento da garantia contratual, que deveria ser exigida quando da formalização da avença, pois havia previsão de sua exigência quando da definição das condições da contratação direta, infringindo, assim, o artigo 56 da Lei Federal 8.666/93. Todos os argumentos apresentados pela Origem devem ser afastados, uma vez que a Administração não tem discricionariedade no caso em que houve previsão da exigência da caução e não se pode aceitar garantia por outra empresa, como juntada aos autos, integrante de outro Consórcio, referente à outra área de operação.

Ademais, não restou comprovada a regularidade junto ao INSS - Instituto Nacional do Seguro Social e FGTS - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, à época da celebração do contrato de algumas empresas integrantes do consórcio.

Em relação à Certidão Negativa de Débitos junto ao INSS, a Constituição Federal, no parágrafo 3º do artigo 195, veda ao Poder Público contratar pessoa jurídica em débito com a seguridade social. Assim, a demonstração da regularidade fiscal das contratadas deve ser comprovada quando da formalização do ajuste.

Com a mesma rigorosidade, a Lei Federal número 9.012/95 veda a contratação de pessoa jurídica em débito com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, eis que torna obrigatória a apresentação de Certificado de Regularidade, se que destina justamente à análise da capacidade e idoneidade das contratadas.

Ainda, não restou comprovada nos autos a constituição do consórcio contratado, documento importante para formalização do ajuste.

Isto posto, JULGO IRREGULAR o Contrato número 68/02, aceitando seus efeitos financeiros. Determino à Origem que proceda à apuração das falhas ocorridas, com a responsabilização dos agentes que deram causa às irregularidades apontadas.

Ainda, tendo em vista o descumprimento dos preceitos legais, APLICO a MULTA de R$ 335,00 (trezentos e trinta e cinco reais), aos responsáveis, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei 9.167/80.