

TC/003641/2020

Objeto: Contratos referentes à delegação da prestação de serviços de transporte coletivo público de passageiros na cidade de São Paulo - Subsistema Local, em caráter emergencial, formalizados em 15/08/2017

Interessado(s): Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes, Consorcio Transnordeste, Norte Buss Transportes S/A, Spencer Transportes Ltda., Transuniao Transportes S/A, Upbus Qualidade em Transportes S/A, Pêssego Transportes Ltda., Alibus Transportes Ltda., Movebuss Soluções em Mobilidade Urbana Ltda., Imperial Transportes Urbanos, Transwolff Transportes e Turismo Ltda., A2 Transportes Ltda., Auto Viação Transcap Ltda., Alfa Rodobus S/A Transportes, Administração e Participação, Sérgio Henrique Passos Avelleda, José Carlos Nunes Martinelli, São Paulo Transporte S/A (*)

Relator: Ricardo Torres

Competência: PLENO

SENHOR SECRETÁRIO GERAL

Trata o presente da análise formal englobada das contratações emergenciais do Sistema Municipal de Transporte Coletivo Público de Passageiros do Município de São Paulo - Subsistema Local, publicados no DOC em 20.09.17 (Área 5) e 26.09.17 (demais áreas).

Em sede de Relatório Preliminar de Acompanhamento dos Contratos Emergenciais (peças 28 e 29), a Auditoria apurou os seguintes apontamentos, conforme segue:

“Por todo o exposto, nas análises realizadas, concluímos pela irregularidade das contratações emergenciais no subsistema local, assinadas em agosto/2017, tendo em vista as seguintes constatações:

4.1. É insuficiente a justificativa para a contratação em razão de a Origem concorrer para a ocorrência da situação emergencial, resultado da interrupção do procedimento licitatório no período compreendido entre 2015 e 2017, bem como a ausência de avaliação de outras alternativas, em infringência ao artigo 26, parágrafo único, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93 e artigo 6º, parágrafo 2º, da Lei Municipal nº 13.241/01 (itens 3.2.2, 3.2.3, 3.2.4, 3.2.6, 3.2.8 e 3.3);

4.2. A prestação de serviços sem lastro contratual no período de 04.07.17 e 15.08.17 caracteriza contrato verbal entre a Administração e as prestadoras do serviço de transporte coletivo urbano de passageiros na cidade de São Paulo – Subsistema Local, em infringência ao Parágrafo único do art. 60 da LF 8.666/93 e ao art. 44 do DM nº 44.279/13 (item 3.2.11);

4.3. Conforme exposto, não restou comprovada a regularidade fiscal e trabalhistas das empresas contratadas para operação dos serviços nas áreas 3.1, 4.1 e 6.1, em infringência ao art. 29 da LF nº 8.666/93 c/c art. 40 do DM nº 44.279/03 (item 3.2.5);

4.4. A previsão do subitem 4.25 de conceder 30 dias para regularizar desconformidades dos veículos não obedece ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, seja pela generalidade quanto às desconformidades que serão admitidas, seja pelos riscos e danos à boa execução do serviço que podem ocorrer, seja pelo longo prazo que é permitido para a regularização (item 3.2.9);

4.5. Padece de clareza a Cláusula Quinta, que trata da disponibilização dos veículos da contratada para instalação, por terceiros, de rede sem fio de acesso à internet. Além de incluir na relação contratual terceiros não especificados, não estão definidos prazos e condições da disponibilização e da efetiva colocação da utilidade para os usuários (item 3.2.9);

4.6. Nos contratos não há indicação da dotação orçamentária onerada, em infringência ao art. 55, inciso V, da LF nº 8.666/93 (item 3.2.9);

4.7. Não restou evidenciado nos processos administrativos das contratações emergenciais em análise as notas de empenho que deveriam ter sido emitidas para as contratações, em infringência aos arts. 60 e 61 da LF 4.320/64 (item 3.2.12);

4.8. Os contratos emergenciais para o Subsistema Local não foram publicados no prazo definido pelo parágrafo único do art. 61 da LF nº 8.666/93 (item 3.2.1).”

Conforme a determinação exarada pelo Nobre Conselheiro Relator (peça 30), foi expedido Ofício para a Origem tomar ciência do relatório englobado de análise de Contratação da Auditoria e apresentar defesa.

Em resposta à intimação, a Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes (peça 36) prestou seus esclarecimentos acerca das irregularidades apontadas por AUD em seu relatório inicial.

A Auditoria, após análise do acrescido, elaborou um novo relatório (peça 40) ocasião em que superou o item 4.5 e manteve os demais apontamentos.

Após a determinação de expedição de ofícios à partes Interessadas (peça 41), a São Paulo Transporte S/A (peças 86 e 87), a Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito (peças 91 a 94), o Consórcio Transnordeste (peças 113 a 115), a Auto Viação Transcap Ltda. (peça 119), a Transwolff Transportes Turismo Ltda. (peças 120 e 121), a Allibus Transportes Ltda. (peça 129), a Movebuss Soluções em Mobilidade Urbana Ltda. (peça 132), apresentaram as suas Defesas. No entanto, os demais oficiados relatados à peça 78, deixaram de se manifestar.

Em novo pronunciamento, a Especializada (peça 143) analisou as documentações juntadas e manteve as conclusões constantes no Relatório de análise das contratações emergenciais (peça 28), com exceção do item 4.3 (que foi superado no presente relatório) e o item 4.5 (superado à peça 40).

A Assessoria Jurídica (peça 145) acompanhou as conclusões de AUD em relação às constações de irregularidades dos itens 4.1, 4.2, 4.4, 4.6, 4.7 e 4.8 dos seus relatórios (peças 28, 40 e 143). Contudo, quanto ao item 4.1, diante do apontado pela Auditoria e da justificativa da Origem, a critério superior, opinou pela possibilidade de validação da contratação emergencial, sem prejuízo de apuração de responsabilidades.

Por seu turno, o Assessor Jurídico Subchefe (peça 146) acompanhou a manifestação do Ilustre Assessor da AJ e fez algumas observações em relação ao item 4.8, conforme segue:

“Acompanho a manifestação do ilustre Assessor, indicando a permanência dos achados de auditoria consubstanciados dos itens 4.1, 4.2, 4.4, 4.6, 4.7 e 4.8, que noticiam diversas falhas, relacionadas com a falta de justificativa para a contratação emergencial, com prestação de serviço sem lastro contratual, com falhas e fragilidades contratuais e com falhas no processo administrativo, razão por que entendo pela irregularidade da contratação emergencial.

Ressalto, contudo, para efeito de análise e de ponderação, que, dentre os apontamentos mantidos, encontra-se irregularidade que sugere desatenção com formalidade relacionada ao prazo de publicação dos contratos emergenciais - item 4.8.

Tal apontamento deve permanecer sob o crivo da conformidade, mas parece não revelar maior potencial ofensivo, embora mereça ajustes pela Origem, inclusive através de eventuais recomendações, a juízo do excelentíssimo Conselheiro Relator.

Por fim, anoto que até o momento não se verificou o fenômeno da prescrição.”

A Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 149), com fulcro nas defesas oferecidas pela Origem, requer sejam julgadas regulares as contratações emergenciais em referência.

Nesse momento processual, em atendimento à determinação (peça 150), vieram os autos a esta Secretaria Geral para manifestação.

É a síntese necessária.

Passo a opinar.

Primeiramente, importante destacar que o processo em exame foi devidamente instruído, com as manifestações dos órgãos técnicos deste Tribunal, da Origem e dos interessados.

Na devida análise dos autos, verifica-se que as Defesas apresentadas pela São Paulo Transporte S/A (peças 86 e 87), Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito (peças 91 a 94), Consórcio Transnordeste (peças 113 a 115), Auto Viação Transcap Ltda. (peça 119), a Transwolff Transportes Turismo Ltda. (peças 120 e 121), Allibus Transportes Ltda. (peça 129), a Movebuss Soluções em Mobilidade Urbana Ltda. (peça 132), não foram capazes de elidir as irregularidades apuradas por AUD nas presentes contratações.

Isso porque a Auditoria (peças 40 e 143), mesmo após analisar as documentações e os esclarecimentos apresentados pelas partes Interessadas durante a instrução processual, reiterou as conclusões do Relatório de Análise de Contratação (peça 28), com exceção dos itens 4.3 e 4.5 que foram considerados sanados.

Observa-se que a Assessoria Jurídica (peça 145) acompanhou as conclusões de AUD em relação às constatações de irregularidades dos itens 4.1, 4.2, 4.4, 4.6, 4.7 e 4.8 dos seus relatórios (peças 28, 40 e 143).

Contudo, quanto ao item 4.1 (justificativa insuficiente para a contratação direta por dispensa de licitação – emergência), diante do apontado pela Auditoria e da justificativa da Origem, a Douta AJ ressaltou a possibilidade de validação da contratação emergencial, sem prejuízo de apuração de responsabilidades.

Além disso, quanto ao apontamento 4.8 (sobre os contratos emergenciais não terem sido publicados no prazo definido), o Assessor Jurídico Subchefe entendeu que embora constitua desconformidade formal, não revelaria maior potencial ofensivo.

Assim, quanto as irregularidades apuradas por AUD, passo a me pronunciar sobre cada item:

Primeiramente, sobre contratação emergencial, vale destacar que a caracterização e a decretação do estado de emergência não permitem que a Administração Pública proceda as aquisições necessárias sem adotar os procedimentos e cuidados devidos.

Como é cediço, o artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93 trata a dispensa de licitação como situação excepcional, contendo em seus incisos as determinações legais específicas e restritivas, cujas peculiaridades devem ser rigorosamente observadas.

Assim, a contratação emergencial merece uma interpretação muito cautelosa, pois a ausência de licitação não constitui a regra, mas sim a exceção, e o inciso IV do artigo 24 da Lei Federal 8666/93 deve ser interpretado à luz desse princípio.

A contratação direta evita os procedimentos e prazos licitatórios e deve ser avaliada a presença de dois requisitos, ou seja, a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano, e a demonstração de que a contratação era a via adequada e efetiva para eliminar o risco.

Contudo, na análise dos autos, verifica-se que a situação emergencial não restou caracterizada, na medida em que deveria ter sido planejado um procedimento

licitatório com antecedência, de modo a estar concluído anteriormente ao término da vigência dos Contratos que atendiam à prestação dos serviços.

Dessa forma, entendo, s.m.j., que o presente caso pode ser perfeitamente conhecido como “emergência fabricada”, na qual apesar de não ser negada a ocorrência da emergência, fato é que ela foi resultante da incúria administrativa de prover, a tempo e hora, as necessidades administrativas, o que impossibilita, nessa ocasião, a emergência real alegada pelas partes Interessadas.

Nesse sentido, segue o entendimento jurisprudencial desta E. Corte de Contas em uma situação semelhante, mais especificamente no TC nº 2377/2008, em que o contrato por dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93, foi julgado irregular diante da infringência aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, diante da não realização de procedimento licitatório apto a produzir os seus efeitos, perpetuando a situação de emergência ficta ao longo da vigência dos contratos emergenciais, conforme segue:

TC nº 2337/2008 - ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. SMG. Aquisição de leite em pó integral. Programa Leve Leite. 1. A perpetuação da situação de emergência ficta ao longo da vigência dos contratos emergenciais afronta os princípios da legalidade, moralidade e eficiência. 2. A justificativa para a contratação deve conter a memória de cálculo adequando a quantidade contratada às determinações do Dec. Mun. 35.458/95. Art. 2º, I, Dec. Mun. 44.279/03. 3. Violação ao princípio da economicidade ao celebrar contrato por valor, pesquisa de preços e negociação, adotando-se critérios diferentes em relação às contratações emergenciais anteriores. Irregular. Efeitos financeiros aceitos excepcionalmente. Votação unânime. Julgado em 20/07/2022.

Além da jurisprudência acima mencionada, vale mencionar o posicionamento adotado pelo Nobre Conselheiro Relator João Antonio, na análise do TC nº 2318/18, que acompanhado à unanimidade pelos demais Conselheiros, afastou a tese amparada na jurisprudência do Tribunal de Contas da União no sentido de que, em situações

excepcionais, em que a inércia do administrador tenha causado ou agravado o risco, a contratação deve ser preservada, sem prejuízo da apuração de responsabilidades:

“TC nº 2318/2018 - RECURSOS. EX OFFICIO. PFM. VOLUNTÁRIO. SMS. Serviços de nutrição e alimentação hospitalar com fornecimento de dietas. Decisão que julgou irregulares o contrato de emergência e os termos aditivos por situação emergencial ficta decorrida da própria falta de planejamento e inércia da Administração. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime. Julgado em 15/05/2024.”

Assim, considerando as razões expostas, entendo que a irregularidade apurada deve ser mantida.

Quanto ao apontamento 4.2, devido à execução dos serviços sem a formalização contratual, caracterizando contratação verbal, verifica-se que a Auditoria constatou que essa situação ocorreu entre os dias 04.07.17 e 15.08.17.

E conforme aquela Especializada, tal contratação é irregular pois se enquadra no comando do parágrafo único do artigo 60, da LF nº 8.666/93 e que assim dispõe: “É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras e de pronto pagamento ...”.

A Origem, em sua Defesa, alegou que os serviços não podiam ser paralisados.

Nesse aspecto, verifica-se que a assinatura extemporânea do contrato decorreu da falta de adequado planejamento da Administração, uma vez que era conhecida a data de expiração do ajuste anterior, o que configurou acordo verbal com a contratada e a execução dos serviços sem formalização por escrito, no período especificado.

Com efeito, vale destacar a manifestação da Assessoria Jurídica (peça 145), que ao analisar o processo em exame, assim mencionou:

“... a Lei é clara no sentido de validar o contrato verbal apenas para compras de pequena monta, situação totalmente diferente da que se trata nos presentes autos, ou seja, não se trata de inobservância de mera formalidade. Nesse sentido: “iniciar a execução de um contrato administrativo antes de sua formalização, exceto na hipótese em que a Lei 8.666/1993 admite contrato verbal (art. 60, parágrafo único), é infração à norma legal, principalmente nos contratos de serviço e de aquisição de materiais relativos a investimentos” (TCU. Acórdão 342/2007-Plenário | Relator: UBIRATAN AGUIAR, j. 14/03/2007); “a ausência de formalização de contrato para execução de obra é grave infração à norma legal” (TCU. Acórdão 452/2007-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES, j. 28/03/2007); “não cabe autorizar a execução de um contrato administrativo sem que a avença esteja devidamente formalizada” (TCU. Acórdão 452/2008-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN, j. 19/03/2008).”

Por tais razões, acompanho, s.m.j., a conclusão de AUD e da AJ acerca da presente irregularidade, por igualmente entender que os contratos verbais não têm nenhum respaldo jurídico que lhe beneficie, sendo praticamente um ato nulo, pelo fato de ter sido feito sem nenhuma formalidade, gerando uma irregularidade. Além disso, o contrato verbal é vedado pela legislação nos termos do parágrafo único do artigo 60 da Lei Federal nº 8.666/93.

O item 4.4 refere-se à irregularidade quanto à previsão da “cláusula 4.25” do contrato, pelo fato de conceder 30 dias para regularizar desconformidades dos veículos.

Conforme a Auditoria, referida cláusula não obedece ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, seja pela generalidade quanto às desconformidades que serão admitidas, seja pelos riscos e danos à boa execução do serviço que podem ocorrer, ou pelo longo prazo que é permitido para a regularização.

Apesar das Defesas apresentadas, observa-se que a Auditoria (peça 143) não afastou tal irregularidade, por entender que a “cláusula 4.25” não informa que o prazo em questão se aplica somente nos casos de divergências técnicas não relacionadas à segurança

e conforto, de modo que a aplicação do dispositivo não se respalda na razoabilidade e na proporcionalidade.

Por tais razões, acompanho a conclusão de AUD acerca da presente irregularidade, por seus próprios fundamentos.

Em relação à ausência de indicação da dotação orçamentária a ser onerada nos contratos, como exige o inciso V do artigo 55 da LF 8.666/93 (item 4.6), acompanho a conclusão alcançada pela Auditoria (peça 143) no sentido de que não há como afastar tal irregularidade.

Sobre não ter sido demonstrado o empenho tempestivo da despesa em relação aos contratos emergenciais, objeto da análise tratada nestes autos (item 4.7), importante frisar que tal obrigação se faz necessária vez que se trata de uma forma de controle entre o que foi previsto no orçamento e o que foi gasto.

Com efeito, o empenho trata de uma reserva de recursos que garante a existência de dinheiro para a execução do contratado, por isso é importante a prévia autorização com a respectiva disponibilização financeira.

Ademais, a ausência de planejamento da Administração na alocação e emissão dos empenhos, previamente à formalização do contrato, pode comprometer a continuidade na prestação dos serviços, por falta de recursos financeiros suficientes.

Vale destacar que o artigo 60 da Lei Federal nº 4.320/64 veda a realização de despesa sem prévio empenho, entendendo-se por "realização de despesa" não o efetivo pagamento, mas sim a assunção de obrigações que impliquem em gasto público. Ou seja, o conceito de empenho pressupõe anterioridade, de forma que a sua emissão deve anteceder a execução da despesa e seu efetivo pagamento.

Assim, à luz do expendido, o empenho, por registrar o comprometimento da despesa orçamentária, constitui não só uma garantia ao contratado, mas também uma forma de controle de gastos. Nesse contexto, deve ter como base o valor previsto no contrato a ser firmado, a fim de evitar a assunção de uma obrigação sem a efetiva disponibilidade de recursos orçamentários.

Ademais, o art. 61, da Lei Federal nº 4.320/64 prescreve “Para cada empenho será extraído um documento denominado ‘nota de empenho’ que indicará o nome do credor, a especificação e a importância da despesa, bem como a dedução desta do saldo da dotação própria”, ou seja, a emissão da Nota de Empenho deve preceder a realização do serviço e deve, também, ser suficiente para cobrir o serviço que será prestado.

Assim, a conclusão que emerge do mencionado dispositivo legal é que a previsão de recursos no procedimento licitatório é necessária para comprovar que a Administração possui recursos orçamentários suficientes para garantir a liquidação dos gastos previstos para aquele exercício financeiro.

Dessa forma, não há como negar a imprescindibilidade da previsão de recursos orçamentários hábeis para a despesa, e considerando o acima exposto, é inegável a impropriedade detectada.

Quanto aos contratos não terem sido publicados no prazo definido pelo parágrafo único do artigo 61 da LF nº 8.666/93 (item 4.8), partilho do entendimento alcançado pelo Assessor Jurídico Subchefe (peça 146), que assim concluiu:

“Ressalto, contudo, para efeito de análise e de ponderação, que, dentre os apontamentos mantidos, encontra-se irregularidade que sugere desatenção com formalidade relacionada ao prazo de publicação dos contratos emergenciais - item 4.8.

Tal apontamento deve permanecer sob o crivo da conformidade, mas parece não revelar maior potencial ofensivo, embora mereça ajustes pela Origem, inclusive através de eventuais recomendações, a juízo do excelentíssimo Conselheiro Relator.”

Sobre os itens 4.3 e 4.5 que foram considerados superados pela Auditoria (peças 40 e 143), acompanho as suas conclusões por seus próprios fundamentos.

Por fim, vale frisar que as deficiências apuradas nos ajustes em exame demonstraram ineficiência de controle e total ausência de planejamento das ações por parte da Administração, aspecto esse de fundamental importância para o alcance dos resultados pretendidos.

Desta feita, considerando que os esclarecimentos prestados não foram capazes de elidir as irregularidades apontadas pelo Órgão Auditor, opino, s.m.j., pela irregularidade dos contratos analisados, com as considerações acima destacadas e sem prejuízo das determinações que o Nobre Conselheiro entender cabíveis.

É o meu parecer que submeto à consideração de Vossa Senhoria.

São Paulo, 26 de setembro de 2025.

ANA FLORA DE TOLEDO CESAR
Assessora de Controle Externo
OAB/SP nº 152.657