

CONSULTORIA JURÍDICA SSP

PROCESSO: PCSP-PRC-2022/05280

INTERESSADO: DECAP - DIVISÃO DE ADMINISTRAÇÃO

PARECER: CJ/SSP n.º 698/2022

EMENTA: **LICITAÇÃO. DISPENSA.** Contratação direta, em caráter emergencial, com fulcro no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal n.º 8.666/1993. Objeto: prestação de serviços de depósito e guarda de veículos automotores e outros tracionados, apreendidos em decorrência de atos característicos de polícia judiciária, para atender às necessidades do Departamento de Polícia Judiciária da Capital (DECAP). Pátio “Schunck”. Terceira contratação emergencial consecutiva. Necessidade de complementação da instrução procedimental para demonstrar que a situação de emergência persiste. Recomendação de que a Administração adote as providências necessárias para ultimar os procedimentos necessários ao esvaziamento do pátio com a maior brevidade possível, respeitando o prazo máximo da contratação emergencial. Alerta quanto à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que já julgou irregular a primeira contratação emergencial. Recomendação de instauração de procedimento apuratório, nos termos do artigo 3º do Decreto Estadual n.º 40.320/1995. Proposta de submissão das conclusões do opinativo à apreciação da Senhora Subprocuradora-Geral da Consultoria Geral.

Trata-se de procedimento instaurado pelo Departamento de Polícia Judiciária da Capital (DECAP) destinado a formalizar nova contratação emergencial de serviços de depósito e guarda de veículos automotores e outros tracionados, apreendidos em decorrência da prática de atos característicos de polícia judiciária, com disponibilização e administração de pátio, fundamentando-se a dispensa de licitação no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal n.º 8.666/1993.

Segundo consta do Despacho n.º 314/2021 (fls. 89/100), do Senhor Delegado de Polícia Diretor do DECAP, o atual contrato emergencial com a empresa SCHUNCK

TERRAPLANAGEM E TRANSPORTES LTDA tem prazo contratual com término previsto para 03 de junho do corrente ano. Muito embora os serviços de depósito e guarda de veículos já tenham sido contratados individualmente pelas Delegacias Seccionais de Polícia da Capital, os procedimentos licitatórios para a contratação dos serviços de remoção do acervo de veículos (guincho) das 2^a, 3^a, 6^a e 7^a Seccionais ainda não foram concluídos.

Prosegue informando que, ainda que houvesse tempo hábil para contratação de um pátio provisório, por meio de procedimento licitatório, seria necessário o dispêndio de aproximadamente R\$ 2.220.844,26 (dois milhões, duzentos e vinte mil, oitocentos e quarenta e quatro reais e vinte e seis centavos) para realizar a transferência dos veículos ao pátio provisório e posteriormente aos pátios definitivos. Assevera, portanto, que está configurada a situação emergencial que autoriza a contratação direta da empresa SCHUNCK, que já presta o serviço atualmente, pelo prazo de 180 dias, com condição resolutive de extinção do contrato consistente na conclusão dos procedimentos pelas Seccionais ou esvaziamento do pátio em decorrência de leilões (fls. 96/97).

Para a análise buscada, destacam-se da instrução os seguintes elementos:

a) Despacho do Senhor Delegado de Polícia Divisionário, informando que o Contrato DECAP Emergencial n^o 04/2021 se encerrará em 03 de junho do corrente ano (fls. 02);

b) Informação da Senhora Gestora do Contrato quanto ao acervo de veículos ainda depositados no Pátio SCHUNCK (fls. 03);

c) Cópias de mensagens eletrônicas com informações das Delegacias Seccionais de Polícia acerca da contratação dos serviços de remoção extraordinária do acervo atualmente depositado (fls. 04/17);

d) Cópia do Contrato DECAP Emergencial n^o 04/2021, celebrado com a empresa SCHUNCK TERRAPLANAGEM E TRANSPORTES LTDA em 06 de dezembro de 2021 (fls. 18/39), acompanhado de anexos (fls. 40/53);

e) Despacho n^o 145/2022, de lavra do Senhor Delegado de Polícia Diretor do DECAP, determinando a elaboração de projeto básico e a realização de pesquisa de preços (fls. 54);

f) Memorial de cálculo da dimensão do Pátio SCHUNCK (fls. 55);

g) Termo de Referência/Projeto Básico (fls. 56/65), acompanhado de formulário de avaliação de qualidade dos serviços (fls. 66/67), de formulário de desempenho dos serviços executados (fls. 68) e de modelo de auto de vistoria para entrada de veículo (fls. 69);

h) Cópias de mensagens eletrônicas e da proposta enviada pela empresa SCHUNCK (fls. 70/74);

i) Solicitações de orçamentos e propostas de preços formuladas por empresas do ramo (fls. 75/84);

j) Planilha com cálculo do valor médio obtido na pesquisa (fls. 85);

k) Proposta de preço dos serviços de remoção (fls. 86) e planilha demonstrativa dos gastos com remoção do acervo depositado no pátio SCHUNCK (fls. 87);

l) Despacho do Senhor Delegado de Polícia Divisionário, informando as providências adotadas no procedimento (fls. 88);

m) Despacho do Senhor Delegado de Polícia Diretor do DECAP, justificando e a necessidade da contratação emergencial proposta, bem como fixando suas condições (fls. 89/100);

n) Documentação da SCHUNCK TERRAPLANAGEM E TRANSPORTES LTDA: Consulta ao CADIN Estadual (fls. 101); Consulta ao site de sanções (fls. 102); Certidão de Apenados de Impedimentos de Contrato/Licitação do TCE/SP (fls. 103/104); Certidão Negativa de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade (fls. 105); Certidão Conjunta de Débitos de Tributos Mobiliários da Prefeitura de São Paulo (fls. 106); Certificado de Regularidade do FGTS – CRF (fls. 107); Certidão Positiva com efeitos de negativa de débitos relativos aos tributos federais e à Dívida Ativa da União (fls. 108); Certidão Negativa de Débitos Tributários da Dívida Ativa do Estado de São Paulo (fls. 109); Consulta de sanções na BEC/SP (fls. 110/111); Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (fls. 112).

Os autos já foram encaminhados anteriormente a esta Consultoria Jurídica, ocasião em que foi emitida a Cota CJ/SSP nº 235/2022 (fls. 113/115), na qual se solicitou a complementação da instrução com a juntada da minuta contratual. Tal documento foi elaborado pela unidade de origem e juntado às fls. 116/136, estando acompanhado dos seguintes anexos: Anexo I – Termo de Referência (fls. 137/146), Anexo I.1 – Formulário de avaliação da qualidade dos serviços (fls. 147/148), Anexo

I.2 – Formulário de desempenho dos serviços executados (fls. 149), Anexo I.3 – Modelo de auto de vistoria para entrada do veículo no pátio (fls. 150).

Assim instruídos, retornam os autos a esta Consultoria Jurídica, para análise e emissão de parecer.

É, em síntese, o relatório. Passamos a opinar com a urgência solicitada.

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, ressalta-se que a manifestação desta Consultoria Jurídica é pontual e restringe-se ao exame dos aspectos jurídicos da contratação emergencial proposta, não sendo atribuição deste órgão de execução da Procuradoria Geral do Estado analisar a conveniência e oportunidade de atos administrativos, ou mesmo verificar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

Com efeito, a apreciação do mérito da contratação se insere no poder discricionário do administrador, a quem compete a avaliação da necessidade, conveniência e oportunidade da medida, assim como a justificativa da escolha da contratada e o exame da razoabilidade do preço.

Ainda em caráter preliminar, cumpre salientar que a contratação pretendida será regida pela Lei Federal nº 8.666/1993, conforme previsão do artigo 191 da Lei Federal nº 14.133/2021¹, a Nova Lei de Licitações e Contratos, bem como em obediência aos termos do Decreto Estadual nº 66.294, de 3 de dezembro de 2021².

1 Apesar da edição da Lei Federal nº 14.133/2021, Nova Lei de Licitações e Contratos, a realização de procedimentos licitatórios ou de contratação direta fundados na legislação anterior (Lei Federal nº 8.666/1993 e/ou Lei Federal nº 10.520/2002) é possível pelo prazo de dois anos a contar da publicação daquele diploma, desde que o edital ou o instrumento de contratação direta indique expressamente qual a legislação adotada, sendo que todas as minutas elaboradas pela Procuradoria Geral do Estado e divulgadas na página da PGE na BEC/SP já contém referência expressa à legislação de regência, tornando imediatamente aplicável o disposto no artigo 191 da Lei Federal nº 14.133/2021, conforme e-orientação SubG-Cons. nº 02/2021.

2 “Artigo 1º - Enquanto não sobrevier disciplina acerca da aplicação da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, em âmbito estadual, as licitações e contratos da Administração direta e autárquica permanecerão regidos, conforme o caso, pela Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e pela Lei federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, devendo ser observadas as disposições do Decreto nº 64.378, de 9 de agosto de 2019. **Parágrafo único** - O disposto no *caput* deste artigo não se aplica às universidades públicas estaduais”.

II – DA CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL (ARTIGO 24, INCISO IV, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993) E SEUS REQUISITOS

As hipóteses de dispensa de licitação estão previstas no artigo 24 da Lei Federal nº. 8.666/1993, sendo que, no caso em apreço, o fundamento trazido pela autoridade para a dispensa pretendida é o inciso IV do citado artigo, que assim dispõe:

Art. 24. – É dispensável a licitação:

[...]

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação de que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

O parágrafo único do artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/1993 define os requisitos necessários para a contratação direta ora almejada, vejamos:

Art. 26. [...]

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II- razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III- justificativa do preço;
- IV- documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

No âmbito do Estado de São Paulo, os pressupostos para a contratação emergencial, com dispensa de licitação, encontram-se estabelecidos no Decreto Estadual nº 40.320, de 15 de setembro de 1995, que assim prevê:

Art.1º - As dispensas de licitação para a celebração de contratos em situações de emergência, nos termos do inciso IV do artigo 24 da Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e do inciso IV do artigo 24 da Lei Estadual n. 6.544, de 22 de novembro de 1989, serão sempre justificadas, por escrito e pormenorizadamente, pelo órgão responsável pela contratação, abrangendo, obrigatoriamente, os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial que autorize a dispensa;

II - razão da escolha da empresa contratada;

III - justificativa do preço, com a utilização de pesquisa de mercado, se for o caso.

Assim, as contratações diretas fundadas no inciso IV do art. 24 da Lei Federal nº 8.666/1993, por excepcionarem a regra geral que determina a realização do certame, devem ser necessariamente comprovadas pela Administração em expediente próprio, no qual fiquem demonstradas **(a)** caracterização da situação emergencial que autorize a dispensa, **(b)** as razões da escolha da empresa indicada para a contratação e **(c)** a justificativa do preço. No mais, a contratação direta também se sujeita **(d)** à observância de alguns requisitos formais exigidos pela legislação, que passo a analisar a seguir.

a) Caracterização da situação emergencial

Nos termos do inciso IV do art. 24 da Lei Federal nº 8.666/1993, a configuração da situação de emergência é indispensável para que a Administração Pública seja liberada da obrigação de realizar o prévio procedimento licitatório. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles³, com muita propriedade, conceitua:

Situação de emergência é, pois, toda aquela que põe em perigo ou causa dano à segurança ou à saúde de pessoas, ou à incolumidade do patrimônio público ou particular de uma coletividade, exigindo rápidas providências do Poder Público para debelar ou minorar suas consequências lesivas.

A emergência há de ser reconhecida e declarada em cada caso, a fim de justificar a dispensa da licitação para obras, serviços, compras ou alienações relacionadas com a anormalidade que a Administração visa corrigir, ou com o prejuízo a ser evitado.

Acrescenta, em seguida⁴:

Em tais casos, a autoridade pública responsável, verificando a urgência das medidas administrativas, pode declará-las de emergência e dispensar a licitação para as necessárias contratações, circunscritas à debelação do perigo ou à atenuação de danos a pessoas e bens públicos ou particulares. O reconhecimento da emergência é da valoração subjetiva, mas há de estar baseada em fatos consumados ou iminentes, comprovados ou previstos, que justifiquem a dispensa da licitação.

3 *In*: Licitação e Contrato Administrativo. 5ª ed.ição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo. p. 5 e 6.

4 *In*, ob. cit. p. 93/94.

Note-se que o objeto da contratação deverá se restringir à parcela de prestação de serviços necessária à **prevenção do dano**. Com efeito, no que concerne às quantidades do objeto, a contratação direta deve se destinar, apenas, à eliminação do risco de dano ou prejuízo. Em outras palavras: a providência a ser adotada sem licitação deve ser a mínima necessária para assegurar a eliminação da emergência.

Neste sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União, que ora se traz apenas a título ilustrativo:

1.6.2. em atendimento ao inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993, a contratação direta deve se restringir somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados, devendo a solução definitiva, conforme o caso, ser objeto de licitação formal, baseada em projeto básico que tenha todos os elementos do art. 6º, inc. IX da Lei 8.666/1993. (Acórdão TCU nº 943/2011, Plenário, Relator Ministro VALMIR CAMPELO)

Portanto, deve haver nos autos sempre a comprovação da concreta e efetiva potencialidade de dano irreparável, bem como demonstração de que a contratação pretendida é a via adequada e efetiva para eliminar o risco existente.

É certo que, se por um lado, a contratação emergencial é admitida pela legislação como medida destinada a evitar danos irreparáveis⁵ que poderiam decorrer da espera pela conclusão do regular procedimento licitatório, por outro, a Administração não está dispensada de realizar, com presteza e celeridade, licitação destinada à regular contratação do mesmo bem ou serviço.

Preocupa-se aqui, o legislador, com as situações decorrentes de desídia ou de falha de planejamento, pois é pressuposto da boa administração que as contratações públicas sejam objeto de adequado **planejamento e execução de forma tempestiva**, para que se instruem e concluam os procedimentos licitatórios sem solução de continuidade na prestação de serviços essenciais contratados com terceiros.

Ou seja, a possibilidade excepcional de se afastar o prévio procedimento licitatório, com fundamento no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, destina-se

5 Na lição de Marçal Justen Filho: “O dispositivo enfocado refere-se aos casos em que o decurso de tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis. Quando fosse concluída a licitação, o dano já estaria concretizado. A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória dos interesses que estão sob a tutela estatal” (grifo nosso). *In: Comentários à Lei de Licitações e Contrato Administrativos: Lei 8.666/1993*. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 485.

precipuaamente a viabilizar o célere atendimento de situações imprevisíveis e emergentes, que escapem do controle do gestor diligente.

Por outro lado, se a situação emergencial ensejadora da contratação direta decorrer, no todo ou em parte, de inércia, omissão ou de qualquer outra forma de incúria administrativa (o que a doutrina costuma chamar de “emergência fabricada”), caberá à autoridade responsável pela ratificação da dispensa determinar, de imediato, a instauração de procedimento adequado visando à apuração de responsabilidade disciplinar, a teor do que determina o artigo 3º do Decreto Estadual nº 40.320, de 15 de setembro de 1995.

Observa-se, outrossim, que a jurisprudência mais recente do Tribunal de Contas da União reconhece também ser possível a contratação direta com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993 “quando a situação de emergência decorrer da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois, ‘a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração’”, não eximindo, porém, o responsável pela falha de planejamento de sofrer as sanções disciplinares pertinentes. Vale transcrever, por elucidativo, excerto do seguinte acórdão do TCU:

[...] 24. Insta salientar que a Decisão 347/1994, utilizada como fundamento da audiência do responsável, considerou ilegal a utilização de contratações diretas baseadas no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993 nas hipóteses de “emergências fabricadas”. Todavia, tal linha jurisprudencial não é a que prevalece atualmente no âmbito desta Corte de Contas. Relembro o entendimento deste Tribunal, expresso no Acórdão 46/2002-Plenário, no sentido de que a contratação direta também se mostra possível quando a situação de emergência decorrer da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois, “a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração”. 25. Já no Acórdão 1138/2011-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, foi estabelecido que é necessário se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, por esta ocorrer em função da essencialidade do serviço ou do bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornaram imperativa a imediata contratação. A situação prevista no art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações e Contratos não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou da inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. 26. Nesse sentido, cito ainda os Acórdãos 2240/2015-TCU-Primeira Câmara, 1.217/2014-Plenário, 1312/2016-1ª Câmara, 1.022/2013-Plenário, 425/2012-Plenário e 285/2010-Plenário, que

adotaram essa linha de entendimento. 27. Dessa forma, é necessário avaliar corretamente as responsabilidades dos gestores, de modo a segregar a conduta daqueles que concorreram para originar a situação emergencial e, eventualmente, de agentes que apenas atuaram para elidir o risco de dano. **28. Em todo caso, o gestor que dá causa a situação emergencial pode ser responsabilizado, em face de sua omissão quanto ao dever de agir a tempo, adotando as medidas cabíveis para a realização de um regular procedimento licitatório [...].** (Acórdão nº 1122/2017 - Plenário, Rel. Min. Benjamim Zymler) (grifos nossos)

Na mesma linha, a Orientação Normativa AGU nº 11, de 1º de abril de 2009, dispõe que a

contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei.

Cabe salientar que a Administração deve, em face da necessidade da contratação, programar-se para realizar os procedimentos com **antecedência suficiente**, considerando os trâmites do processo a ser instaurado e a data em que este precisará estar finalizado.

Observa-se, ainda, que o art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993 dispõe que os contratos formalizados mediante dispensa de licitação por situação emergencial devem ter sua duração limitada a 180 dias, contados da data da ocorrência ou fato gerador da necessidade de contratação. Nessas hipóteses, a prorrogação do prazo contratual além de 180 dias é **vedada expressamente pela lei**, de forma que o contrato não pode conter cláusula de prorrogação.

Isso porque a solução contratada deve ser apenas suficiente para dar conta de uma situação transitória, realmente urgente, pois, como regra, espera-se que nesse prazo a Administração possa já ter concluído as medidas necessárias a solucionar definitivamente a situação, realizando as contratações necessárias por meio do regular procedimento licitatório.

Entretanto, conforme pontua, Marçal Justen Filho⁶, “não se pode destacar de modo absoluto a possibilidade de situações concretas em que a eliminação do risco de dano envolva uma atuação que ultrapassará necessariamente o prazo de 180 dias”.

6 *In*: Comentários à Lei de Licitações e Contrato Administrativos: Lei 8.666/1993. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 499.

Nesse sentido, também se destacam os ensinamentos de Flávio Amaral Garcia⁷:

O prazo máximo de um contrato celebrado em decorrência de situação emergencial é de 180 dias, vedada sua prorrogação. A ideia aqui, é evitar a perpetuação de tais contratos, que devem durar o tempo necessário para sanar a situação de urgência, procedendo-se à posterior contratação por meio de regular procedimento licitatório.

Dois aspectos importantes devem ser destacados.

O primeiro é que a prorrogação é vedada para estender o prazo além dos 180 dias mas admissível no caso de o prazo ter sido inferior e a situação emergencial ainda persistir. [...]

O segundo aspecto refere-se à circunstância de o contrato se encerrar e mesmo assim a situação emergencial persistir. **Nesses casos a solução mais adequada é a celebração de novo contrato emergencial** ou mesmo, excepcionalmente, sua prorrogação, como já teve oportunidade de decidir o TCU (TCU, Plenário, Acórdão 3.238/2010, rel. Min. Benjamin Zimler, DOU 14.10.2010). (grifo nosso)

Ressalta-se, ademais, as considerações de Joel de Menezes Niebuhr⁸ acerca do tema:

[...] Sem embargo, percebe-se que o legislador proibiu apenas a prorrogação, não a celebração de novo contrato amparado pelo mesmo dispositivo, ainda que regido pelas mesmas cláusulas e celebrado com o mesmo contratado antecedente. Daí que para proteger o interesse público, em vez de prorrogar o contrato, é lícito celebrar um novo, não importa se idêntico ao que lhe antecedeu.

A priori, essa solução pode causar estranheza, na medida em que proíbe a prorrogação, mas admite a realização de novo contrato, idêntico ao antecedente, que, portanto, teria o mesmo efeito de prorrogação. Entretanto — a rigor jurídico —, esse novo contrato, ainda que idêntico ao antecedente, não se confunde com a prorrogação, porque, para ser validamente firmado, requer o cumprimento de todas as formalidades exigidas para a contratação direta, entre as quais a caracterização da situação emergencial, a justificativa do preço e de fornecedor, parecer de consultoria jurídica, publicação em diário oficial do ato de dispensa e demais requisitos versados no Capítulo 1 deste estudo. Em síntese, o prazo de 180 (cento e oitenta) dias não pode ser ultrapassado, nem por meio de prorrogação da avença. No entanto, é lícito, para evitar o perecimento do interesse público, se mantida a situação emergencial, firmar novo contrato, amparado no inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, nas mesmas condições do primeiro, respeitadas todas as formalidades exigidas para a contratação direta. (grifo nosso)

7 *In*: *Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 308.

8 *In*: *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 266/267

Segue destacando, ainda, referido doutrinador, que o Tribunal de Contas União possui julgado no mesmo sentido:

3.16.2. Como se sabe, o prazo máximo para uma contratação emergencial é de 180 dias, não podendo ser prorrogado, conforme letra do Artigo 24 Inciso IV da Lei 8666/93 e alterações posteriores. Entretanto, haverá ocasiões em que decorrido aquele prazo, a situação de emergência ainda persiste, como nos casos de uma grande epidemia, catástrofes, inundações, etc. A solução será a celebração de um novo emergencial por um novo prazo e através de novo processo. Como se verifica, não se trata de prorrogação de contrato emergencial após o decurso de 180 dias, mas sim da celebração de um novo contrato emergencial, que inclusive poderá ou não ser celebrado com a mesma pessoa física ou jurídica após a pesquisa de valores (TCU, Acórdão nº 158/2010, 2ª Câmara)⁹.

Por oportuno, vale o registro de que, em que pese ainda inaplicável, no ponto, a Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos - NLL)¹⁰, a disciplina da dispensa de licitação para contratações emergenciais no novo diploma apresenta diferenças em relação àquela prevista na Lei Federal nº 8.666/1993. Com efeito, assim dispôs a NLL:

Art. 75. É dispensável a licitação:

[...]

VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no **prazo máximo de 1 (um) ano**, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, **vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;**

[...]

§ 6º Para os fins do inciso VIII do *caput* deste artigo, considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, e deverão ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial. (grifos nossos)

⁹ In, ob. citada, p. 267, nota de rodapé nº 74.

¹⁰ Por força do disposto no já transcrito Decreto Estadual nº 66.294, de 3 de dezembro de 2021.

Em que pese a expressa vedação à “recontratação de empresa já contratada” por dispensa de licitação em razão da situação emergencial, a doutrina parece também reconhecer, à luz do novo diploma, que haverá situações em que essa vedação não será aplicável. Nesse sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹¹:

No contexto da Lei 8.666/1993, o art. 24, IV, estabelecia a vedação da prorrogação após atingido o limite máximo de 180 dias e isso não impedia, segundo relevante parcela da doutrina, a prorrogação quando demonstrada a permanência da situação emergencial ou a celebração de novo contrato emergencial com a mesma empresa, desde que demonstrada a vantajosidade.

É verdade que o novo prazo máximo de 1 (um) ano para contratação emergencial diminui as chances de perpetuação da situação de emergência ou de calamidade pública para além do referido prazo, mas, em situações extremas, verificada a necessidade de manutenção da execução do objeto contratual poderiam ser relativizadas a vedações legais.

A interpretação literal do art. 75, VIII, da nova Lei impediria a prorrogação ou a contratação da mesma empresa, ainda que houvesse a necessidade concreta da contratação, em razão da permanência da emergência ou da calamidade, e resultaria na eventual celebração de novo contrato emergencial com outra empresa, mesmo com que os valores apresentados e as demais condições contratuais apresentem desvantagens em relação àquelas constantes do contrato emergencial anterior.

Em suma, o ideal, em nossa opinião, seria a apresentação de justificativas robustas por parte da Administração Pública, ao final do prazo de 1 (um) ano, que revelassem a necessidade e a vantagem de eventual prorrogação excepcional ou a reconstrução da mesma empresa, se as condições forem mais favoráveis que aquelas apresentadas pelas empresas consultadas no processo de contratação direta.

Feito o necessário registro, prosseguiremos analisando o caso, à luz das disposições da Lei Federal nº 8.666/1993 e de sua interpretação doutrinária e jurisprudencial.

No caso em análise, o Contrato DECAP Emergencial nº 04/2021 (fls. 18/39), celebrado com a empresa SCHUNCK TERRAPLANAGEM E TRANSPORTES LTDA para a prestação de serviços de depósito e guarda de veículos apreendidos por atos característicos de polícia judiciária, com disponibilização e administração de pátio, terá o término de sua vigência no dia **05 de junho do corrente ano**.

11 *In*: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: comparada e comentada. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., p. 218 e 219.

Consta do despacho do Exmo. Sr. Delegado de Polícia Diretor do Departamento de Polícia Judiciária da Capital (DECAP) (fls. 89/100) as seguintes informações:

[...]

Preliminarmente, cumpre esclarecer que ao assumir a Diretoria do Departamento de Polícia Judiciária da Capital em 19 de janeiro de 2022 o pátio em questão contava com um acervo de 17.498 (dezesete mil quatrocentos e noventa e oito) veículos.

Ao tomar conhecimento da transição da sistemática de gestão centralizada de pátios de depósito e guarda de veículos apreendidos pelas delegacias de polícia da capital para a forma descentralizada de gestão dos pátios esta Diretoria Departamental organizou uma força tarefa para intensificar a operação de leilões em andamento, bem como, prestar irrestrito apoio à 1ª Delegacia de Polícia Seccional e 8ª Delegacia de Polícia Seccional com o intuito de esvaziar o pátio com a maior brevidade possível.

Com esses árduos esforços empenhados obtivemos resultados expressivos, com redução de 58,01% do acervo em curto espaço de tempo. Sendo assim, o acervo inicial que era de 17.498 (dezesete mil quatrocentos e noventa e oito) veículos passou para 7.347 (sete mil, trezentos e quarenta e sete) veículos.

Conforme se verifica dos autos, as demais Delegacias de Polícia Seccionais já contrataram os novos pátios e estão promovendo processos licitatórios destinados à contratação de prestação de serviço de remoção de veículos (guincho), o que só não se concretizou em virtude de intercorrências resultantes dos trâmites burocráticos que fogem do domínio do administrador público.

Diante da fase em que se encontram as licitações e do reduzido número de veículos que ainda restam no pátio, é possível afirmar que a demanda está muito próxima da solução definitiva haja vista que o pregão na 2ª Delegacia Seccional de Polícia visando à contratação de guinchos encontra-se em trâmite, já em fase avançada, cuja remoção iniciou-se em 17 de março; o processo em trâmite pela 3ª Seccional de Polícia também está na fase externa, já tendo sido realizadas duas sessões públicas que, no entanto, restaram fracassadas; no âmbito da 6ª Delegacia Seccional a sessão pública agendada para 28 de março foi objeto de impugnação com reagendamento de nova sessão pública para o dia 12 de abril; no que se refere à 7ª Delegacia de Polícia Seccional o serviço de guarda de veículos já foi contratado, porém, o início da execução dos serviços está pendente de licença de funcionamento sendo que o setor responsável da municipalidade informou que a licença será deferida nos próximos dias, um vez que a empresa requerente apresentou a documentação necessária para deferimento do pleito.

Ressalte-se que a 1ª e 8ª Delegacias Seccionais de Polícia já removeram os respectivos acervos.

Conforme se evidencia, essa Diretoria se deparou com uma difícil situação, pois é praticamente inviável contratar, através de procedimento licitatório, um novo pátio

para guarda dos veículos por apenas alguns meses, por outro lado, a remoção dos veículos para esse pátio provisório geraria um gasto duplo com a remoção para um pátio provisório e posteriormente ao pátio definitivo.

[...]

Sendo assim, considerando que o serviço de remoção está na iminência de ser contratado pelas Delegacias Seccionais, a hipótese viável para o caso em tela é a contratação do pátio de forma emergencial.

[...]

O contrato DECAP n° 2/2015, foi celebrado com a empresa Schunck Terraplenagem e Transportes Ltda., cujo pátio está localizado na Estrada Municipal do Setúbal, 473, Bairro do Setúbal, no município de Mairinque, e contava inicialmente com uma área 191.250 m² (cento e noventa e um mil, duzentos e cinquenta metros quadrados) e capacidade de armazenamento de 30.410 (trinta mil, quatrocentos e dez) veículos.

Porém, a experiência adquirida ao longo dos anos, provou que a gestão dos pátios de forma centralizada demonstrou-se ineficiente e contraproducente, considerando que todos os trâmites necessários para liberação dos veículos dependem de providências a serem tomadas pelas unidades que originaram as apreensões. Percebeu-se então que a sistemática de centralização da gestão de pátios resulta em retrabalho para a sede do Departamento, com desperdício de recursos materiais, humanos e financeiros, onerando desnecessariamente o Estado.

[...]

O modelo descentralizado de gestão de veículos apreendidos por atos de polícia judiciária, proporcionará maior economia com adoção de uma nova sistemática de trabalho mais célere na alienação dos veículos conferindo maior rotatividade no número de vagas gerando em consequência economia aos cofres públicos.

Porém, para implementação dessa nova sistemática é necessária uma fase de transição com a contratação dos novos pátios menores pelas Delegacias Seccionais e transferência do acervo.

Paralelamente ao processo de descentralização da gestão de pátios e da alienação do gigante acervo, na busca de uma gestão responsável de apreensão de veículos em decorrência de atos de polícia judiciária, foi editada a Portaria DECAP n° 38/2019, estabelecendo providências a serem adotadas nas ocorrências que envolvam veículos apreendidos, criando uma rotina de trabalho com vistas a manter apenas as apreensões imprescindíveis.

Como se vê, desde que assumiu a Diretoria do DECAP, em janeiro do corrente ano, este ordenador de despesas se debruçou sobre a questão e não mediu esforços para solucioná-la da forma mais eficiente, econômica e célere possível. No entanto, deparou-se com uma difícil situação em que não há tempo hábil para transferir o passivo de veículos antes do término do atual contrato tendo como única alternativa a contratação do pátio em caráter emergencial até o deslinde dos processos licita-

tórios que estão em andamento **sob risco de ocorrer solução de continuidade** na prestação do serviço de depósito e guarda.

[...]

Conforme narrado acima, todas as providências necessárias para a descentralização da gestão de pátios foram adotadas, desde a propositura de alterações normativas, até obtenção inédita de autorização judicial geral para destruição, com destinação de reciclagem, de quase 35.000 (trinta e cinco) *veículos conforme permissivo contíguo no bojo do Provimento CSM 2523/2019, além da criação de uma rotina de trabalho focada na gestão responsável de apreensão pelas unidades policiais.*

Os processos licitatórios para contratação de guincho estão em andamento em ambas as Seccionais, porém, ao que tudo indica, não serão concluídos em tempo hábil para transferência do passivo existente no pátio contratado pelo DECAP, cujo término do prazo contratual está previsto para 03 de junho do corrente ano.

Ainda que houvesse tempo hábil para contratação de um pátio provisório, através de procedimento licitatório, haveria nesta hipótese uma despesa de aproximadamente R\$ 1.110.442,13 (um milhão, cento e dez mil, quatrocentos e doze reais e treze centavos), referente ao valor da remoção dos veículos ao pátio provisório, e posteriormente o dispêndio do mesmo valor para a transferência dos veículos ao pátio definitivo, totalizando um gasto adicional de aproximadamente R\$ 2.220.844,26 (dois milhões, duzentos e vinte mil, oitocentos e quarenta e quatro reais e vinte e seis centavos), conforme memorial de cálculo juntado autos.

Ressalte-se que essa remoção seria provisória e, quando iniciasse o funcionamento dos pátios já contratados pelas Seccionais, os veículos teriam que ser novamente removidos aos pátios definitivos. Ou seja, haveria um **gasto duplo** com a remoção dos veículos, primeiro ao pátio provisório, depois ao pátio definitivo, gerando um gasto exorbitante e desnecessário aos cofres públicos do Estado, já tão combalidos pela calamitosa situação em que se encontram.

Assim, considerando que o **gasto com as duas remoções** gira em torno de R\$ 2.220.844,26 (dois milhões, duzentos e vinte mil, oitocentos e quarenta e quatro reais e vinte e seis centavos) **aliado ao risco de solução de continuidade do serviço** de depósito e guarda veículos, entendemos que **está configurada a situação emergencial** que autoriza a contratação direta da empresa Schunck Terraplanagem e Transportes Ltda, que já presta o serviço atualmente, pelo prazo de 180 dias, com condição resolutive de extinção do contrato consistente na conclusão dos procedimentos pelas Seccionais ou o esvaziamento do pátio em decorrência de leilões.

[...].

As ponderações acima parecem indicar que a decisão por formalizar nova contratação emergencial não é desarrazoada. Convém ressaltar, no entanto, que a apreciação das circunstâncias que qualificam determinada situação como emergencial está compreendida **na discricionariedade dos agentes com funções de gestão**

(administradores), por ser quem detém mais proximidade com a situação fática posta, e sobre quem recaem também os riscos da decisão tomada ao avaliar a oportunidade e conveniência de se proceder à contratação direta.

Não obstante, tendo em conta o caráter francamente excepcional da medida (salvo melhor juízo, o ajuste ora pretendido seria a terceira contratação emergencial consecutiva com a mesma prestadora de serviços¹² e pelo prazo de 180), é recomendável que as justificativas e razões apresentadas para a nova contratação sejam robustecidas, comprovando-se documentalmente no expediente que a situação emergencial persiste por razões alheias à vontade da Administração.

Assim, sugerimos que a instrução dos autos seja complementada com a juntada de elementos comprobatórios que respaldem as informações prestadas pelas Delegacias Seccionais de Polícia às fls. 04/17 quanto aos procedimentos licitatórios destinados à remoção dos veículos.

Recordamos que, muito embora as Delegacias Seccionais de Polícia da Capital sejam unidades de despesas individuais (nos termos dos Decretos Estaduais nº 50.869/2006 e 57.946/2012), tais unidades são vinculadas à estrutura do DECAP, cabendo à direção departamental coordenar, de maneira integrada, as medidas a serem implementadas com urgência pelas Delegacias para a efetivação das contratações necessárias ao esvaziamento do pátio da empresa SCHUNCK.

Não é demais reforçar que a Administração deve tomar todas as cautelas necessárias para ultimar as providências necessárias ao esvaziamento do pátio com a maior brevidade possível, respeitando-se o prazo máximo da contratação emergencial pleiteada.

a. Alerta quanto à jurisprudência do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

Feitas as considerações acima quanto aos requisitos para a configuração da situação emergencial, convém ressaltar que o E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo vem censurando reiteradamente contratações diretas fundadas no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/1993, quando a emergência decorre,

12 A primeira contratação emergencial foi analisada por esta Consultoria Jurídica por meio do Parecer CJ/SSP nº 379/2021, enquanto a segunda foi precedida do Parecer CJ/SSP nº 1332/2021.

a seu juízo, de inércia e falta de planejamento da Administração Pública. Como exemplo desse entendimento, colhe-se as decisões proferidas pela Corte de Contas nos autos das TC-000077/011/07, TC-026174.989.19-4, TC-023266.989.20-1, TC-007646.989.21-0, TC-013085.989.21-8, TC-005821.989.21-7 e TC-007153.989.21-5, dentre outras.

Nesse sentido, merece destaque o voto do Exmo. Conselheiro Relator no julgamento da TC-007646.989.21-0, consignando que

[a]inda que os julgados do TCU citados na razões recursais caminhem por outra interpretação, a jurisprudência desta Casa é firme e tranquila no sentido de que não se pode considerar regular uma contratação emergencial ocasionada pela omissão dos gestores públicos, sob pena de estimularmos maus administradores a criarem condições para a dispensa de todos os procedimentos de segurança e controle inerentes a uma licitação.

Já no voto proferido na TC-005821.989.21-7, o Exmo. Conselheiro Relator exemplificou situações em que a Corte não considera caracterizada emergência apta a justificar a contratação direta, veja-se:

A esse respeito, a jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido da inviabilidade de caracterização da emergência apta a justificar a dispensa de licitação do art. 24, inciso IV, da Lei de Licitação, nos casos em que ocorre a suspensão do certame por decisão judicial ou desta Corte (TC-15691.989.19-8; TC-34157/026/153; TC-1092/009/084 e TC-1011/009/105).

3.3. A essencialidade do serviço, por sua vez, não autoriza, por si, a contratação direta, também na linha de precedentes desta Casa (TC1092/009/086 e TC-477/008/117). Na realidade, em relação a tais objetos, a diligência da administração deve ser ainda maior, considerando a qualidade de tais atividades. (grifos nossos)

Portanto, a despeito de haver entendimento da doutrina e do Tribunal de Contas da União admitindo a contratação direta mesmo se a situação de emergência tiver origem em eventual falta de planejamento ou inércia administrativa (conforme exposto nos itens 13 e seguintes acima), mediante a apuração de responsabilidade do gestor que deu causa à situação (conclusão que também se depreende a partir da inteligência do artigo 3º do Decreto Estadual nº 40.320/1995¹³), é de se ver que,

13 "Artigo 3º - Uma vez evidenciado que a situação emergencial decorreu, no todo ou em parte, de inércia, omissão ou de qualquer outra forma de incurrência administrativa, caberá a autoridade responsável pela ratificação da dispensa terminar, de imediato, a instauração de procedimento adequado visando à apuração de responsabilidade disciplinar".

no âmbito do Estado de São Paulo, a jurisprudência do Tribunal de Contas caminha em sentido contrário, julgando frequentemente irregulares as contratações emergenciais celebradas em tais circunstâncias, chegando, em alguns casos, a aplicar multa aos gestores responsáveis.

Esse posicionamento merece ainda mais **atenção** no caso em comento, uma vez que as primeiras contratações emergenciais celebradas pelo DECAP com as empresas que prestam os serviços de depósito e guarda de veículos na Capital (TREVO SERVIÇOS MÚLTIPLOS LTDA e SCHUNCK TERRAPLANAGEM E TRANSPORTES LTDA) já foram examinados pela Corte de Contas.

No que concerne ao Contrato Emergencial nº 02/2021, celebrado com a empresa TREVO, tanto o ajuste como a dispensa de licitação que o precedeu foram julgados regulares (TC-17203.989.21, Relator Cons. Antônio Roque Citadini, publicado em 15.01.2022).

Por outro lado, no Contrato Emergencial nº 01/2021, firmado com a empresa SCHUNCK, foram julgados recentemente irregulares o acordo e a dispensa de licitação, considerando-se ilegais os atos dos ordenadores das despesas decorrentes (TC-014101.989.21-8 e TC-014657.989.21-6, Primeira Turma, Relator Cons. Sidney Estanislau Beraldo, publicado em 10.05.2022). Nesse último caso, vale transcrever os seguintes trechos do voto do Exmo. Conselheiro Relator:

2.1 Não obstante os argumentos trazidos pela defesa, a instrução processual indica que a dispensa de licitação e o contrato em apreço não se encontram em condições de receber a aprovação deste Tribunal de Contas.

2.2 A regra em nosso ordenamento jurídico é a licitação, prevendo a Lei nº 8.666/93 hipóteses excepcionais nas quais é possível que a Administração contrate diretamente com os particulares, dentre elas, para o atendimento de situação emergencial.

Para tanto, é necessário que estejam presentes dois requisitos: (i) a urgência no atendimento da situação emergencial ou calamitosa, que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança, apenas para os bens necessários ao atendimento dessa situação e (ii) o respeito ao prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da emergência, vedada a prorrogação do contrato (art. 24, IV, Lei nº 8.666/93).

No cenário em que ocorreu a contratação direta deste processo, não se vislumbra, contudo, circunstância fática a respaldá-la.

Com efeito, restou demonstrado que os serviços objeto da contratação em tela vinham sendo prestados desde 2015 mediante o contrato nº 02/2015, de 15-05-

15, o qual perdurou por 72 meses, até 14-05-21, com fulcro na excepcionalidade permitida no § 4º do artigo 57 da Lei de Licitações. Com o seu encerramento, a DECAP procedeu à assinatura do ajuste em análise, dissimulando nova prorrogação a título de contrato emergencial.

Do mesmo modo, infere-se que as circunstâncias alegadas pelos interessados, de que os estudos e planejamento para a descentralização dos pátios foram dificultados pela decretação do estado de calamidade pública, não são cabíveis para o caso em análise, visto que o contrato anterior venceria (antes da prorrogação excepcional) em 14-05-20, o que demonstra que existiu tempo hábil para a elaboração do certame e que a contratação emergencial decorreu de falta de planejamento da própria Administração, que não se organizou para instaurar antecipadamente o competente procedimento para a contratação, afastando, assim, a hipótese de emergência prevista no mencionado dispositivo legal.

O argumento de que o Tribunal de Contas suspendeu três certames licitatórios, contribuindo para o atraso nos trabalhos, também não socorre à Origem, uma vez que o contexto adverso, dado como de emergência ou de calamidade pública, não deve ser originado, total ou parcialmente, de ato prévio da Administração. Por isso deve o Órgão adotar, com a antecedência e cuidados devidos, as medidas necessárias para o cumprimento do dever de licitar, se abstendo de levar à praça edital com vícios.

Nesse diapasão, vale destacar que recentes decisões desta Corte de Contas, a exemplo da exarada nos autos do TC-011463.989.19-4, da qual fui relator, vêm rechaçando a intenção de se utilizar impugnações ao edital e suspensões do certame em virtude de irregularidades verificadas no instrumento convocatório como justificativas para acionamento do inciso IV do artigo 24 da Lei de Licitações.

Dessa forma, a elaboração de editais eivados de ilegalidades não exige a Administração de responsabilidade e, portanto, não valida a justificativa da contratação emergencial.

[...]

Verifica-se, assim, que, muito embora iniciados em 2019 os pertinentes procedimentos licitatórios e que a vigência inicial do contrato se encerrasse em 14-05-20, somente em março de 2021 foram publicados os pertinentes editais – às vésperas, portanto, do término da prorrogação já excepcional daquele ajuste.

Conclui-se, desta forma, que não houve comprovação de legítima situação emergencial, mormente porque a prestação de serviços de depósito e guarda de veículos apreendidos revela uma necessidade contínua da Administração e, por conseguinte, de fácil previsão, restando contrariados o artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93 e, ainda o artigo 37, XXI, da Constituição Federal e o artigo 2º, caput, da Lei Geral citada, por violação ao dever de licitar.

Vale salientar que os serviços em questão vinham sendo executados pela mesma contratada, desde 2015 e que, de acordo com o noticiado pela Fiscalização, foi,

ainda, assinado contrato emergencial posterior, em 06-12-21, entre as mesmas partes e mesmo objeto.

Portanto, a falta de adoção das providências devidas e necessárias, a tempo oportuno, mostra que o caso concreto é daqueles bem definidos por DIÓGENES GASPARINI como de “emergência fabricada”, fruto da omissão do Administrador de cumprir, oportuna e eficientemente, o dever que o artigo 37 da Constituição impõe aos agentes públicos, de celebrar contratos precedidos de licitação que assegure a prevalência dos princípios básicos da Administração Pública. (grifos nossos)

Com efeito, não é demais ressaltar que as circunstâncias narradas no caso dos autos, apesar de semelhantes, parecem possuir contornos diferentes daquelas que ensejaram a primeira contratação emergencial, uma vez que, agora, a autoridade competente afirma que o acervo de veículos passou de 17.498 para 7.347 (**redução de 58,01%**), em razão de medidas como a realização de leilões e da remoção dos veículos sob responsabilidade das 1ª e 8ª Delegacias Seccionais de Polícia (fls. 90), **o que deve repercutir também nas dimensões quantitativas do eventual novo contrato.**

É certo também que **a realidade posta é de difícil solução pelo gestor público**, não se podendo negar que os veículos se encontram depositados no pátio da empresa SCHUNCK em razão de contratação anterior, precedida de licitação, não havendo, segundo informado pela autoridade, tempo hábil para a conclusão das licitações destinadas à remoção do acervo de veículos para os novos pátios contratados pelas Delegacias Seccionais de Polícia.

Para a questão, também parece relevante compreender o caso à luz da disciplina da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), notadamente diante das alterações promovidas pela Lei Federal nº 13.655/2018, valendo transcrever os seguintes dispositivos:

<cit>Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as **consequências práticas da decisão.**

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive **em face das possíveis alternativas.**

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá **indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.**

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, **indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais**, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, **serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo**, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, **serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado à ação do agente [...]**. (grifos nossos)

Percebe-se que os dispositivos em tela possuem forte viés consequencialista¹⁴, propugnando que devem ser levadas em consideração as consequências práticas

14 “O consequencialismo é uma designação geral para um feixe de concepções filosóficas distintas, que têm em comum a valoração de uma ação a partir dos seus resultados, não da qualidade intrínseca do agir. As concepções consequencialistas se opõem à vertente filosófica deontológica, que defende, pelo contrário, que o valor ou desvalor das ações é inerente e independente das suas consequências.

O fundamento básico do consequencialismo reside na noção de que, como o passado é inalterável, só se pode considerar bom aquilo que faz o mundo melhor no futuro.

[...]

Quando a LINDB trata de ‘consequências práticas’, ela certamente não está se referindo às consequências jurídicas do ato. A norma não está distinguindo entre atos lícitos ou ilícitos, mas entre atos igualmente lícitos, em abstrato, mas que provocam consequências empíricas melhores ou piores, quando são realizados.

[...]

Consideradas essas peculiaridades das políticas públicas, é plausível afirmar que o administrador público poderia adotar o consequencialismo moderado (dado que não apenas as consequências da decisão devem ser levadas em conta), concreto (eis que enfoca as consequências concretas da decisão, não apenas as desejadas), maximizante (dado que pretende avaliar as consequências como melhores ou piores que as alternativas, não apenas como satisfatórias ou insatisfatórias), agregado (já que considera o total das consequências da decisão, o saldo das consequências positivas e negativas, não só suas parcelas), não igualitário (já que os impactos devem ser considerados ponderando os grupos sociais sobre os quais incidem, sobretudo os mais vulneráveis, não de modo uniforme) e avesso a perdas (consequências que impõem prejuízos aos administrados devem ser consideradas mais negativas do que aquelas que impõem a não obtenção de um benefício equivalente). Esses seriam os critérios de avaliação das consequências”. VITORELLI, Edilson. “A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo”. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio/ago. 2020. p. 89/92.

da decisão escolhida, bem como as circunstâncias da realidade a qual submetido o gestor. **Sendo assim, é recomendável que a autoridade competente exponha claramente todas as alternativas que, dentro da legalidade, seriam viáveis de serem adotadas para solucionar a questão, consignando as razões pelas quais a contratação emergencial proposta seria a mais adequada.**

De todo modo, não vislumbramos alternativas fáceis ao gestor para solucionar a situação concreta, valendo ressaltar que não se pretende contratar “novos” serviços que seriam passíveis de postergação pelo Estado. Frise-se novamente que a realidade com a qual se depara o administrador é de que os veículos ainda se encontram depositados no pátio da empresa SCHUNCK, sendo muito improvável que consiga realizar seu esvaziamento total até a conclusão da contratação emergencial em vigor e, menos ainda, antes da realização de um eventual novo contrato precedido de licitação.

Reforçando o caráter excepcional da situação tratada, não se pode desconsiderar que a solução projetada para a situação depende de contratações, de pátio e de guincho, precedidas de licitação a serem realizadas de forma descentralizada pelos órgãos que compõem o referido Departamento de Polícia, a maioria delas já realizadas, consoante afirmado por seu Diretor.

Por outro lado, considerando a iminência do encerramento da vigência do último contrato, caso se decidisse por não celebrar o novo contrato emergencial, a ausência de qualquer cobertura contratual também poderia implicar **consequências indesejáveis ao Estado**, pelo período em que os veículos permanecessem no referido pátio sem justo título que garantisse a obrigação de preservação da integridade física dos automóveis, além de abrir margem para discussões, tanto no âmbito administrativo como no judicial, a respeito de eventual indenização devida à empresa pela utilização de seu espaço e serviços.

Assim, a celebração de novo contrato, ao menos em tese, teria o condão de formalizar a continuidade da posição da atual contratada como depositária dos veículos, pelo período provisório em que continuarem sob seus cuidados, tornando indubitosa a continuidade de seus deveres de guarda e conservação dos bens (artigos 627 e 629 do Código Civil). E, de outra ponta, autorizaria a Administração a fiscalizar a execução dos serviços e exigir o cumprimento de todas as obrigações previstas no instrumento contratual. A formalização da avença também geraria consenso e

previsibilidade (ou seja, segurança jurídica) quanto ao valor devido pelo Estado por serviços que, como se viu, muito provavelmente não serão cessados de imediato.

Note-se que a possibilidade de celebrar a contratação direta com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/1993 **não desobriga, de modo algum, que se apure a responsabilidade daqueles que eventualmente tenham dado causa à situação emergencial**, na linha da jurisprudência já citada do Tribunal de Contas da União, da Orientação Normativa AGU nº 11, de 1º de abril de 2009, bem como da própria inteligência do artigo 3º do Decreto Estadual nº 40.320/1995.

Nessa linha, é altamente recomendável que a Administração instaure procedimento destinado a verificar se as circunstâncias que ocasionaram as contratações emergenciais relacionadas ao pátio da empresa SCHUNCK decorreram, no todo ou em parte, de inércia, omissão ou de qualquer outra forma de incúria administrativa, e, em caso positivo, a quem a responsabilidade pode ser imputada, para fins disciplinares.

De todo modo, em que pese nos parecer que a nova contratação emergencial ainda se afigure opção legítima ao administrador diante das especiais circunstâncias do caso concreto, não se pode desconsiderar que a decisão precedente do E. TCE/SP já considerou irregular a primeira contratação emergencial, sendo alta a probabilidade de aquela Corte de Contas decidir novamente pela irregularidade tanto do segundo ajuste como do que se pretende agora efetivar (que seria o terceiro).

Feito esse alerta, caso ainda assim a autoridade pretenda levar a efeito a contratação emergencial almejada, passa-se à análise dos demais requisitos formais exigidos pela legislação, valendo reiterar que a contratação emergencial não exige a Administração de realizar os correspondentes procedimentos licitatórios com a maior brevidade possível.

b) Razão da escolha da empresa contratada

No que concerne à razão da escolha da empresa indicada para a contratação, em atenção ao disposto no artigo 26, parágrafo único, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/1993 e ao artigo 1º, inciso II, do Decreto Estadual nº 40.320/1995, a autoridade justificou sua escolha considerando que o total dos veículos já estão

depositados no pátio da empresa SCHUNCK, consignando que o serviço vem sendo prestado de forma satisfatória (fls. 97).

c) Justificativa de preços

Decerto, ainda que emergencial, a contratação não dispensa a busca pela maior economicidade ao Erário, tanto que o art. 26, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/1993 impõe à autoridade responsável pela despesa a **justificativa do preço que se pretende pagar**.

No presente caso, a empresa SCHUNCK TERRAPLANAGEM E TRANSPORTES LTDA ofertou o valor mensal de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), totalizando R\$ 1.440.000,00 (um milhão, quatrocentos e quarenta reais) para a contratação, indicando que estaria concedendo desconto de 7,69% (fls. 72/74). Por sua vez, verifica-se que a origem realizou pesquisa de preços mediante orçamentos enviados por 4 (quatro) empresas do ramo (fls. 75/84). Os valores obtidos na pesquisa foram compilados na planilha de fls. 85, na qual constou que o menor preço realmente foi o da SCHUNCK.

Nesse ponto, é recomendável que seja demonstrado no expediente o parâmetro utilizado para a pesquisa, nos termos do artigo 2º do Decreto Estadual nº 63.316, de 26 de março de 2018. Destacamos, ainda, a necessidade de a Administração realizar um **juízo crítico**¹⁵ a respeito dos preços cotados, desconsiderando-se propostas de preços em valores excessivos, que não reflitam as condições de mercado (artigo 2º, §4º, do Decreto Estadual nº 63.316/2018).

Outrossim, convém sugerir que o servidor responsável pela pesquisa **ateste nos autos a correspondência dos orçamentos com as especificações do Projeto Básico/Termo de Referência**, bem como que a autoridade se manifeste expressa e conclusivamente, sobre a **razoabilidade** do preço indicado para contratação, em atendimento ao disposto no artigo 2º, inciso III, do Decreto Estadual nº 36.226/1992.

15 Tribunal de Contas da União: “Indispensável que a Administração avalie, de forma crítica, a pesquisa de preço obtida junto ao mercado, em especial quando houver grande variação entre os valores a ela apresentados”. (Acórdão nº 403/2013-Primeira Câmara. Rel. Walton Alencar Rodrigues)

d) Demais requisitos formais

No tocante aos demais requisitos, a unidade de origem deve se certificar da juntada aos autos de **todos documentos que permitam aferir a aptidão jurídica, fiscal e trabalhista da empresa a ser contratada, os quais deverão estar dentro do prazo de validade, por ocasião da celebração do contrato**, valendo destacar dentre eles: a) ato constitutivo, estatuto, ou contrato social em vigor, devidamente registrado na Junta Comercial; b) documentos de eleição ou designação dos administradores; c) CNPJ; d) prova de inscrição no Cadastro de Contribuintes Estadual e/ou Municipal, relativo à sua sede e pertinente ao seu ramo de atividade; e) certidão de regularidade de débito para com as Fazendas Estadual e Municipal, de sua sede; f) certificado de regularidade para com o Sistema de Seguridade Social (INSS) e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS); g) certidão conjunta negativa de débitos ou positiva com efeitos de Negativa relativa a tributos federais e dívida ativa da União; h) certidão negativa de débitos relativos às contribuições previdenciárias e às de terceiros; i) certidão negativa de débitos Trabalhistas (CNDT), conforme redação do inciso IV do art. 27 da Lei 8666/93; j) declaração elaborada em papel timbrado e subscrita pelo representante legal, de que se encontra em situação regular perante o Ministério do Trabalho, conforme anexo ao Decreto nº 42.911/98; k) declaração elaborada em papel timbrado e subscrita pelo representante legal da empresa, assegurando a inexistência de impedimento legal para licitar ou contratar com a Administração, nos termos da Lei nº 10.218, de 19 de fevereiro de 1999; l) declaração de que a empresa cumpre as normas relativas à saúde e segurança do trabalho, nos termos do parágrafo único do artigo 117 da Constituição do Estado; m) comprovação de inexistência de registro junto ao CADIN Estadual, Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), ao sítio Sanções Administrativas, ao Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa (CNIA), ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), ao Cadastro Estadual de Empresas Punidas (CEEP) e na relação de apenados publicada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Nessa linha, observa-se que a documentação juntada ao expediente está incompleta, não atendendo integralmente ao rol elencado acima, o que se recomenda seja complementado com a juntada dos elementos faltantes. Outrossim, deve a unidade de origem se certificar de que as certidões/declarações estarão com o prazo de validade em dia por ocasião da assinatura do contrato (o certificado de fls. 107 está vencido, por exemplo).

III – ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DA CONTRATAÇÃO

Com relação ao Projeto Básico/Termo de Referência-TR, verifica-se que o documento juntado às fls. 56/65 foi aprovado expressamente pela autoridade competente (fls. 65), em atendimento ao disposto no artigo 7º, §2º, inciso I da Lei Federal nº 8.666/1993.

Aludido documento deve atender as exigências estampadas nos artigos 6º, inciso IX, e 12, ambos da Lei nº 8.666/1993¹⁶, tendo por escopo o detalhamento do objeto, de modo a permitir a perfeita identificação do que é pretendido pelo órgão contratante e das circunstâncias e do modo de realização dos serviços.

Cumpre salientar que esta Consultoria Jurídica não reúne competência para avaliar o conteúdo das especificações do objeto e suas características, pela falta do indispensável conhecimento técnico para tanto. Entretanto, recomenda-se que o órgão técnico responsável pela qualificação do objeto observe o necessário cuidado na sua especificação, de modo a atender ao interesse da Administração, lembrando que tudo o que não for expressamente previsto, não poderá ser cobrado da futura contratada.

Nada obstante, considerando que a contratação não abrangerá futuras apreensões, consoante as justificativas apresentadas pela autoridade e também disposto no item 4 do tópico I do TR (fls. 57), **convidamos a origem a avaliar se não seria o caso de excluir as disposições previstas no tópico IV do TR que tratam da recepção de veículos (fls. 62/63), bem como o Anexo I.3 do documento (fls. 69).**

No que tange ao dimensionamento do pátio, deve restar bem demonstrado nos autos os critérios utilizados para o cálculo da área mínima prevista no Termo de Referência, indicando-se os quantitativos do atual acervo.

Em suma, é recomendável que órgão de origem se certifique de que a área mínima estipulada – **52.393,77m²** (fls. 55 e 58) – realmente atende à sua deman-

16 “Art. 6º, IX – Projeto Básico – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:[...]”

da, cabendo lembrar que a **quantificação do objeto da contratação emergencial deve se limitar ao necessário para afastar o risco de dano ou prejuízo.**

Considerando que o regime escolhido para a contratação é a empreitada por preço global (vide o Parágrafo Segundo da Cláusula Primeira da minuta de contrato), e que o objeto não envolverá apreensões futuras realizadas pelas unidades policiais, **é recomendável que a origem proceda à redução quantitativa do objeto contratual à medida que os veículos depositados sejam leiloados ou removidos aos novos pátios, a fim de se evitar o pagamento por serviços correspondentes a áreas que não serão mais utilizadas para o depósito de veículos.**

Relembramos ainda que, a despeito de a empresa que se pretende contratar ser a atual prestadora dos serviços – SCHUNCK TERRAPLANAGEM E TRANSPORTES LTDA, é prudente que a Administração se assegure de que as instalações do pátio atendem todas às especificações do novo Projeto Básico/Termo de Referência que acompanhará o contrato emergencial, notadamente a regularidade de documentação como licença ambiental, Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros, alvará de funcionamento, dentre outros.

IV – ANÁLISE DA MINUTA DE CONTRATO

Quanto à minuta de contrato, juntada às fls. 116/136, lembra-se de que o instrumento deve conter as cláusulas necessárias elencadas no artigo 55 da Lei Federal nº 8.666/1993, bem como, em se tratando de contratação por dispensa de licitação, deve observância aos termos do ato que a autorizou e da respectiva proposta, conforme o artigo 54, § 2º, da mesma lei.

Recomenda-se, ainda, a utilização da minuta-padrão disponível no sítio eletrônico da BEC/SP para prestação de serviços contínuos, **em sua versão mais recente e com as adaptações ao caso concreto**, seja no que concerne à contratação direta (excluindo-se, por exemplo, as referências à Lei Federal nº 10.520/2002, ao Decreto Estadual nº 49.722/2005, ou a termos como “edital”, “pregão”, “licitação” etc.), seja no que se refere às condições estabelecidas no Projeto Básico/Termo de Referência e no despacho da autoridade, sugerindo-se uma revisão do documento nesses termos.

No mais, referido documento merece as seguintes observações:

a) **Cláusula Primeira.** Sugerimos o acréscimo de parágrafo com a seguinte redação:

PARÁGRAFO TERCEIRO

O presente contrato será regido pela Lei Federal nº 8.666/1993 e pelas normas mencionadas no preâmbulo durante toda a sua vigência, nos termos do parágrafo único do artigo 191 c/c o inciso II do artigo 193 da Lei Federal nº 14.133/2021.

b) **Cláusula Segunda.** Salvo melhor juízo, a contratação anterior se encerrará em 05.06.2022, de sorte que o início da execução do próximo contrato poderá ser definido a partir de 06.06.2022.

c) **Cláusula Terceira.** Na mesma linha, recomenda-se seja retificada a data de início da vigência contrato prevista no “*caput*” desta cláusula. Ademais, considerando a informação de que os novos pátios já foram contratados pelas Delegacias Seccionais de Polícia, propomos que o Parágrafo Terceiro seja alterado para a seguinte redação:

PARÁGRAFO TERCEIRO

O presente contrato será rescindido automaticamente, mesmo antes do término do prazo de vigência constante do “*caput*” desta cláusula, extinguindo-se de pleno direito, quando concluídas as remoções do acervo pelas Delegacias de Polícia Seccionais subordinadas ao DECAP. A contratada será cientificada do implemento desta condição resolutiva, imediatamente após sua ocorrência.

d) **Cláusula Quarta.** Em relação às obrigações da contratada, sugere-se que a origem promova uma verificação acerca da adequação do rol apresentado ao objeto que se pretende contratar, bem como às necessidades da Unidade destinatária dos serviços, cabendo recordar que as disposições desta cláusula devem estar em harmonia com as do Projeto Básico/Termo de Referência.

e) **Cláusula Sétima.** Os valores inseridos nesta cláusula não conferem com aqueles oferecidos na proposta da empresa SCHUNCK (fls. 72/74), devendo ser retificados pela origem.

f) **Cláusula Décima.** Quanto à inclusão dos Parágrafos Sexto e Sétimo desta cláusula, recomendamos que se confirme se o objeto da contratação inclui cessão de mão de obra ou empreitada. Com efeito, a prova do recolhimento mensal ao FGTS prevista no Parágrafo Sexto deve ser exigida se, nos termos do Regulamento da Previdência Social, a execução do contrato implicar cessão de mão de obra. Já o Parágrafo Sétimo somente deve permanecer na minuta de contrato caso a prestação

dos serviços se sujeite à retenção de contribuições previdenciárias. Para tanto, além da caracterização como empreitada ou cessão de mão de obra, conforme definidas nos artigos 115 e 116 da Instrução Normativa MPS/RFB nº 971/2009, deve a área técnica averiguar se os serviços objeto da contratação se enquadram nas hipóteses elencadas nos incisos dos artigos 117 e 118 da mesma Instrução Normativa¹⁷.

g) **Cláusula Décima Terceira.** Considerando que a contratada não é sociedade cooperativa, propomos a exclusão do trecho final do Parágrafo Único que faz menção ao Decreto Estadual nº 55.938/2010.

h) **Cláusula Décima Quinta.** No Parágrafo Segundo, recomenda-se seja substituído o termo “contratante” por “contratada”.

V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alerta-se que o contrato emergencial somente poderá ser celebrado validamente se comprovada a **existência de recursos orçamentários** suficientes para a cobertura das despesas dele decorrentes (artigo 7º, §2º, inciso III, da Lei Federal n.º 8.666/1993), **o que ainda não foi demonstrado nos autos.**

A presente dispensa deve obedecer ao disposto no artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/1993, ou seja, deve ser comunicada dentro de 3 (três) dias à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco)

17 A respeito do tema, vale transcrever os seguintes trechos do Parecer PAT nº 06/2021: “14. Há dois tipos de forma de prestação de serviço que ensejam a retenção pelo contratante, empreitada e cessão de mão de obra. As hipóteses de responsabilidade tributária no caso da cessão de mão de obra são bem mais amplas que aquelas de empreitada. O artigo 117, da IN RFB nº 971/09, elenca os artigos que ensejam a retenção se contratados mediante cessão de mão de obra ou empreitada. Já o artigo 118, da IN RFB nº 971/09, elenca os serviços sujeitos à retenção, somente se prestados mediante cessão de mão de obra. [...] 16. Utilizando os conceitos obtidos da legislação tributária acima destacada, em ambas as contratações, de empreitada e cessão de mão de obra, parece haver a utilização de mão de obra de terceiros para a realização de um trabalho específico. A diferença estaria na continuidade dos serviços e na disponibilidade dos trabalhadores ao contratante: se há essa disponibilidade, é cessão de mão de obra, senão, é empreitada. Por outro lado, serviços não contínuos descaracterizam a cessão de mão de obra, ao passo que a continuidade, apesar de intrínseca na cessão de mão de obra, pode existir na contratação de diversas empreitadas. [...] 19. Para a caracterização dos serviços prestados mediante cessão de mão de obra, conforme consta da Solução de Consulta nº 312, de 06 de novembro de 2014, da Receita Federal, são necessários três requisitos **concomitantes**, também analisados quando da elaboração do parecer PAT 32/2017: (i) serem os serviços contínuos e de necessidade permanente do contratante; (ii) ser prestado nas dependências do contratante, ou em local por ele determinado e (iii) a colocação dos empregados da contratada à disposição da contratante”.

dias, como condição para eficácia dos atos. Por ocasião da ratificação, reitera-se a necessidade de observância ao disposto no artigo 3º do Decreto Estadual nº 40.320/1995.

O ato de dispensa, juntamente com as justificativas e pareceres dos autos, deverão ser encaminhados, por cópia, no prazo de até 10 (dez) dias úteis após sua ratificação, ao Tribunal de Contas do Estado, conforme o artigo 26, parágrafo único, da Lei Estadual nº 6.544/89 e o artigo 2º, parágrafo único, do Decreto Estadual nº 40.320/1995.

Recorda-se que, consoante previsão do art. 56 da Lei Estadual nº 6.544/1989, **é vedado atribuir efeitos financeiros retroativos aos contratos regidos por esta lei, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe deu causa.** Portanto, desde que regularizado o procedimento nos termos acima expostos e se confirmado que as circunstâncias qualificarão a situação como de emergência, entendemos que não se pode descartar a contratação direta com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/1993 como uma opção legítima a ser adotada pelo gestor, tendo em vista as consequências práticas (artigos 20, 21 e 22 da LINDB) das demais alternativas, reiterando que a decisão sobre a necessidade, oportunidade e conveniência da contratação emergencial cabe à autoridade competente.

Convém novamente registrar que, a despeito de haver entendimento da doutrina e do Tribunal de Contas da União admitindo a contratação direta mesmo se a situação de emergência tiver origem em eventual falta de planejamento ou inércia administrativa (apurando-se a responsabilidade do gestor), o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo é firme ao julgar pela irregularidade do contrato e da dispensa que a precedeu nessas situações. **Assim, vale reforçar o alerta de que a Corte de Contas Estadual decidiu recentemente pela irregularidade da primeira contratação emergencial firmada pelo DECAP com a mesma prestadora de serviços (TC-014101.989.21-8 e TC-014657.989.21-6).**

De todo modo, à vista do disposto no artigo 3º do Decreto Estadual nº 40.320/1995, reitera-se a necessidade de que a Administração instaure procedimento destinado a verificar se as circunstâncias que ocasionaram as contratações emergenciais relacionadas ao pátio da empresa SCHUNCK decorreram, no todo ou em parte, de inércia, omissão ou de qualquer outra forma de inércia administrativa, e, em caso positivo, a quem a responsabilidade pode ser imputada, para fins disciplinares.

Ante o exposto, considerando a existência de decisão do E. TCE/SP reputando irregular contratação emergencial anterior a ora pretendida, propomos que as conclusões do presente opinativo sejam submetidas à apreciação da Senhora Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral do Estado, nos termos do artigo 21, inciso IX, combinado com artigo 44, inciso IX, ambos da Lei Complementar nº 1.270/2015.

É o parecer, que se submete à superior consideração.

São Paulo, 25 de maio de 2022.

LUCAS COSTA DA FONSÊCA GOMES

Procurador do Estado

PROCESSO: PCSP-PRC-2022/05280

INTERESSADO: DECAP - DIVISÃO DE ADMINISTRAÇÃO

ASSUNTO: Contratação emergencial de prestação de serviços de depósito e guarda de veículos automotores com a empresa Schunck terraplenagem e transporte Ltda.

PARECER: CJ/SSP n.º 698/2022

Estou de acordo com os termos do bem-lançado Parecer CJ/SSP n.º 698/2022, que examinou a pretensão de formalizar a terceira contratação emergencial de serviços de depósito e guarda de veículos automotores e outros tracionados com a empresa SCHUNCK TERRAPLANAGEM E TRANSPORTES LTDA, com fundamento no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal n.º 8.666/1993.

Por razões muito peculiares ao caso concreto, conforme expostas pelo Sr. Delegado de Polícia Diretor do Departamento de Polícia Judiciária da Capital (DECAP), esta Consultoria Jurídica entende que a contratação direta ainda se afigura como opção legítima ao gestor, embora nos seja necessário alertar que o E. TCE/SP já considerou irregular a primeira contratação emergencial, sendo alta a probabilidade de aquela Corte de Contas decidir novamente pela irregularidade tanto do segundo ajuste como do que se agora se pretende efetivar.

Com efeito, o diligente autor do parecer em foco noticiou o advento do Acórdão do E. TCE/SP, proferido no bojo das TC-014101.989.21-8 e TC-014657.989.21-6, julgando irregulares o primeiro ato de dispensa de licitação e a consequente contratação emergencial por ele autorizada, conforme se vê reportado no item 29 da peça opinativa. Cuida-se de decisão recente (publicada no dia 10 do presente mês) e que, nos termos do voto do Conselheiro Relator, determinou a adoção das “providências previstas no art. 2º, incisos XV e XXVII da Lei Complementar Estadual n.º 709/93¹⁸, devendo a Administração, no prazo de 60 (sessenta) dias, dar ciência a este Tribunal das medidas adotadas”.

18 O referido artigo e os incisos invocados têm a seguinte redação: “Artigo 2º - Ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta lei, compete: [...] XV - comunicar à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal competente qualquer irregularidade verificada nas contas ou na gestão públicas, enviando-lhes cópia dos respectivos documentos; [...] XXVII - representar ao Poder competente do Estado ou de Município sobre irregularidade ou abuso verificado do em atividade contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e nos processos de tomada de contas; [...]”

Em que pese, assim, não se desconsiderar a existência, o teor e os efeitos da referida decisão, bem como do entendimento que vem sendo adotado na jurisprudência do próprio E. TCE/SP, esta Consultoria Jurídica perfilha entendimento diverso, que separa os efeitos da eventual “emergência fabricada” (aquela que decorreria de atos ou omissões administrativas) para fins gerenciais/contratuais daqueles que se impõem para fins disciplinares.

Com efeito, na esteira da doutrina e da jurisprudência mais recente do TCU citadas no parecer – que caminham em sentido diferente daquele adotado pela Corte de Contas paulista –, não se deve interditar a opção pela contratação provisória e emergencial dos serviços necessários a afastar os riscos reais ao interesse público, ainda que eventualmente criados por falha administrativa. A juridicidade dessa contratação, no entanto, estará condicionada à rigorosa apuração das condutas que lhe deram causa, e de eventual imposição de censura administrativa, disciplinar e até criminal aos responsáveis, se o caso¹⁹.

Essa a opinião que, a nosso sentir, melhor atenta para as consequências que poderão advir se inviabilizada nova formalização de contrato com a atual depositária dos bens sob tutela estatal, como bem colocado nos itens 34 a 36 do parecer.

Dito isso, cabem aqui também alguns esclarecimentos quanto à finalidade e alcance da decisão do E. TCE referida no item 3 supra. Com efeito, a invocação dos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar Estadual nº 709/93 indicam que haverá comunicação à Assembleia Legislativa, assim como será representado ao órgão interessado (no caso, ao DECAP/Polícia Civil), para adoção das medidas destinadas a superar a situação reputada irregular pela referida Corte de Contas. Por essa última razão é que, nos parece, já constou assinalado no dispositivo da decisão o prazo de 60 (sessenta) dias para a comunicação àquele órgão prolator acerca das medidas adotadas pela Administração.

19 Nesse sentido, veja-se também a expressa opinião de Flávio Amaral Garcia: “Parcela expressiva das contratações emergenciais decorre, lamentavelmente, da falta de planejamento na ação estatal. Uma vez constatada a situação emergencial, razoável compreender como possível a contratação com fundamento no art. 24, IV, da Lei 8.666/1993, eis que, independentemente da causa, a realização de licitação pode ser prejudicial ao atendimento de valores substantivos. Mas nesses casos impõe-se o imediato dever de apurar a responsabilidade dos gestores ou dos agentes públicos que agiram com desídia, porquanto atuaram com falta de zelo no trato da coisa pública”. (*In: Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 309.)

A decisão do TCE, no entanto, não invalida ou susta de imediato os contratos, e nem teria aquela Corte competência para tanto, conforme explicam Carlos Ari Sunfeld e Jacinto Arruda Câmara²⁰, ao discorrerem sobre as Competências de Controle dos Tribunais de Contas:

Como visto, no que diz respeito ao poder de, diretamente, impor medidas cautelares que interfiram nas decisões da Administração fiscalizada, a Constituição adotou uma diferença de tratamento em relação ao controle que se faz dos atos e contratos. Quando se tratar de fiscalização sobre atos da Administração, o próprio Tribunal de Contas pode sustá-los, se a suposta irregularidade não for corrigida no prazo pelo responsável. Em relação aos contratos, todavia, somente o Poder Legislativo (no caso federal, o Congresso Nacional) terá competência para sustá-los, quando impugnados. Essa prerrogativa cautelar não foi conferida ao Tribunal de Contas. A sustação de contratos é matéria reservada ao Legislativo.

Apesar de o Tribunal de Contas não poder sustar contratos, seu papel no respectivo controle e fiscalização é bastante relevante. É função dele conferir prazo às autoridades competentes para que estas corrijam possíveis irregularidades apontadas na fiscalização. Embora esta competência seja de natureza colaborativa, sua influência é muito grande.

Ao determinar prazo para correção, o Tribunal de Contas não está, de fato, ordenando ou adotando diretamente determinada providência. O dispositivo constitucional é claro ao reservar à própria autoridade administrativa responsável a competência de ajustar o ato impugnado à lei. E qual a razão dessa devolução do assunto à autoridade administrativa? É, de um lado, oportunidade para eventual alinhamento consensual entre controlado e controlador, no espírito de atuação colaborativa. Mas, de outro, é o espaço para, se assim entender, a autoridade resistir, opondo-se à avaliação e às conclusões do Tribunal, insistindo na legalidade do negócio e em sua continuidade. Porém, é indubitável que, diante da pronúncia do Tribunal de Contas no sentido da necessidade de adequar determinada prática contratual, haverá forte incentivo para o atendimento da medida por parte do responsável. Até porque, mesmo em matéria contratual, cabem a esse órgão externo de controle o julgamento das contas da Administração Pública e, no caso de irregularidades, a aplicação de sanções aos responsáveis.

Não foi outorgado ao Tribunal de Contas, contudo, o poder de interferir diretamente na execução do contrato em caso de não atendimento da intimação de correção de suposta ilegalidade. Para esses casos, de discrepância entre o entendimento da Corte de Contas e o da Administração contratante (que insistir na manutenção dos

20 Competências de Controle dos Tribunais de Contas – Possibilidades e Limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e Seu Controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, págs. 199 e 200.

termos contratuais), a competência cautelar para sustação caberá ao perfil mais político: o Parlamento. </cit>

Por outro lado, considerando o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 33 da Constituição Estadual, se a Assembleia Legislativa ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não sustar o contrato, “o *Tribunal decidirá a respeito*”. Sobre os limites do que o Tribunal de Contas pode decidir, vale trazer novamente as pertinentes considerações dos autores acima citados que, comentando disposições da Constituição Federal de semelhante teor, assim sustentam²¹:

Diante desse quadro detalhado de atribuições, não se pode supor que justamente a relevante atribuição de sustar contratos, expressamente reservada ao Legislativo, fosse reconduzida ao Tribunal de Contas de modo implícito, por meio da ambígua determinação de, em caso de omissão, “decidir a respeito”.

A CF foi clara, em seu art. 71, § 1º, ao atribuir a competência de sustar contratos só ao Parlamento. Sendo assim, a competência decisória do Tribunal de Contas, a que se refere o § 2º do art. 71, derivada da omissão do Executivo e do Legislativo na sustação de contratos, só pode dizer respeito à adoção de medidas que estejam na sua esfera de competências (como a punição de responsáveis), jamais a providências que foram clara e expressamente retiradas de sua esfera de atuação.

[...]

[...] A decisão que cabe ser tomada pelo Tribunal de Contas, passado o prazo de 90 dias sem manifestação do Legislativo, envolve, por óbvio, as competências do próprio Tribunal de Contas (tais como a de aplicar sanções e de julgar a legitimidade das contas).

Assim, é importante alertar que, mesmo havendo “espaço para, se assim entender, a autoridade resistir, opondo-se à avaliação e às conclusões do Tribunal, insistindo na legalidade do negócio e em sua continuidade”, há risco de a Corte de Contas estadual ainda vir a “aplicar aos ordenadores de despesa, aos gestores e aos responsáveis por bens e valores públicos as multas e demais sanções previstas nesta lei”, conforme lhe cabe diante do disposto no inciso XXIX do artigo 2º da sua Lei Orgânica.

Por essa razão é que se torna imprescindível para eventual prosseguimento da contratação direta que a instrução dos autos seja complementada conforme indicado no item 22 do parecer, bem como que as circunstâncias sejam objeto de rigorosa apuração.

21 *Ob. cit.*, págs. 212 e 215.

Com essas considerações adicionais e acolhendo a proposta formulada no item 64 do opinativo, submeto as conclusões desta Consultoria Jurídica ao crivo superior da Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral do Estado, alertando para a **urgência** do caso, em razão do término da vigência da última contratação emergencial, previsto para o próximo dia 03 de junho.

São Paulo, 25 de maio de 2022.

JULIO ROGERIO ALMEIDA DE SOUZA
Procurador do Estado Chefe – CJ/SSP

PROCESSO: PCSP-PRC-2022/05280

INTERESSADO: DECAP - DIVISÃO DE ADMINISTRAÇÃO

ASSUNTO: CONTRATAÇÃO DIRETA COM FUNDAMENTO NO INCISO IV DO ARTIGO 24 DA LEI FEDERAL N° 8.666/1993

PARECER: CJ/SSP n.º 698/2022

Cuida-se de processo instaurado pelo Departamento de Polícia Judiciária da Capital (DECAP), objetivando a formalização de contratação emergencial de serviços de depósito e guarda de veículos automotores e outros tracionados, apreendidos em decorrência da prática de atos característicos de polícia judiciária, com disponibilização e administração de pátio, com fundamento no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal n° 8.666/1993.

Os aspectos jurídicos da proposta de contratação foram examinados por meio do d. Parecer CJ/SSP n° 698/2022.

O opinativo recordou os requisitos previstos na legislação cujo atendimento deve ser demonstrado para a contratação direta com fundamento no inciso IV do art. 24 da Lei Federal n° 8.666/1993.

No que concerne ao caso em análise, o Parecer avaliou que as ponderações do despacho de fls. 89/100 parecem indicar que a decisão por formalizar nova contratação emergencial não é desarrazoada, registrando que a apreciação das circunstâncias que qualificam determinada situação como emergencial está compreendida na discricionariedade dos agentes com funções de gestão (administradores).

Todavia, tendo em conta o caráter francamente excepcional da medida, recomendou que as justificativas e razões apresentadas para a nova contratação sejam robustecidas, comprovando-se documentalmente no expediente que a situação emergencial persiste por razões alheias à vontade da Administração.

Acrescentou que a Administração deve tomar todas as cautelas necessárias para ultimar as providências necessárias ao esvaziamento do pátio da atual prestadora do serviço com a maior brevidade possível, respeitando-se o prazo máximo da contratação emergencial pleiteada.

O Parecer também efetuou recomendações em relação à instrução do processo e às minutas juntadas aos autos.

O opinativo alertou que, a despeito de haver entendimento da doutrina e do e. Tribunal de Contas da União admitindo a caracterização da hipótese do inciso IV do art. 24 da Lei Federal nº 8.666/1993 mesmo se a situação de emergência tiver origem em eventual falta de planejamento ou inércia administrativa, mediante a apuração de responsabilidade do gestor que deu causa à situação (conclusão que também se depreende a partir da inteligência do artigo 3º do Decreto nº 40.320/1995), a jurisprudência do e. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP) caminha em sentido contrário, julgando frequentemente irregulares as contratações emergenciais celebradas em tais circunstâncias.

Apontou que esse posicionamento merece ainda mais atenção no caso em comento, uma vez que as primeiras contratações emergenciais celebradas pelo DECAP com as empresas que prestam os serviços de depósito e guarda de veículos na Capital já foram examinadas pela Corte de Contas.

Recordou que, no tocante ao Contrato Emergencial nº 01/2021, firmado com a empresa que se pretende contratar na proposta ora examinada, o ajuste e a dispensa de licitação foram julgados recentemente irregulares, considerando-se ilegais os atos dos ordenadores das despesas decorrentes (TC-014101.989.21-8 e TC-014657.989.21-6, Primeira Turma, Relator Cons. Sidney Estanislau Beraldo, publicado em 10.05.2022).

Ressaltou que as circunstâncias narradas neste expediente, apesar de semelhantes, parecem possuir contornos diferentes daqueles que ensejaram a primeira contratação emergencial, uma vez que, agora, a autoridade competente afirma que o acervo de veículos passou de 17.498 para 7.347 (redução de 58,01%), em razão de medidas como a realização de leilões e a remoção dos veículos sob responsabilidade das 1ª e 8ª Delegacias Seccionais de Polícia (fl. 90), repercutindo também nas dimensões quantitativas do eventual novo contrato.

Ademais, o opinativo ponderou que a realidade posta é de difícil solução pelo gestor público, não se podendo negar que os veículos se encontram depositados no pátio da empresa que se pretende contratar em razão de contratação anterior, precedida de licitação, não havendo, segundo informado pela autoridade, tempo hábil para a conclusão das licitações destinadas à remoção do acervo de veículos para os novos pátios contratados pelas Delegacias Seccionais de Polícia.

Reputou relevante, para a compreensão do caso, ponderar o disposto nos artigos 20 a 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com as altera-

ções promovidas pela Lei Federal nº 13.655/2018, motivo pelo qual recomendou que a autoridade competente exponha claramente todas as alternativas que, observando a legalidade, seriam viáveis de serem adotadas para solucionar a questão, consignando as razões pelas quais a contratação emergencial proposta seria a mais adequada.

De todo modo, não vislumbrou alternativas fáceis ao gestor para solucionar a situação concreta. Ponderou que a celebração de novo contrato, ao menos em tese, teria o condão de formalizar a continuidade da posição da atual contratada como depositária dos veículos, pelo período provisório em que continuarem sob seus cuidados, tornando indubitosa a continuidade de seus deveres de guarda e conservação dos bens, e, de outra ponta, autorizaria a Administração a fiscalizar a execução dos serviços e exigir o cumprimento de todas as obrigações previstas no instrumento contratual. Acrescentou que a formalização da avença também geraria consenso e previsibilidade quanto ao valor devido pelo Estado por serviços que muito provavelmente não serão cessados de imediato.

Reputou altamente recomendável que a Administração instaure procedimento destinado a verificar se as circunstâncias que ocasionaram as contratações emergenciais relacionadas ao pátio da empresa que se pretende contratar decorreram, no todo ou em parte, de inércia, omissão ou de qualquer outra forma de incúria administrativa, e, em caso positivo, a quem a responsabilidade pode ser imputada, para fins disciplinares.

Em que pese entender que a nova contratação emergencial ainda se afigure opção legítima ao administrador diante das especiais circunstâncias do caso concreto, o opinativo alertou quanto aos precedentes desfavoráveis do e.TCE/SP.

O opinativo concluiu que, desde que atendidas suas recomendações, não se pode descartar a contratação direta com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/1993 como uma opção legítima a ser adotada pelo gestor, tendo em vista as consequências práticas (artigos 20, 21 e 22 da LINDB) das demais alternativas em tese possíveis, reiterando que a decisão sobre a necessidade, oportunidade e conveniência da contratação emergencial cabe à autoridade competente.

Ao aprovar o opinativo, o despacho da d. Chefia da Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública acresceu considerações quanto à finalidade e alcance do acórdão do e. TCE proferido no bojo das TC-014101.989.21-8 e TC-014657.989.21-6, que julgou irregulares o primeiro ato de dispensa de licitação e a consequente contratação emergencial por ele autorizada, determinando, nos termos

do voto do Conselheiro Relator, a adoção das providências previstas no art. 2º, incisos XV e XXVII da Lei Complementar nº 709/93, fixando o prazo de 60 dias para a Administração dar ciência ao Tribunal das medidas adotadas.

Entendeu que a decisão do e. TCE/SP não invalida ou susta de imediato os contratos, ressalvando que, mesmo seguindo o posicionamento doutrinário de que há espaço para, se assim entender, a autoridade resistir, opondo-se à avaliação e às conclusões do Tribunal, insistindo na legalidade do negócio e em sua continuidade, há risco de a Corte de Contas estadual aplicar aos ordenadores de despesa, aos gestores e aos responsáveis por bens e valores públicos as multas e demais sanções previstas na lei, conforme o disposto no inciso XXIX do artigo 2º da sua Lei Orgânica.

Por essa razão, concluiu ser imprescindível para eventual prosseguimento da contratação direta que a instrução dos autos seja complementada com comprovação documental de que a situação emergencial persiste por razões alheias à vontade da Administração, bem como que as circunstâncias sejam objeto de rigorosa apuração.

A matéria foi submetida à apreciação desta Subprocuradoria considerando a existência de decisão do e. TCE/SP reputando irregular contratação emergencial anterior, similar à ora pretendida.

Nesse contexto, aprovo a conclusão do d. Parecer CJ/SSP nº 698/2022 no sentido de que, sob a ótica jurídica, em tese, a contratação direta com fundamento no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/1993 é uma opção legítima que pode ser adotada pelo gestor, desde que sejam atendidos os requisitos especificados nos itens 10, 12, 12.2, 13, 13.3, 14, 15, 22, 22.1, 23, 24, 33, 37, 38, 42, 44 a 47, 48.1, 49 a 51, 51.1, 52 a 61 e 63 do opinativo, bem como os parâmetros expostos a seguir nesta manifestação.

Com efeito, conforme se extrai da jurisprudência do e. TCE/SP, os parâmetros seguidos pelo Tribunal para avaliação da regularidade de contratações emergenciais vinculam-se à qualidade das razões apresentadas para justificar o enquadramento na hipótese do inciso IV do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/1993, à luz das peculiaridades de cada caso concreto.

A título de ilustração, mencione-se o voto condutor do acórdão da e. Primeira Câmara de 26/04/2022 em TC-014662.989.21-9 e TC-014771.989.21-7, Rel. Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, que reputou regular contratação emergencial de Prefeitura nas seguintes circunstâncias:

[...]

2.3 Consoante se verifica da instrução processual, o serviço objeto desta análise vinha sendo prestado desde 2018 pela empresa [...] sem contrato vigente com a Prefeitura, ocasionando pagamentos a título indenizatório.

Relata a Administração, que, ao iniciar seu mandato em 01-01-21, o novo Chefe do Executivo “herdou” uma situação de execução de serviços essenciais (de locação de veículos para transporte de pacientes para tratamento e de pessoas em vulnerabilidade social), os quais não podiam sofrer solução de continuidade, sem qualquer lastro contratual.

Nesse diapasão, dada a necessidade de manutenção da prestação dos serviços, em um cenário de aumento das demandas provocada pela pandemia do COVID-19, a solução encontrada pelo novo Gestor, até a regularização da situação por meio de procedimento licitatório, foi a formalização do contrato emergencial em epígrafe.

Nesse interim, de se destacar que, para sanear o quadro citado, ainda no primeiro ano de mandato, foi lançado o Pregão Eletrônico nº 060/2021 (conforme publicação no DOE de 14-10-21), cujo decorrente contrato foi assinado em 18-11-21 (conforme publicação do DOE de 23-11-21).

Desta forma, considerando a descontinuidade da gestão anterior, a falta de previsibilidade da situação irregular pelo novo gestor e as ações narradas que culminaram no lançamento do competente procedimento licitatório, entendo que as falhas suscitadas possam ser afastadas, eis que, nos termos do art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, há que se sopesar “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor”, bem como “as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

De outra senda, foi respeitado o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias de vigência do ajuste (art. 24, IV), tendo a Administração efetuado cotação prévia de preços junto a 3 (três) prestadores de serviço, contratando a empresa que ofertou o menor valor, a demonstrar que a “razão de escolha do fornecedor ou executante” (art. 26, parágrafo único, II) e a “justificativa do preço” (art. 26, parágrafo único, II e III, da Lei nº 8.666/93) restaram igualmente atendidas.

Nesta conformidade, diante do cenário acima delineado, entendo que a dispensa de licitação e o decorrente contrato possam ser aprovados.

[...] (nota de rodapé omitida)

Exemplo dessa circunstância também é identificado no voto condutor do acórdão do e.Tribunal Pleno de 27/04/2022 em TC-001667/026/14, TC-001668/026/14, TC-001678/026/14 e TC-001705/026/14, Rel. Conselheiro Robson Marinho, que analisou hipótese de segunda contratação emergencial por Hospital da Secretaria da Saúde por ocasião do exame das contas anuais de 2014 dessa Unidade Gestora Executora, consignando:

[...]

A segunda contratação emergencial realizada pelo Hospital Ipiranga decorreu de condições bastante específicas, eis que sucedeu àquela celebrada para fins de suprir demanda decorrente de inadimplência contratual da então prestadora dos serviços. Nesse contexto, há que se ponderar que o novo processo licitatório teve início a partir da celebração do ajuste emergencial inicial e não antes, sendo justificada a alteração prevista no edital posteriormente recusada pela CSS - Coordenadoria de Serviços de Saúde e o atraso assim decorrente.

Ademais, nota-se que, a partir da resposta da CSS, a unidade gestora ultimou os procedimentos para lançamento do edital e concretizou a contratação já ao final do exercício, de forma que a dispensa impugnada vigeu por prazo reduzido e estritamente suficiente.

No mais, o fato da Assessoria Técnica ter atestado que os preços praticados na segunda contratação emergencial do Hospital Ipiranga foram adequados e que o desembolso com esta contratação foi de R\$ 221.043,89, valor pouco representativo (0,19%) frente às despesas correntes da unidade, de R\$ 115.800.784,64, contribuem para que a impropriedade possa ser afastada.

[...] (nota de rodapé omitida)²²

Destarte, à luz do entendimento do e. TCE/SP exposto, cabe à Administração a apresentação de justificativas suficientes e adequadamente comprovadas para demonstrar a caracterização, no presente caso concreto, da hipótese emergencial estabelecida no inciso IV, do art. 24, da Lei Federal nº 8.666/1993.

Quanto à instrução do processo, em acréscimo ao que foi anteriormente indicado, e ressalvando a ausência de atribuição deste órgão jurídico para perscrutar aspectos técnicos ou de mérito da proposta, recomenda-se:

(i) saneamento da divergência entre a cotação de fl. 84 e o quadro comparativo de fl. 85, observando-se o disposto no Decreto nº 63.316, de 26/03/2018;

(ii) apresentação pela Administração de justificativa das razões pelas quais optou pela adoção do regime de execução de empreitada por preço global no presente caso, a fim de evidenciar que se trata de alternativa mais vantajosa do que a empreitada por preço unitário;

22 Outros exemplos que podem ser citados são: acórdão da e. Primeira Câmara de 17/05/2011 em TC-036496/026/10, Rel. Conselheiro Antonio Roque Citadini; acórdão do e. Plenário de 27/07/2011 em TC-031702/026/07, Rel. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues; acórdão do e. Plenário de 30/11/2011 em TC-800341/281/01, Rel. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues; e sentença de 14/01/2022 em Processo nº 00017203.989.21-5, Conselheiro Antonio Roque Citadini.

(iii) quanto à minuta de contrato:

(iii.1) avaliação da necessidade de ajuste no termo inicial de execução dos serviços e da vigência que consta da cláusula segunda e do *caput* da cláusula terceira de fls. 117/118 para 4/6/2022, a fim de evitar sobreposição do dia 3/6/2022 em relação à contratação anterior, considerando que, de acordo com o período de vigência que consta da cláusula terceira da cópia do contrato DECAP emergencial nº 4/2021 de fl. 20, o último dia de vigência do referido contrato será 3/6/2022;

(iii.2) retificar a referência a “licitação” no inciso IV do *caput* da cláusula quarta de fl. 119;

(iii.3) revisar a redação do inciso XXI do *caput* da cláusula quarta de fl. 121 para melhor compreensão de seu sentido.

Por fim, no que concerne ao acórdão de 26/4/2022 da e. Primeira Câmara do TCE/SP proferido em TC-014101.989.21-8 e TC-014657.989.21-6, cumpre lembrar a orientação institucional constante do seguinte excerto do Parecer PA nº 259/2004:

[...]

10. No Parecer PA-3 n. 439/90, elaborado pelo douto Procurador do Estado Antônio Joaquim Ferreira Custódio, também publicado em forma de artigo na citada Revista da Procuradoria Geral do Estado, n. 36, pp. 129-148, a questão foi apreciada com profundidade.

11. Naquele parecer, devidamente aprovado pela Chefia máxima da Instituição, assentou-se o entendimento de que, se a Corte de Contas entender ser irregular determinada despesa e os instrumentos jurídicos que a ela deram origem, é dever da Administração apurar as responsabilidades e providenciar o ressarcimento dos cofres públicos.

12. Analisando a natureza jurídica das decisões do Tribunal de Contas, concluiu o ilustre parecerista que “as decisões do Tribunal devem ser admitidas como atos definitivos, obrigatórios e insuscetíveis de revisão ou questionamento pela Administração mesma. Embora não gozem pelas razões retro expostas, da prerrogativa de coisa julgada peculiar às sentenças judiciais, estão albergadas pela definitividade. Esgotados os meios de impugnação previstos em lei, as decisões do Tribunal de Contas tornam-se imutáveis na esfera administrativa, salvo as hipóteses [...] de revisão ou rescisão”. Constituindo a decisão do Tribunal de Contas coisa julgada administrativa, o Poder Público deve a ela dar cumprimento, não sendo possível discutir a validade e correção de suas disposições, na esfera administrativa, fora do âmbito dos meios próprios de impugnação das decisões previstos na própria Lei Orgânica do Tribunal de Contas, Lei Complementar estadual n. 709, de 14 de janeiro de 1993.

13. Essa circunstância não impede, por óbvio, como ressaltado no curso do Parecer PA-3 n. 439/90, que aquele que se sentir lesado pela decisão do Tribunal de Contas venha a contestá-la perante o Poder Judiciário, em homenagem ao princípio constitucional consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que garante o acesso universal à tutela jurisdicional ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

[...]²³

Destarte, eventual discussão do teor do acórdão citado, na esfera administrativa, pressupõe o emprego dos meios próprios de impugnação das decisões, previstos na Lei Complementar nº 709, de 14/01/1993.

Com essas considerações, restituam-se os autos à Secretaria da Segurança Pública, por intermédio de sua Consultoria Jurídica, para adoção das providências pertinentes.

SubG-Consultoria, 27 de maio de 2022.

ALESSANDRA OBARA SOARES DA SILVA
SUBPROCURADORA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA GERAL

23 No mesmo sentido é a disciplina da Resolução PGE nº 07, de 07/02/1996, que fixou orientação para o cumprimento das decisões do Tribunal de Contas do Estado.