JURISPRUDÊNCIA

TC nº72-005.209.02-78

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: 19.02.1010.

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, 72.005.207.02-42, 72.005.208.02-50, 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.

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregular o Contrato, com aplicação de multa. Serviços de operação de transporte coletivo. SPTrans. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO quanto 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. IRREGULAR. Ausência de caução e falta de certidões negativas de regularidade social EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime. MULTA. DETERMINAÇÃO. Votação por maioria.

2.164ª Sessão Ordinária

3º JULGADO

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 JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados englobadamente 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, 72.005.207.02-42, 72.005.208.02-50, 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, 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 do Contrato 70/02, e, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales – Relator, Edson Simões e Roberto Braguim, em negar-lhe provimento também quanto aos seus demais termos, mantendo integralmente o V. Acórdãos recorrido.

Vencido, em parte, o Conselheiro Maurício Faria – Revisor, que, nos termos do voto apresentado em separado, deu provimento aos recursos, para que fosse modificado o V. Acórdão prolatado, 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.

RELATÓRIO e VOTO: em Notas Taquigráficas.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Conheço dos recursos interpostos, em face da presença dos pressupostos legais de admissibilidade. No mérito, VOTO pelo acolhimento parcial para, nos termos do voto que proferi por ocasião do julgamento dos ajustes, dar por regulares os contratos celebrados para as áreas operacionais 01 (contratos 59 ao 62, de 2002) e 08 (contratos 72 a 76, de 2002), e irregulares os contratos celebrados para as áreas operacionais 02, 03, 04, 05, 06 e 07 (contratos 63 a 71, de 2002), eis que celebrados sem a observância do disposto no artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, reconhecendo, todavia, os efeitos financeiros de todos os ajustes.

Considerando que os contratos foram celebrados em situação emergencial e excepcional, e que ficou evidenciada a inexistência de má-fé por parte dos responsáveis ou de dano ao Erário, acolho os recursos no sentido de VOTAR pela extinção das penalidades aplicadas.

1º JULGADO

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 70/02, 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 ENGLOBADO

Em pauta os TCs 5.197.02-90 a 5.215.02-70, que tratam dos contratos celebrados para a prestação de serviços de operação de transporte coletivo público de passageiros na modalidade comum, no município de São Paulo, nas áreas operacionais 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07 e 08.

Os contratos foram firmados pelo prazo de 180 dias, a partir de 01/08/2002, com dispensa de licitação fundada no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, § 2º do artigo 6º da Lei Municipal nº 13.241/01, Lei Municipal nº 13.278/02 e Decreto Municipal nº 41.772/02.

Inicialmente, a Assessoria Técnica Jurídica solicitou que a Origem apresentasse em todos os feitos a justificativa de preços, bem como que a Divisão Técnica V procedesse à análise, dentro do âmbito de sua competência, dos demais aspectos da contratação.

AUD concluiu pela irregularidade dos ajustes em face das constatações lançadas no relatório de análise, sobretudo pela não-localização dos comprovantes de depósito da caução, em desacordo com a cláusula 16.1 dos contratos e do artigo 56, § 1º, da Lei Federal 8.666/93, o que levou a AT-J a propor a expedição de ofício à Origem para apresentação dos motivos esclarecedores do fato que deu origem à irregularidade formal constatada, relativa à ausência de caução, nos TCs 5.197.02-90; 5.198.02-53; 5.199.02-16; 5.201.02-66; 5.212.02-82; 5.213.02-45; 5.214.02-08 e 5.211.02-10 e 5.215.02-70.

Já com relação aos TCs 5.202.02-29, 5.203.02-91, 5.204.02.54 e 5.205.02-17, referentes aos contratos celebrados com as empresas para operação na área 02, constatou não haver a comprovação, à época da contratação, de regularidade junto ao INSS e ao FGTS. Também a garantia foi prestada somente pela empresa A.V. Brasil Luxo Ltda., em valor correspondente à caução para toda a área 02, inexistindo a constituição de consórcio, e, por conseqüência, sem a correspondente responsabilidade solidária e conjunta na execução contratual.

O sentido de impropriedade, diante da ausência de certidão de regularidade fiscal junto à seguridade social e ao FGTS, também se fez presente com relação aos TCs que cuidam das contratações para as áreas operacionais 3 a 7, cujos contratos foram firmados com consórcios, somado às irregularidades levantadas acerca do termo de constituição dos Consórcios Plus, Sul Transportes, Unisul Transportes e Sete e termos aditivos de alteração de sua composição, além das confusões de CNPJ entre algumas empresas e ausência de CRF da Viação São Paulo São Pedro Ltda., integrante do Consórcio Sete.

Nesta medida, ressaltou a Assessoria Técnica Jurídica a importância do documento de comprovação de constituição dos consórcios para a formalização do contrato emergencial em questão, bem como que as alterações ocorridas em sua composição deverão ser analisadas oportunamente, na fase da execução contratual.

Instada a se manifestar, a Origem apresentou as justificativas de forma agrupada de acordo com as áreas operacionais, ainda que formulando um núcleo comum de destaque ao fato de que o serviço de transporte público na cidade de São Paulo não poderia sofrer solução de continuidade.

Sendo assim, transcreveu parte da Resolução de Diretoria que autorizou as contratações, ao tempo em que se evidenciava uma forte resistência às mudanças pretendidas pela Administração por significativa parte das operadoras do sistema, resultando isso no não-comparecimento das empresas ou consórcios na data marcada para a entrega das propostas para a contratação emergencial. Além disso, embora a proposta fosse a de contratação de empresas constituídas em consórcios, não foi possível a formação dos mesmos para as áreas operacionais 01, 02 e 08, o que resultou em contratações de empresas individuais.

Acrescentou ainda que a situação de resistência por parte dos empresários em celebrar a segunda contratação emergencial fez com que a Administração necessariamente revisse alguns pontos, em busca da manutenção da prestação do serviço de transporte coletivo, ou seja, privilegiando o interesse público, e, para tanto, alegou que nos termos da Lei Geral de Licitações a exigência de caução é ato discricionário da contratante, razão pela qual a SPTrans poderia, portanto, declinar de tal imposição, até porque a forma de remuneração adotada já traria em si mesma uma garantia para a municipalidade, uma vez que parte da receita só é repassada às operadoras no 5º dia útil após a prestação do serviço.

Não obstante, concordou que o procedimento correto seria a retirada da cláusula contratual relativa à garantia, mas justificou que a providência tornou-se impraticável em razão dos termos já se encontrarem assinados, após intensa negociação. Por fim, invocando o papel dos princípios no ordenamento jurídico, argumentou que havia um bem maior a ser tutelado, e que, diante da evidente impossibilidade de compatibilização do princípio da legalidade com o da supremacia do interesse público, entendeu a contratante que deveria afastar qualquer possibilidade de interrupção do serviço de transporte coletivo na cidade de São Paulo.

Diante da manifestação da Origem, a AT-J houve por bem ratificar o posicionamento anterior no sentido de que a situação emergencial restava efetivamente caracterizada, e, com relação à garantia, reconheceu a afirmação de que existe discricionariedade por parte da Administração em concretizar tal exigência, mas que o momento adequado para tal definição se verifica diante da elaboração do edital ou da definição das condições da contratação direta, e, considerando-se que a Administração decidiu por exigi-la, condicionou a contratação ao seu cumprimento.

Com relação aos aspectos específicos, a AT-J ratificou a manifestação anterior pela irregularidade, considerando que a Origem não se pronunciou sobre cada um, ressaltando que os documentos comprobatórios da regularidade fiscal decorrem de exigência constitucional, não sendo passível de relevação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pelo acolhimento dos contratos, já que a Origem não negou as impropriedades apontadas, mas demonstrou que, diante da situação caótica existente, adotou a solução que melhor atendesse ao interesse público, por tratar-se de serviço público essencial que não podia sofrer solução de continuidade, e naquele momento a Administração não tinha opção para adoção de outro procedimento, inclusive pelo fato de não ter comparecido nenhum interessado no certame licitatório, e, ainda, que competia a ela garantir a continuidade dos serviços, ressaltando que o motivo determinante dos contratos é satisfazer o fim de interesse público.

Asseverou que não houve dolo ou má-fé e que os ajustes já se exauriram pelo transcurso do tempo, não sendo mais possível a desconstituição das relações jurídicas deles decorrentes, tendo sido os serviços prestados na forma avençada, razão pela qual as impropriedades apontadas devem

ser tomadas como alerta à Origem para que a mesma evite tais práticas em futuras contratações.

A Secretaria-Diretoria Geral, acompanhando a PFM, manifestou-se no sentido de que a ausência de caução não tem o condão de dar ensejo à rejeição dos ajustes e que a alteração da razão social das empresas contratadas deverá ser examinada ulteriormente, opinando pela regularidade dos contratos analisados nos TCs 5.197.02-90 a 5.201.02-66 e 5.211.02-10 a 5.215.02-70.

Com relação aos demais contratos, analisados nos TCs 5.202.02-29 a 5.210.02-57, celebrados sem a comprovação da regularidade fiscal das empresas contratadas, notadamente quanto aos encargos previdenciários, considerou-os irregulares, mas opinou pela aceitação dos efeitos financeiros, por tratar-se de contratos já extintos, deixando a critério desta Relatoria a eventual responsabilização dos agentes públicos envolvidos.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Os contratos em julgamento foram celebrados em regime emergencial e os elementos constantes dos autos evidenciaram a hipótese consagrada na legislação invocada, não tendo sido outro o entendimento dos Órgãos Técnicos desta Corte de Contas, que consideraram presentes os requisitos legais que autorizam a contratação, com fulcro no inciso IV do artigo 24 da Lei 8.666/93, situação que remete a presente análise aos aspectos relacionados à formalização dos ajustes, já que superada a questão fundamental relacionada à existência dos pressupostos de fato e de direito a darem ensejo à contratação.

As irregularidades apontadas pelos Órgãos Técnicos desta Corte de Contas podem ser traduzidas na ausência de caução, nos termos previstos no contrato, de documentos comprobatórios da constituição dos consórcios e em alguns casos de suas alterações posteriores, e, por fim, da não-comprovação da regularidade fiscal junto ao INSS e FGTS em alguns dos instrumentos contratuais.

Com relação à ausência da remessa de documentos comprobatórios da constituição dos consórcios e alterações posteriores, na esteira da manifestação da AT-Jurídica e SDG, deverão os mesmos ser objeto de verificação em execução contratual, conforme determinação que se fará nos termos do dispositivo do presente julgado.

No que diz respeito à ausência da garantia contratual, cumpre destacar que, a partir do momento em que houver sua inserção como cláusula contratual, tal previsão passa a ser imperiosa, afastando a possibilidade de invocação de prerrogativas discricionárias da Administração, com ênfase à desnecessidade de sua exigência. Nesse sentido já se manifestou o Tribunal de

Contas da União, afirmando que se o edital exigir a apresentação de garantia é dever da Administração Pública obrigar o contratado a apresentá-la (TCU 008.066/2001-7. Acórdão 307/2002. 1ª Câmara).

Entretanto, considerando as condições retratadas nos autos, atestando que tais contratos foram celebrados e ensejaram a já devida prestação do serviço, reputo tais irregularidades como sendo falhas formais que não acarretaram dano, tampouco prejudicaram a execução dos ajustes.

Por sua vez, a discussão que diz respeito à ausência das certidões de regularidade fiscal merece análise mais detida, já que o artigo 195, § 3º, da Constituição Federal veda expressamente a celebração de contratos pelo Poder Público sem a comprovação da quitação dos encargos junto ao FGTS e à Seguridade Social.

Tal circunstância reclama atenção ainda maior quando, por outro lado, não há como ignorar as justificativas da Origem, que são relevantes na medida em que foi notória a resistência apresentada pelas operadoras de transporte coletivo à época da implantação do novo sistema aprovado pela Lei Municipal nº 13.278/02, o que gerou a situação caótica amplamente veiculada e registrada pela imprensa, e teria levado a contratante, segundo suas próprias informações, a rever alguns pontos, prestigiando o interesse público em face da impossibilidade de interrupção na prestação do serviço.

A questão colocada conduz à inafastável ponderação entre a exigência constitucional de regularidade fiscal e a manutenção de serviço público essencial, que deverá se dar à luz do princípio da razoabilidade, e, neste particular, um espaço de definição se mostra presente para afirmar que os aspectos aventados concorrem para a conclusão de que a continuidade da prestação do serviço deve prevalecer, já que estamos diante de serviços públicos essenciais, sem a possibilidade de olvidar o que representa o transporte público numa megalópole como a cidade de São Paulo.

Conquanto tal raciocínio evidencie a preponderância da continuidade do serviço público, a reclamar a celebração de ajustes com tais especificidades, não se pode deixar de destacar que a caracterização de regularidade repousa na observância de aspectos absolutamente indispensáveis que culminam na demonstração de impossibilidade da adoção de conduta diversa.

É, pois, diante deste cenário que, mesmo reconhecendo a validade e o conteúdo da principiologia invocada pela Origem, não há como nos autos reconhecer situação cabalmente demonstrada como impossibilitadora do cumprimento da exigência constitucional, ao passo que a contratante não logrou evidenciar que outras empresas tenham sido consultadas e que, de fato, não existiriam alternativas de assunção do objeto dos contratos por pessoas jurídicas em situação regular.

Diante de todo o exposto, na esteira da manifestação da Secretaria-Diretoria Geral, voto pela regularidade dos contratos celebrados para as áreas operacionais 01 (Contratos nºs 59/2002, 60/2002, 61/2002 e 62/2002) e 08 (Contratos nºs 72/2002, 73/2002, 74/2002, 75/2002 e 76/2002), considerando suas falhas de cunho meramente formal e, portanto, releváveis.

Por outro lado, voto pela irregularidade dos contratos celebrados para as áreas operacionais 2 (Contratos nºs 63/2002, 64/2002, 65/2002 e 66/2002), 3 (Contrato nº 67/2002), 4 (Contrato nº 68/2002), 5 (Contrato nº 69/2002), 6 (Contrato nº 70/2002) e 7 (Contrato nº 71/2002), celebrados sem a observância do disposto no artigo 195, § 3º, da Constituição Federal.

Por não vislumbrar a ocorrência de dano ao interesse que a Lei busca proteger, acatando a sugestão da Secretaria-Diretoria Geral, acolho os efeitos financeiros dos mesmos.

Determino o acompanhamento da execução de todos os contratos ora julgados.

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, que se destina justamente à análise da capacidade e idoneidade das contratadas.

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

Isto posto, JULGO IRREGULAR o Contrato número 70/02, 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.