**TC 733/2009**

**ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. SIURB. Obras de recuperação da canalização do Córrego Pirajuçara junto ao Instituto Butantã. 1. Falta de suporte da declaração de emergência. Art. 24, IV, Lei 8666/93. 2. Ausência de justificativa do preço. 3. Atraso na formalização do Contrato. NÃO ACOLHIDO. Votação unânime.**

**Relatório e voto englobado TCs** 733/2009 e 1.528/2008.

**18ª Sessão Ordinária Não Presencial**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/000733/2009 e TC/001528/2008, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em não acolher o Contrato 178/Siurb/2008, convencionado com a Construtora Gomes Lourenço Ltda., para execução das obras de recuperação da canalização do Córrego Pirajuçara, junto ao Instituto Butantã.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 16 de setembro de 2020.

JOÃO ANTONIO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

**RELATÓRIO ENGLOBADO**

O primeiro processo, TC nº 733/2009, tem por escopo a análise e discussão do Contrato nº 178/SIURB/2008, pactuado pelo valor de R$ 6.289.414,46 (seis milhões, duzentos e oitenta e nove mil, quatrocentos e quatorze

reais e quarenta e seis centavos), ao passo que o segundo TC nº 1.528/2008 tem por meta o Acompanhamento da Execução do referido Ajuste.

Na avaliação do Contrato nº 178/SIURB/2008 (TC nº 733/2009), constante do Relatório de fls. 153/161, a Equipe de Fiscalização da Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela sua irregularidade devido, resumidamente, aos seguintes apontamentos:

- Inconsistência da decretação de emergência com o disposto no art. 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8666/1993[1];

- Ausência de justificativa do preço estimado, ferindo o art. 26, § único, inciso III[2], do Diploma citado;

- Decretação da emergência cinco meses e meio após o conhecimento dos fatos;

- Emissão da Nota de Empenho posteriormente ao início dos serviços, contrariando o art. 61 da Lei Federal nº 4.320/1964[3] e o Decreto Municipal nº 23.639/1987;

- Execução dos serviços, no período de 20/06/2008 a 14/12/2008, sem a garantia contratual, desrespeitando o disposto no item 16.3 do Instrumento convencionado e o art. 66 da precitada Lei Federal[4].

Essas conclusões foram endossadas pelo Coordenador Chefe e pelo Subsecretário de Fiscalização e Controle (fls. 62/vº).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, fazendo uma análise preliminar do processado, acompanhou a Auditoria, e sugeriu a prévia oitiva da Secretaria, com relevação do empenho extemporâneo (fls. 65/73 e 74).

---

[1] **Art. 24** - É dispensável a licitação:
IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação 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;

[2] Art. 26 - As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único d o art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.
Parágrafo único - O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
III - justificativa do preço.

[3] Art. 66 - O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

[4] Art. 61. Para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho" que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria

Na defesa, encartada às fls. 79/83, Marcos Rodrigues Penido, apontado como um dos responsáveis na qualidade de Secretário Adjunto da Pasta, justificou a contratação emergencial para evitar danos irreparáveis; a contemporaneidade da notícia do risco e da emissão da Ordem de Início em 20.06.2008; a necessidade da elaboração e aprovação do projeto e quantificação dos serviços, período dentro do qual foram executados os trabalhos; a prolação do Despacho de ratificação das medidas adotadas pela Superintendência de Obras Viárias em 23/06/08; o enquadramento da situação na exceção do § único do art. 45 do Decreto Municipal nº 44.279/2003[5],no que se refere à emissão da Nota de Empenho; e, finalmente, recolhimento da garantia quando da lavratura do Contrato.

A Contratada, à sua vez, ofereceu a defesa de fls. 121/127, destacando o caráter emergencial da obra e a necessidade de serviços complementares, como recuperação rede de esgoto da Sabesp e o reforço na parede diafragma, para evitar sua ruptura, bem assim a compatibilidade dos preços contratados com os de mercado e com os dados constantes no banco de dados da SIURB.

Essas defesas foram analisadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, às fls. 129/132, e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 86/92 e 132/135, ambas reiterando suas conclusões precedentes, sendo que a Unidade Jurídica opinou pelo não acolhimento do Contrato, diante das irregularidades encontradas, com a observação de que a Execução é objeto do TC 1.528/2008, tramitando em conjunto com o presente.

Registro, ainda, por derradeiro, que a SIURB encaminhou a defesa de sua Superintendência de Obras Viárias, limitando-se a repetir parcialmente aquelas anteriormente analisadas, como foi explicitado pela Auditoria (fls. 149/vº) e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 150/152).

A Procuradoria da Fazenda Municipal ponderou que as defesas apresentaram esclarecimentos e justificativas razoáveis, autorizando a acolhida do Ajuste, ou, alternativamente, a aceitação de seus efeitos financeiros e patrimoniais, em face da ausência de má-fé e prejuízos aos cofres públicos (fls. 153/159).

Por fim, a Secretaria Geral, fazendo um relatório detalhado do expediente, acompanhou as Unidades Técnica e Jurídica, em razão do que também opinou pela não acolhida do Contrato “sub examine” (fls. 160/165).

No exame da Execução do Contrato nº 178/SIURB/2008

[5] **Art. 45 -** É vedado atribuir efeitos financeiros retroativos aos contratos regidos por este decreto, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de quem lhe deu causa.
**Parágrafo único:** O disposto no "caput" não se aplica às hipóteses do artigo 24, IV, da Lei Federal n° 8.666, de 21 de junho de 1993, quando, diante de comprovada urgência, eventual demora para prévia celebração do contrato possa acarretar danos irreparáveis, situação em que sua formalização dar-se-á oportunamente, convalidando a contratação de obra, fornecimento ou serviço, cuja execução já se tenha iniciado.

(TC nº 1.528/2008), a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu por sua irregularidade devido às seguintes constatações: falta de suporte da declaração de emergência, infringindo o art. 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8666/93; ausência de justificativa do preço inicialmente estimado de R$ 4.000.000,00 (quatro milhões); atraso na formalização do Contrato durante o interstício de seis meses, após a emissão da Ordem de Início; não aplicação da multa de R$ 157.235,36, correspondente a 2,5% do valor contratual, por infringência à Resolução nº 425/98 do CONFEA e à Cláusula Terceira, subitem 3.4, do Contrato nº 178/SIURB/08; ausência de providências contra o Instituto Butantã para reparação dos danos causados pelo rompimento dos tirantes, obrigando a necessidade da execução das obras objeto do acompanhamento; a omissão de medidas contra aquele Instituto tornou a obra mais dispendiosa para a Municipalidade, visto que, além do rompimento de um tirante, o mesmo prosseguiu com a construção dentro da faixa não edificável, em desacordo com o Código de Obras do Município; precariedade da fiscalização permanente da obra, tornando impossível a mensuração dos quantitativos e dimensões do serviço; não constar do P.A. 2008-0186.453-0 a aprovação de projetos executivos pelo setor competente da SIURB; serviços de caráter não emergenciais e medição irregular, no montante de R$ 1.446.708,67; divergências injustificáveis entre a planilha orçamentária e os valores medidos; composição irregular dos preços unitários, e medições irregulares passíveis de gerar prejuízos; drenagem das águas pluviais oriundas do Instituto Butantã comprometendo a vida útil das obras realizadas; pagamentos realizados fora do prazo estipulado na Cláusula Sexta do Contrato; emissão extemporânea do empenho e da garantia (fls. 406/423 e 424/425v).

A defesa apresentada pela SIURB (fls. 432/493) foi analisada pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, às fls. 497/522 e 523/vº, que concluiu, em resumo, pela superação da irregularidade apontada no item 4.8[6] do Relatório preambular, concernentemente à ausência de aprovação dos projetos executivos, e pela revisão parcial dos itens 4.11[7] 7 e 4.12[8], relativos à composição dos preços unitários e às medições, mantendo, no mais, às conclusões dos demais itens.

Após os novos esclarecimentos, prestados pela Superintendência de Obras Viárias, às fls. 638/649, a Subsecretaria de Fiscalização

[6] 4.8 - Não verificamos no Processo Administrativo n° 2008-0.186.453- 0 a aprovação dos projetos executivos pelo setor competente da SIURB (subitem 3.4.1 deste relatório).

[7] 4.11 – Foram encontradas irregularidades nas composições de preços unitários que resultam ou podem resultar em prejuízo ao erário (subitem 3.4.3 deste relatório). Entre outras, citam-se: incidência de BDI (39,8%) em vez de taxa de administração (15%); ausência de cotações de preços que deveriam ser efetuadas pela SIURB; apresentação de apenas 1 cotação de preços para diversos serviços; divergência em coeficientes de produtividade dos insumos; composição de preços extratabela para serviços que constam nas Tabelas da SIURB; ausência de justificativa para a verba de canteiro de obras.

[8] 4.12 - Foram encontradas irregularidades nas medições que resultam ou podem resultar em prejuízo ao erário (subitens 3.4.4 a 3.4.9 deste relatório). Entre outras, citam-se: serviços medidos em duplicidade; ausência de comprovação de horas efetivamente trabalhadas e de equipamentos; quantitativos medidos a maior; utilização incorreta de serviços das Tabelas da SIURB; divergência entre os quantitativos de projeto e os quantitativos medidos; execução de serviços não emergenciais; itens de serviço não devidamente justificados; croquis de localização das jazidas e bota-fora incompatíveis com as medições.

e Controle considerou também superados os apontamentos assinalados no item 4.12, pertinentes às medições, ratificando os demais questionamentos (fls. 655/678 e 679).

A Pasta encaminhou cópias dos Termos de Recebimento Provisório e Definitivo e novas informações de seus setores técnicos, anexados às fls. 697/722, apreciados pela Auditoria à fls. 724/vº, que ratificou suas conclusões precedentes, considerando apenas parcialmente atendido o subitem 2.11 – art. 10.

A Contratada Construtora Gomes Lourenço S/A ofereceu, à sua vez, a defesa de fls. 773/784, onde enfatizou o cumprimento de todas suas obrigações contratuais, o caráter emergencial da obra e que não poderia ser responsabilizada por equívocos e omissão por parte da SIURB na condução do procedimento administrativo relativo à contratação, sobre a qual a Auditoria consignou que seus esclarecimentos foram similares àqueles apresentados anteriormente, motivo pelo qual ratificou e reiterou suas análises precedentes.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou a Auditoria em todas as suas manifestações, de cunho fático e técnico, conforme se vê de seus pareceres de fls. 682/686, 727/730 e 787/789, ao passo que a Procuradoria da Fazenda Municipal, intervindo às fls. 731/738 e 790, opinou pela acolhida da Execução, ou, alternativamente, pelo reconhecimento de seus efeitos financeiros, louvando-se essencialmente nas defesas da SIURB.

Derradeiramente, a Secretaria Geral, após proceder ao exame detalhado dos elementos instrutivos e manifestações do processo, concluiu pela Execução irregular do Contrato, em face do apurado pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, conforme parecer de sua Assessoria, às fls. 791/799, endossado pela respectiva titular, à fl. 800.

É o relatório resumido.

## VOTO ENGLOBADO

As irregularidades evidenciadas no Contrato nº 178/SIURB/2008 pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, com o aval da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, não foram satisfatoriamente elididas pelas defesas apresentadas de modo a ensejar a acolhida do Contrato em discussão.

Com efeito, apurou-se, após detida análise do procedimento, a não caracterização da situação tipificada no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal n.º 8.666/1993, posto que ela decorreu precipuamente da inércia ou imprevisão para deflagrar o Certame Licitatório, tendo em conta que o Instituto Butantã comunicou à Subprefeitura, em ofício datado de 22/01/2008, o comprometimento do muro de divisa naquela oportunidade.

É o que esclarece, com detalhes, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, nas intervenções de fls. 65/72 e 86/91, o que não foi satisfatoriamente contornado nas defesas apresentadas.

Também não ficou suficientemente explicitada a justificativa do preço ajustado como exige o artigo 26, parágrafo único, inciso III, do Diploma citado, a despeito das alegações de que a complexidade dos serviços não permitia prever os que seriam acrescidos durante o desenvolvimento da obra, o que poderia ser contornado com o aditamento contratual, consoante o permissivo do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/1993[9] na parte que admite as modificações quantitativas dentro dos limites estabelecidos.

No entanto, a questão do empenho "a posteriori" e da caução em garantia me parece superada com a execução dos serviços e expiração da vigência do Ajuste em foco, sem embargo de evidenciada sua irregularidade, pelas Unidades Técnicas, merecendo, todavia, relevação.

Diante das ponderações atrás expendidas, reforçadas pelos pareceres emitidos pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretaria Geral e o que mais consta dos elementos instrutivos dos TCs. analisados:

a) NÃO ACOLHO o Contrato nº 178/SIURB/08, convencionado com a Construtora Gomes Lourenço Ltda, para execução das obras de recuperação da canalização do Córrego Pirajussara, junto ao Instituto Butantã;

b) NÃO ACOLHO, igualmente, a Execução do citado Ajuste, aceitando, porém, excepcionalmente os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos, consoante a alternativa proposta pela Instituição Fazendária, tendo presente a expiração da vigência do Ajuste realizado e a Execução de seu objeto;

c) Relevo, ainda, as impropriedades de cunho formal, ante a não comprovação de prejuízos efetivos ao Erário Público e a ausência de má-fé dos agentes responsáveis pela fiscalização e acompanhamento da Execução Contratual.

É como voto.

[9] Art. 65 - Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: