EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-001.016.03-83

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular o contrato, não aceitou os efeitos financeiros, com aplicação de multa e determinações. Obras de construção de reservatório de contenção de cheias. SIURB. Decisão reformada para julgar regular o contrato. CONHECIDOS. PROVIDOS. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 24, IV, Lei 8.666/93. Art. 44, parágrafo único, Dec. Mun. 11.772/02.

Relatório e voto englobado TCs 72.001.014.03-58, 72.001.015.03-10 e 72.001.016.03-83

2.742ª Sessão Ordinária

1º Julgado

ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. SIURB. Obras de construção de reservatório de contenção de cheias. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. MULTA. DETERMINAÇÕES. Votação por maioria.

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal e pelo Senhor Roberto Luiz Bortolotto, por presentes os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno deste Tribunal.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, quanto ao mérito, em dar provimento aos apelos, para o fim de reformar o V. Acórdão atacado e considerar regular o Contrato 087/Siurb/2002.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar o envio de ofício, acompanhado de cópia deste Acórdão, à Procuradoria Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, à Primeira Delegacia Seccional de Polícia, da Secretaria de Estado dos Negócios da Segurança Pública e ao Supremo Tribunal Federal, em atendimento aos pedidos formulados nos autos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que, cumpridas as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 14 de maio de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Analisam-se, nesta fase processual, os Recursos interpostos pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal e pelo Senhor Roberto Luiz Bortolotto, contra o Venerando Acórdão deste Tribunal que julgou, englobadamente, irregulares os Contratos de número: - 084/SIURB/2002, assinado com a empresa Engeform Construções e Comércio Ltda., para execução das obras de construção de reservatório de contenção de cheias no Córrego Inhumas;

- 085/SIURB/2002, assinado com a empresa OAS Ltda., para execução das obras de construção de reservatório de contenção de cheias no Córrego Rincão;

- 087/SIURB/2002, assinado com a empresa Construtora Queiroz Galvão S/A, para execução das obras de construção de reservatório de contenção de cheias Aricanduva V.

Acordaram os Conselheiros, por maioria, em não aceitar os efeitos financeiros decorrentes da contratação, bem como em aplicar multa ao responsável devidamente intimado e identificado nos autos.

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opina, preliminarmente, pelo conhecimento dos Recursos interpostos. No mérito, procede à análise de todo o processado com vistas a melhor fundamentar o seu convencimento.

Desta feita, numa análise detida de todos os elementos constantes do processo nº 72.001.015/03-10, considera que a emergência restou caracterizada, como já havia afirmado anteriormente às folhas 326-327. Manifesta-se, inclusive, pela aceitação dos efeitos financeiros decorrentes do contrato por não ter vislumbrado a antieconomicidade do ajuste.

Quanto às demais questões que redundaram na irregularidade do contrato em exame, ressalta outros aspectos que merecem ser apontados, em três ordens de considerações:

Em primeiro lugar, a caracterização da emergência analisada em duas vertentes. A primeira diz respeito à natureza preventiva da obra, e a segunda refere-se à afirmação dos órgãos técnicos de que haveria tempo hábil para licitar, contratar e executar a obra até o final de 2002. De fato, pondera que a respeitável decisão recorrida entendeu descaracterizada a emergência por se tratar de obra de caráter preventivo e não corretivo. Em outras palavras, que se a obra fosse corretiva não se questionaria a emergência. Salienta que a situação de emergência não tem em seu conceito essa restrição; sustenta que a doutrina nacional reconhece a possibilidade de contratação por emergência para impedir efeito potencialmente destrutivo ou gravoso.

Ressalta que a decisão pela dispensa de licitação foi discricionária, mas não destituída de razoabilidade e proporcionalidade, pois decidiu o administrador pela contratação direta, que revelada necessária e útil, seu custo, ao final, não pôde ser considerado desvantajoso aos interesses que buscou preservar. Na hipótese dos autos, a obra foi concluída a tempo, sendo possível afirmar, com segurança, que atingiu os fins objetivados. Daí sua adequação e idoneidade.

A segunda vertente analisa a conclusão alcançada pela Auditoria de que havia a possibilidade de a Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras (SIURB) licitar, contratar e executar a obra antes do final de 2002. Sobre esse assunto, ressalta a Assessoria Jurídica que a prática na Administração Pública tem demonstrado que um procedimento licitatório, especialmente na modalidade Concorrência é, via de regra, lento, decorrente da rigidez formal que envolve a licitação.

Cita que a SIURB cuidava, além de outras questões relevantes, até por conta da decretação da calamidade pública, da construção de três reservatórios de contenção de grande porte:

Aricanduva V, Inhumas e Rincão.

Enfatiza o elucidativo parecer apresentado pela empresa Hidrostúdio Engenharia, às folhas 345-360, que faz um diagnóstico das providências urgentes para a implantação das obras. Segundo o parecer, as inundações na área do Córrego Aricanduva provocaram a perda de bens materiais, a exposição da população diretamente afetada às doenças de veiculação híbrida, a interrupção de importantes vias de acesso viário, ferroviário e metroviário, atrasando as viagens, com todos os prejuízos inerentes.

Frise-se que, inúmeras vezes, as Administrações Públicas Municipais têm sido condenadas pelo Poder Judiciário a indenizar danos materiais e morais decorrentes de enchentes, “ex vi” da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 725.208.5/4-00.

Conclui, assim, que a situação emergencial restou plenamente caracterizada, por envolver a segurança e risco da população e de outros bens e, ainda, que a Administração logrou justificar satisfatoriamente a impossibilidade de promover o procedimento licitatório no prazo que dispunha para a execução e conclusão das obras.

A segunda ordem de consideração refere-se à interpretação na aplicação do termo “a quo” para efeito de contagem do prazo previsto no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93, que determina que a obra seja concluída no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da ocorrência da emergência ou calamidade. Sobre esse assunto, ressalta que, no caso concreto, o contrato foi cumprido no prazo nele fixado, nos termos das informações constantes dos autos, podendo o termo “a quo” ser considerado da Ordem de Início. Essa interpretação tem respaldo na prática administrativa adotada na celebração dos contratos emergenciais.

De fato, a Ordem de Início dada à empresa contratada, Engeform Construções e Comércio Ltda., ocorreu em 22 de abril de 2002. Consoante informação constante nos autos, o término das obras ocorreu efetivamente em 15 de outubro de 2002, portanto dentro da previsão consignada no contrato celebrado pelas partes, de 180 dias. Conclui, dessa forma, que a contratação, na hipótese, atendeu a norma jurídica que autoriza a dispensa de licitação por emergência. Isto porque, se é possível admitir a prorrogação do prazo, em casos excepcionais, com mais razão deve-se admitir a postergação do termo “a quo” para a contagem do prazo de 180 dias, contado da data da Ordem de Início.

A terceira ordem de consideração diz respeito ao prejuízo apontado no Acórdão no valor de R$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais - data-base janeiro de 2002), que representa 7% (sete por cento) do valor do contrato de R$ 16.318.146,38 (dezesseis milhões, trezentos e dezoito mil, cento e quarenta e seis reais e trinta e oito centavos). Entende que o método adotado para verificar eventual superfaturamento do preço de R$ 16,43m^3 (dezesseis reais e quarenta e três centavos o metro cúbico), na época do ajuste, está incorreto. Para se calcular a

economicidade de um preço unitário é necessário utilizar os parâmetros de mercado na época da execução das obras e não de quatro anos depois.

Desta forma, questões que foram levantadas depois das obras aqui tratadas não podem servir de elementos para interferir na avaliação dos preços contratados no ano de 2002. E mais: não há provas nos autos que comprovem tal conclusão, sendo certo que o preço de R$ 16,43m3 (dezesseis reais e quarenta e três centavos o metro cúbico) estava, à época, aquém do item da Tabela de 2003, no valor de R$ 23,41m^3 (vinte e três reais e quarenta e um centavos o metro cúbico) e da Tabela de 2004, no valor de R$ 25,39m^3 (vinte e cinco reais e trinta e nove centavos o metro cúbico). Relativamente à extemporaneidade da lavratura do instrumento, cita que o Decreto Municipal nº 11.772/02, artigo 44, parágrafo único, autorizava a convalidação dos efeitos retroativos aos contratos celebrados, com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93. Por todo o exposto, opina pelo provimento dos recursos ordinários interpostos, com a finalidade de acolher o Contrato nº 85/SIURB/2002.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requer o conhecimento dos recursos deduzidos com o integral provimento de ambos.

A Secretaria Geral considera irrebatíveis os argumentos do Venerando Acórdão recorrido, defendendo sua manutenção por seus próprios e jurídicos fundamentos, negando-se provimento aos recursos interpostos.

É o RELATÓRIO.

VOTO ENGLOBADO

Presentes os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno deste Tribunal, CONHEÇO dos Recursos interpostos pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal e pelo Senhor Roberto Luiz Bortolotto.

Quanto ao mérito, endosso integralmente os termos constantes do relatório de folhas 595-615, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, posto que analisa todos os fatos discutidos nos autos à luz do direito, de modo objetivo e analítico.

Com efeito, a situação emergencial apresenta-se caracterizada, por envolver a segurança e risco da população e de outros bens. Ademais, a Administração justifica satisfatoriamente a impossibilidade de promover o procedimento licitatório no prazo que dispunha para a execução e conclusão das obras.

A propósito, restou caracterizada a situação de emergência em face da inação dos órgãos públicos nas décadas anteriores, pois nestes anos a Bacia do Aricanduva era sujeita a graves inundações.

Nos termos do artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, o caso é de emergência "quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas (...) e outros bens públicos e particulares".

Portanto, o caso em tela enquadra-se na previsão legal, restando constatar a inação dos órgãos públicos nas décadas anteriores. De fato, após a realização das obras cessou o alto risco a que estavam expostos a população da Bacia Hidrográfica do Aricanduva e os usuários da Avenida de mesmo nome. Quanto à ausência de projeto, sabemos que no caso de emergência o projeto caminha com a obra. Em que pese a dificuldade enfrentada, os técnicos que projetaram a obra sob análise inspiraram outras de sucesso, como por exemplo, o Piscinão do Pacaembu.

A verificação da realidade fática vai ao encontro dos argumentos apresentados pela Origem, pois as obras foram feitas para minimizar os efeitos das chuvas de verão. E, se com o procedimento adotado, as obras foram finalizadas apenas em 15 de outubro de 2002, por certo a realização de licitação faria com que essa data fosse postergada, colocando-se, inevitavelmente, em risco a eficácia dos trabalhos realizados, pois de nada adiantaria o término das obras após ou mesmo durante o período das chuvas de verão.

Considero, no caso concreto, que o contrato foi cumprido no prazo nele fixado, podendo o termo "a quo" ser considerado da Ordem de Início, portanto, dentro da previsão consignada no contrato celebrado pelas partes, de 180 dias. Entendo que o método adotado para verificar eventual superfaturamento do preço de R$ 16,43m^3 (dezesseis reais e quarenta e três centavos o metro cúbico), na época do ajuste, está incorreto, considerando que aponta divergências de épocas distintas. Além disso, também não vislumbro provas nos autos que comprovem a discrepância de preços praticados à época, evidenciando assim, pelas informações, que os preços praticados foram inferiores aos constantes da Tabela de EDIF.

Relativamente à extemporaneidade da lavratura do instrumento, relevo tal impropriedade ante a sua natureza formal, nos termos do Decreto Municipal nº 11.772/02. Diante dessas ponderações e inexistindo indícios de má-fé, danos ou comprovação de qualquer forma de prejuízo ao erário, não vislumbro, pois, a existência de qualquer irregularidade na contratação em análise.

E por se tratar de contratação com o mesmo teor daquelas apreciadas nos processos 72.001.014/03-58 e 72.001.016/03-86, que ensejaram, inclusive, a apreciação englobada dos feitos, DOU PROVIMENTO AOS APELOS, para o fim de reformar a decisão atacada e considerar REGULARES os Contratos nº 84/SIURB/2002, 85/SIURB/2002 e 87/SIURB/2002.

Encaminhe-se cópia do relatório, voto, bem como da decisão a ser alcançada pelo Plenário à Procuradoria Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, à Primeira Delegacia Seccional de Polícia, da

Secretaria de Estado dos Negócios da Segurança Pública e ao Supremo Tribunal Federal, em atendimento aos pedidos formulados nos autos.

Após as comunicações de praxe, ARQUIVEM-SE os autos.

1º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 1.014.03-58 e 1.015.03-10, e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Maurício Faria, após vista que lhe fora concedida na 2.354ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros Edson Simões – Relator, Eurípedes Sales – Revisor e Roberto Braguim.

Acordam os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Edson Simões – Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor e Roberto Braguim, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, em julgar irregular o Contrato 087/SIURB/2002, não aceitando seus efeitos financeiros, tendo em vista as seguintes irregularidades:

1) O objeto do contrato – construção de reservatório para contenção de cheias – tem caráter preventivo e não serviu para suprimir risco iminente ou reparar danos causados pelas enchentes registradas em fevereiro de 2002, e, sem qualquer cunho emergencial, não se amolda às hipóteses previstas no artigo 1º do Decreto Municipal 41.707/2002 e no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, que autorizam a contratação direta por emergência.

2) Trata-se de obra de engenharia de grande porte, de médio a longo prazo e de valor de expressiva monta que, mesmo tendo sido executada em turno de 24 (vinte e quatro) horas diárias de trabalho, extrapolou o prazo de 90 (noventa) dias, fixado no Decreto Municipal 41.707/2002, e o de 180 (cento e oitenta) dias, estabelecido no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, que restaram infringidos, circunstâncias essas que também descaracterizaram a contratação emergencial.

3) A contratação direta privilegiou empresa quando era obrigatória a licitação, em afronta aos princípios da legalidade, impessoalidade, isonomia e probidade administrativa, insertos no artigo 37 e respectivo inciso XXI da Constituição Federal, e nos artigos 2º e 3º da Lei Federal 8.666/93.

4) A execução da obra deu-se sem projeto prévio, que foi finalizado contemporaneamente à conclusão do reservatório, infringindo o disposto no artigo 7º e o parágrafo 9º, da Lei Federal 8.666/93, e o princípio da economicidade.

5) Houve flagrante afronta ao princípio da vantajosidade previsto no artigo 3º da Lei Federal 8.666/93, porque:

5.1) a tabela da Secretaria Municipal de Infra-Estrutura Urbana e Obras – Siurb, com distorções para o item de remoção de terra, implicou custo adicional de R$ 7.800.000,00 (sete milhões e oitocentos mil reais), considerando esse contrato e outros dois, julgados nos TCs 1.014.03-58 e 1.015.03-10;

5.2) a dispensa de licitação e o critério de pagamento previsto no contrato, impondo à contratada arcar com a execução da obra, com recursos próprios, implicaram transferência do respectivo custo financeiro para a Siurb, e, por isso, o BDI poderia ser inferior aos 41% (quarenta e um por cento) fixados;

5.3) estabeleceu-se o turno ininterrupto de 24 (vinte e quatro) horas diárias de trabalho, implicando aumento de verbas trabalhistas e de tributos correlatos.

6) A ausência de projeto executivo prévio desatendeu ao princípio da economicidade, pois impossibilitou o gerenciamento e racionalização dos custos, violando o disposto no artigo 7º e respectivo parágrafo 9º da Lei Federal 8.666/93.

7) Além de o reservatório não ter caráter de obra emergencial, havia tempo hábil para licitação porque se destinava a evitar casos de enchentes no início de 2003.

8) Falta de caução durante a execução do contrato, apresentada apenas poucos dias antes da conclusão da obra, em desrespeito ao disposto no artigo 56 da Lei Federal 8.666/93.

9) O despacho autorizatório foi exarado extemporaneamente, próximo ao término da obra.

10) O contrato foi lavrado a destempo, com mais de 200 (duzentos) dias do início da obra, infringindo os artigos 54 e 62 da Lei Federal 8.666/93.

Acordam, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em aplicar ao responsável devidamente intimado e identificado nos autos, à folha 219, a multa no valor de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

Acordam, também, por maioria, pelos mesmos votos, em exarar as seguintes determinações:

1) Oficiar à Siurb, para tomar ciência do quanto deliberado, apensando-se cópia do inteiro teor do presente Acórdão, bem como para adotar as seguintes providências:

1.1) verificar as responsabilidades e apurar eventuais prejuízos causados ao Erário em decorrência da contratação irregular, além dos R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) – referente ao Contrato 087/SIURB/2002 – apontados pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte;

1.2) apuradas as responsabilidades e o total dos prejuízos, adotar procedimentos, na esfera administrativa e, se necessário for, na via judicial, visando à cobrança do montante apurado;

1.3) informar, em 60 (sessenta) dias, este Tribunal de Contas sobre as providências adotadas e os respectivos resultados.

2) Intimar o responsável pelo ajuste, identificado à folha 219 dos autos, para:

2.1) tomar ciência do presente Acórdão, apensando-se cópia;

2.2) no prazo regimental, recolher o valor da multa, nos termos do artigo 192 do Regimento Interno deste Tribunal.

3) Expedir determinação à Siurb, para que, em contratações futuras, proceda, nos exatos limites da lei, à abertura do necessário procedimento licitatório, reservando a contratação emergencial tão-somente para as situações que reclamem providências imediatas para suprimir risco real ou reparar danos.

4) Dar ciência do presente Acórdão, acompanhado da respectiva cópia de seu inteiro teor:

4.1) ao Excelentíssimo Senhor Chefe do Poder Executivo;

4.2) à Presidência da Câmara Municipal de São Paulo; 4.3) ao Ministério Público do Estado de São Paulo.

Acordam, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, e consoante proposta do Conselheiro Roberto Braguim, em determinar à Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte que proceda ao acompanhamento do real cumprimento do prazo, quanto às providências a serem adotadas pela Siurb.

Vencido o Conselheiro Maurício Faria, que, consoante voto apresentado em separado, julgou regular a contratação emergencial realizada, dada a excepcionalidade do caso.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, Roberto Braguim e Maurício Faria.

Presente à sessão, nesta data, o Conselheiro Antonio Carlos Caruso, sem direito a voto, uma vez que o mesmo foi proferido anteriormente pelo Conselheiro Edson Simões – Relator.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de abril de 2008.

Roberto Braguim
Vice-Presidente no exercício da Presidência

Edson Simões
Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuida-se dos Processos TCs números 1.014.03-58, 1.015.03-10 e 1.016.03-83, que versam sobre ajustes celebrados pela Secretaria Municipal de Infra-Estrutura Urbana e Obras, tendo por objeto a execução das obras de construção de reservatório de contenção de cheias, com prazo de 180 (cento e oitenta) dias, em caráter emergencial, por isso dispensando-se a licitação com fundamento no artigo 24, inciso IV da Lei Federal número 8.666/93.

Os contratos ora em julgamento estão assim identificados:

1 - Número 084/2002, firmado com a Engeform Construções e Comércio Ltda. para obras acima mencionadas no Córrego Inhumas, no valor total de R$ 16.318.146,38 (dezesseis milhões, trezentos e dezoito mil cento e quarenta e seis reais e trinta e oito centavos), celebrado em 02/10/2002;

2 - Número 85/2002, firmado com a Construtora OAS Ltda., para as obras acima mencionadas no Córrego Rincão, pelo valor total de R$ 34.994.577,76 (trinta e quatro milhões, novecentos e noventa e quatro mil quinhentos e setenta e sete reais e setenta e seis centavos), celebrado em 02/10/2002;

3 - Número 87/2002, firmado com a Construtora Queiroz Galvão S/A, para as obras acima mencionadas no Córrego Aricanduva V, pelo valor total de R$ 22.156.733,27 (vinte e dois milhões, cento e cinquenta e seis mil setecentos e trinta e três reais e vinte e sete centavos), celebrado em 03/10/2002.

A Origem justificou que os contratos de emergência decorreram da necessidade de evitar enchentes no período de chuvas de 2003, a exemplo das registradas nos dias 13, 14 e 16 de fevereiro de 2002, quando houve a decretação da situação de emergência nas áreas abrangidas pelo transbordamento do Córrego Aricanduva, através do Decreto nº 41.707/2002, da Prefeitura do Município de São Paulo, o qual autorizou os setores competentes a adotarem as providências emergenciais atinentes à realização de obras, serviços e compras necessárias pelo período de 90 (noventa) dias.

Considerando que os Córregos Inhumas, Rincão e Aricanduva V integram a Bacia do Córrego Aricanduva, as obras de construção dos reservatórios nos referidos rios tiveram início em 19/04/2002 nos dois primeiros córregos e em 08/05/2002 no terceiro, pelos valores estimados, respectivamente, de R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), R$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais) e de R$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais), enquanto os despachos autorizatórios foram todos exarados em 27/09/2002, reportando-se à data da Ordem de Início e determinando-se a emissão das competentes notas de empenho nos valores que constam dos contratos.

Iniciando a fase de instrução, os autos foram encaminhados à Assessoria Jurídica de Controle Externo, que opinou pela oitiva preliminar da Origem acerca de substanciais divergências de preços e outros itens necessários à verificação dos requisitos que legitimaram as contratações emergenciais e, uma vez apresentados os esclarecimentos, a Área Jurídica concluiu serem irregulares os ajustes, com base nos seguintes motivos:

1) Conhecimento, por parte da Administração, das causas do problema e inexistência de providências saneadoras, vale dizer, falta de planejamento de ações que não permitem ao administrador invocar dispensa de licitação sob a alegação de emergência, conforme já decidido pelo Tribunal de Contas do Município em casos análogos.

2) Realização de obra de grande porte sem elaboração de projeto prévio, o que levaria à otimização e racionalização de gastos, pois os projetos apresentados foram aprovados quase no término das obras, em desrespeito ao princípio da economicidade.

3) Infringência ao princípio da legalidade, posto que o parecer da Origem justifica a dispensa de licitação pela estimativa de longa duração do procedimento de concorrência e eventuais ações judiciais, além de não se sujeitar às normas ordinárias, tais como a não-obtenção de licença ambiental, alegando que implicaria maior demora.

4) Extrapolação do prazo contratual da emergência, posto que a situação emergencial ocorreu em fevereiro de 2002, as contratações se deram em abril e maio, e o término da obra em outubro e novembro, quando o prazo máximo para a conclusão seria 16/agosto/2002, ou seja, 180 dias da situação emergencial.

5) Despachos autorizatórios extemporâneos, datados de 27/09/2002 e retroativo à data das Ordens de Início.

6) Lavratura extemporânea dos contratos, mais de 220 dias após a ocorrência da emergência.

7) Cauções efetuadas em 30/09/2002, próximo ao término dos contratos.

8) As obras transcorreram 150 dias sem quaisquer pagamentos, ocorrendo apenas no final dos contratos e nos meses subseqüentes ao término.

Após o signatário dos ajustes apresentar sua defesa, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle procedeu à análise dos contratos e dos documentos pertinentes, concluindo pela irregularidade das contratações, pois:

1) a construção de um piscinão é obra de vulto, de cunho preventivo e não reparatório de danos causados por enchentes; quanto à duração da obra é de médio e longo prazo, por isso, não pode ser contratada em caráter de emergência;

2) as condições de prioridade na execução de contrato e o ritmo acelerado não são exclusivos de obra emergencial, podendo ser obtidos com a mesma eficiência, bastando estabelecê-los em edital e respectiva minuta de contrato;

3) o prazo utilizado pela Origem até a contratação emergencial, seria suficiente para realização de um procedimento licitatório, estimado pela própria – Secretaria de Infra-Estrutura Urbana e Obras – SIURB em 90 (noventa) dias, aproximadamente, acrescido do fato de que a obra poderia ter sido licitada antes da ocorrência das cheias, considerada como fator da contratação emergencial, pois previsível tal evento natural face às características e precedentes na área;

4) o projeto se divide em três partes:

a) execução do piscinão;

b) projetos e afins; e

c) restauração e reparos. Somente este último item se enquadra nas hipóteses de contratação emergencial, que restou descaracterizada pelo fato de os serviços terem início após 60 (sessenta) dias da ocorrência da calamidade;

5) a exorbitante diferença de valores entre os despachos de ratificação da Ordem de Início e o da autorização para formalização da obra, seria

aceitável se o primeiro fosse decorrente de uma estimativa de custos feita imediatamente após a calamidade, quando não se tem a exata dimensão do necessário, fato esse não ocorrido no caso, posto que a Ordem de Início com a estimativa foi expedida dois meses após as enchentes; [Motivo da diferença: Valor de autorização inicial foi muito inferior ao do despacho de autorização e emissão de nota de empenho: Contrato 84/02: Valor inicial R$ 10 milhões – valor contratual: R$ 16.318.146,38; Contrato 85/02: Valor inicial R$ 16 milhões – valor contratual: R$ 34.994.577,76; Contrato 87/02: Valor inicial R$ 14 milhões – valor contratual: R$ 22.156.733,27];

6) o fato de as obras serem pagas quase toda ao final, conforme previsto no item 2 da cláusula VI do contrato, gerou um custo financeiro excessivo para a Administração, posto que as Contratadas financiaram suas operações repassando as despesas e aumentando o BDI [Bonificações e Despesas Indiretas], portanto, o custo final das contratações.

Em nova manifestação, a Assessoria Jurídica de Controle Externo ratificou seu entendimento anterior e encampou, ainda, os argumentos técnicos apresentados pela Especializada, a saber:

a) não restou caracterizada a situação emergencial;

b) ciência da Administração de que o problema das enchentes remonta a décadas;

c) contratação emergencial não permite incluir obras de caráter preventivo; e

d) havia tempo hábil para os necessários procedimentos licitatórios.

Uma vez concedida oportunidade para o signatário dos ajustes apresentar aditamento à defesa e submetida ao crivo da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, esta contradisse a alegada vantajosidade da contratação para o Poder Público, apontando que, para o serviço de 'Remoção de terra além do 1º (primeiro) km até a distância média ida e volta de 25 (vinte e cinco) km (quilômetros)', a tabela da Secretaria de Infra-Estrutura Urbana e Obras – SIURB estabelecia o preço considerando o caminhão com capacidade de 4m³ (quatro metros cúbicos) para o transporte de terra, embora as empreiteiras utilizem veículos com maior capacidade, implicando que se esta distorção tivesse sido corrigida nos contratos em questão, apenas nesse item, significaria uma economia, de R$ 7.800.000,00 (sete milhões e oitocentos mil reais), finalizando seu parecer com a ratificação de seus anteriores pronunciamentos concernentes à irregularidade dos ajustes, que não se enquadram na hipótese de cunho emergencial, impondo-se a licitação.

Por seu turno, a Assessoria Jurídica de Controle Externo igualmente reiterou seu entendimento concernente à irregularidade, ponderando,

entretanto, a Assessora Subchefe, que as empresas contratadas executaram a obra de acordo com as condições previstas, por isso sugeriu o reconhecimento dos efeitos financeiros produzidos nas presentes contratações emergenciais, sem prejuízo das determinações pertinentes, opinião essa endossada pelo Assessor Chefe.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, preliminarmente à sua manifestação, solicitou expedição de ofício à Origem para o fim de justificar as irregularidades apontadas, bem como responder aos quesitos por ela formulados e, após os esclarecimentos prestados, concluiu que o interesse público foi preservado, as obras foram convenientes, oportunas e vantajosas e executadas a contento, sem demonstração de existência de prejuízo ao Erário, tampouco dolo, culpa ou má-fé por parte dos agentes responsáveis.

Com base nesses argumentos, posicionou-se pelo acolhimento dos ajustes e, alternativamente, propugnou pela preservação dos efeitos financeiros e patrimoniais, em homenagem ao preceito da segurança jurídica e da preservação das relações patrimoniais.

Considerando a documentação acrescida pela Origem em resposta aos quesitos formulados pelo Órgão Fazendário, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle foi instada a proceder à competente análise, concluindo não ter havido apresentação de fatos novos que autorizassem a alterar seu entendimento anterior quanto ao não-enquadramento das obras contratadas nas hipóteses previstas para dispensa de licitação, estabelecidas no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93.

Por força de ditame regimental, os autos retornaram à Procuradoria da Fazenda Municipal, que ratificou seu pronunciamento antecedente quanto à regularidade dos ajustes ou, pelo reconhecimento dos seus efeitos econômicos.

Finalizando a fase de instrução, a Secretaria Geral exarou parecer quanto ao acolhimento dos ajustes em análise, relevando-se as falhas formais, considerando que as contratações diretas se fizeram necessárias diante de interesse público imediato, preservado por uma medida acautelatória representada pela dispensa de licitação, acrescido do fato de que a intervenção da Origem não poderia ser postergada, pois só assim se poderia evitar um dano maior, elementos esses que se afinam com as hipóteses previstas no artigo 24, inciso IV da Lei 8.666/93.

Ponderou, ainda, ao final, que, em se tratando de procedimento administrativo concluído, para o Direito representa uma relação jurídica consolidada, salvo a comprovação fática e jurídica de irregularidades insanáveis viciando o contrato e comprometendo o interesse público. É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

O Decreto Municipal nº 41.707, publicado em 21/02/2002, ao decretar a situação de emergência nas áreas abrangidas pelo transbordamento do Córrego Aricanduva, fundamentou-se nos danos registrados com as enchentes ocorridas na região, nos dias 13, 14 e 16 de fevereiro daquele ano.

O artigo 1º do referido ato normativo, convocou os setores competentes a adotarem as providências atinentes à realização de obras, serviços e compras necessárias, pelo período de 90 dias, visando à reparação do que foi profundamente afetado pelas inundações, a saber: 'a integridade física das pessoas, a segurança dos bens públicos e particulares, as habitações, os transportes, as vias e logradouros públicos'.

No caso em apreço, para fins de análise da contratação, à luz do Decreto Municipal nº 41.707/2002 e do artigo 24, inciso IV da Lei Federal 8.666/93, que cuida de contrato emergencial, devem ser destacadas as seguintes características dos ajustes:

1 - objeto;

2 - justificativa para a dispensa de licitação;

3 - valor contratado e porte da obra;

4 - tempo decorrido entre a situação emergencial, o início e a conclusão das obras.

I) Objeto dos contratos - Os contratos têm por objeto a execução das obras de construção de reservatório de contenção de cheias nos Córregos Inhumas, Rincão e Aricanduva V, de modo a evitar que no subseqüente período de chuvas, no ano de 2003, não mais se repetissem as catástrofes registradas nos dias 13, 14 e 16 de fevereiro de 2002.

Por primeiro, cabe examinar se tais obras se enquadram nas hipóteses previstas no citado Decreto Municipal 41.707/2002, vale dizer, se os reservatórios de contenção de cheias, denominados 'piscinões' tiveram por escopo restaurar algum dano causado pelas inundações verificadas em fevereiro/2002.

O próprio decreto fixou que as contratações emergenciais deveriam estar diretamente relacionadas à integridade física das pessoas, à segurança dos bens públicos e particulares, às habitações, aos transportes, às vias e logradouros públicos, atingidos à época pelas inundações, tipificações essas em que não se enquadra a construção de reservatório para contenção de cheias, posto ter caráter preventivo e não reparador de qualquer dos bens tutelados pelo ato normativo.

Com efeito, a dispensa de licitação fundada em casos de emergência, a que alude o inciso IV do artigo 24 da Lei de Licitações, pressupõe que

o objeto da contratação se limite a reparar o dano ou eliminar o risco, devendo estar demonstrado o nexo causal entre a contratação direta e a ocorrência de dano, para atendimento imediato a certos interesses. Marçal Justen Filho, a respeito da relação de causalidade entre a contratação direta e a supressão do risco ou do dano, preleciona:

> *'Em última análise, aplica-se o princípio da proporcionalidade.*
>
> *A contratação deverá ser o instrumento satisfatório de eliminação do risco de sacrifício dos interesses envolvidos. Mas não haverá cabimento em promover contratações que ultrapassem a dimensão e os limites da preservação e realização dos valores em risco.'*

Solucionar as causas que produziram a situação emergencial em fevereiro de 2002, não guarda qualquer relação com a reparação de danos por ela causados, por isso não se pode confundir, tampouco emprestar legitimidade às contratações das obras em questão, posto que se prestaram a prevenir novas enchentes no período de 2003, concluindo-se não se tratarem de contratos emergenciais, eis que em total desacordo com o artigo 1º do aludido Decreto Municipal e com o inciso IV do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, concluindo-se ser ilegal a contratação sem licitação.

II) Justificativa para dispensa de licitação - Afora a construção dos reservatórios não ter caráter reparatório e estar descaracterizada a contratação emergencial, outros fatores reforçam a ilegalidade da dispensa da licitação, a exemplo da justificativa da Origem, aduzindo que não teria tempo hábil para realizar a licitação das obras de construção dos reservatórios, prevendo excessivo prazo para sua conclusão em decorrência de eventuais ações judiciais e para obtenção de licença ambiental, prevendo que esse trâmite consumiria 90 dias.

Tal argumento, como bem apontou a Assessoria Jurídica de Controle Externo, configura flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e insubordinação às normas administrativas, aliado ao fato de que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou que somente após 60 dias houve a ordem de início.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle expressamente refutou tais argumentos e demonstrou que o lapso temporal comportaria a realização dos necessários certames.

['Discordamos da premissa de que o tempo de conclusão da obra levaria mais de 18 meses.

O tempo de execução dos serviços independe da forma de contratação. Se foi possível executar as obras em 6 meses a partir da ordem de início que ocorreu em abril de 2002, executando-se o projeto executivo

concomitantemente com a obra, também seria possível executar a mesma obra em 6 meses se o contrato fosse originado de um procedimento licitatório (...).

Do prazo entre a ocorrência das cheias em meados de fevereiro de 2002 até as chuvas de verão do ano seguinte (janeiro e/ou fevereiro), excluindo-se o prazo de seis meses de execução das obras concomitantemente com o projeto executivo, restariam pelo menos outros cinco meses para a contratação ser celebrada por meio de procedimento licitatório.']

Também a alegação de que a execução de um projeto técnico, por meio de licitação, implicaria retardo na licitação, a Especializada ofereceu contraponto ao enaltecer que *'é conhecida e notória a capacidade técnica da equipe da Superintendência de Projetos de SIURB – PROJ, bem como a qualidade de seu acervo técnico, o que torna tal equipe plenamente capacitada a consolidar referidos elementos em um curto espaço de tempo'*, influindo, ainda, na diminuição de gastos para a Administração.

Portanto, considerando que o argumento da Origem restou irreal, posto que:

1) haveria sim, tempo hábil para a licitação;

2) as inundações são há muitas décadas infortúnios para a população e para a Administração e têm caráter recorrente; e

3) a falta de planejamento e de ações públicas não servem de justificativas para converter a situação crônica em emergencial, não há fundamento legal nem técnico a amparar as contratações diretas.

III) Quanto ao valor e porte da obra - Consoante observou a área de Engenharia, a construção do piscinão é obra de vulto, de caráter de médio ou longo prazo, não devendo ser contratada sob a égide da emergência. Isto porque, nos contratos em análise, as obras com a construção dos três reservatórios, atingiram o valor total de R$ 73.469.457,41 (setenta e três milhões, quatrocentos e sessenta e nove mil quatrocentos e cinqüenta e sete reais e quarenta e um centavos).

Afora ser obra de engenharia de vulto e com valor de grande monta, demandando médio ou longo prazo para sua execução em regime de trabalho diurno, não colimando solucionar situação emergencial, mas prevenir eventuais calamidades, as indevidas contratações diretas realizadas pela Origem transgrediram várias normas do ordenamento jurídico, de capital importância.

Para concretizar tais contratações, a Administração escolheu ao seu alvedrio as três empresas que quis aquinhoar com os contratos de valores milionários, violando o disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 2º da Lei 8.666/93, que estabelecem a obrigatoriedade de licitar.

Sem proceder à licitação e sem realizar um planejamento, a Origem autorizou a empresa escolhida a dar início às obras sem qualquer projeto prévio (descumprindo a exigência do artigo 7º da Lei de Licitações), em total desrespeito aos princípios norteadores da licitação expressos no artigo 3º da Lei 8.666/93, que diz que a *'licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos*', preceitos esses com matriz no artigo 37 da Constituição da República.

Dos princípios consagrados no dispositivo legal mencionado, conclui-se que o da isonomia, da impessoalidade e da igualdade foram frontalmente vilipendiados com a contratação direta, pois a Origem afastou inúmeras empresas concorrentes ao escolher três de seu interesse.

Da mesma forma violou o princípio da vantajosidade, pois, aplicou a tabela de preços da Secretaria de Infra-Estrutura Urbana e Obras – SIURB, com valores distorcidos e sem descontos, que seriam obtidos numa concorrência.

A área de Engenharia cuidou de fazer algumas amostragens para corroborar a conclusão de que a contratação direta não atendeu ao princípio da vantajosidade. Verifique-se que o percentual do item que compõe o orçamento, denominado 'Bonificações de Despesas Indiretas' – BDI, foi considerado 41% (quarenta e um por cento) o mais elevado da tabela da Secretaria de Infra-Estrutura Urbana e Obras – SIURB, quando poderia ser inferior por vários motivos, dentre os quais a apresentação, em processo licitatório, de proposta por concorrente com valor inferior a este índice.

Outro, de maior gravidade, é o fato de no BDI estar incluído o custo financeiro suportado pela contratada, posto que somente após decorridos 150 (cento e cinqüenta) dias do início das obras, a Administração pagou a primeira parcela do preço contratado (45%), conforme previsto no item 2 da cláusula VI e, a segunda e última, à época do recebimento definitivo (55%).

Tal sistemática, nefasta para a Administração, está descrita no relatório da Especializada.

['Nesse ponto, convém, ainda, destacarmos o regime de execução nos ajustes de emergência. Até a formalização do contrato, ocasião em que é emitida a Nota de Empenho, os custos de execução da obra correm por conta da contratada, uma vez que sem nota de empenho, não é possível à Administração efetuar qualquer tipo de pagamento ao particular. (...)

Assim, é de se esperar que, ao calcular os seus custos indiretos (BDI), a contratada venha a considerar o custo financeiro decorrente dos meses em que teve de trabalhar em regime de caixa.

Na obra em questão, foram cinco meses às expensas da própria contratada.

No caso de obra contratada por meio de procedimento licitatório, a assinatura do termo de contrato previamente ao início das obras permite que a contratada seja paga mensalmente pelos serviços efetivamente medidos.

Assim, não é necessário ao particular financiar sua operação, o que vem a reduzir sensivelmente seu custo financeiro, conseqüentemente, o BDI, e, por óbvio, o custo final da contratação.']

Outro fator que violou o princípio da vantajosidade foi a execução da obra de grande porte em ritmo acelerado, com turno ininterrupto de trabalho de 24 horas diárias, conforme previsto na cláusula III do contrato, repercutindo no aumento dos custos com horas extras e adicionais noturnos e, por conseguinte, nos tributos correlatos, onerando indevidamente os cofres públicos, considerando que visava a atender a um problema de enchentes existente há décadas, sendo patentes a inércia da Administração e a falta de planejamento, daí incabível a justificativa de contratações emergenciais e sem qualquer compromisso com o preceito da economicidade.

Por fim, outra amostragem que deixa inconteste a violação ao princípio da vantajosidade, está contida no valor da tabela da Secretaria de Infra-Estrutura Urbana e Obras – SIURB à época, no item referente ao serviço de remoção de terra, conforme apurado na análise da Auditoria.

['Verifica-se que o custo unitário contratado para esse serviço é de R$ 16,43/m³ [dezesseis reais e quarenta e três reais por metro cúbico], tendo sido obtido da Tabela SIURB de janeiro de 2002.

Ocorre que naquela tabela ainda era considerado o caminhão com capacidade de 4m³ (quatro metros cúbicos) para o transporte da terra, embora as empreiteiras adotassem caminhões de maior capacidade de carga e este Tribunal, em diversos processos tratando de obras de SIURB, tivesse alertado para a necessidade de adequar a composição desse preço unitário às condições reais de execução do serviço.

Somente a partir da Tabela julho/2005, a SIURB adotou na composição de custo desse serviço o caminhão com capacidade de carga de 10m³ (dez metros cúbicos), reduzindo significativamente seu custo unitário.']

E, fazendo uma comparação, a Especializada apurou que o preço unitário contratado para o serviço de remoção de terra até 29 km foi superior em 75% (setenta e cinco por cento) ao preço para o mesmo serviço na tabela SIURB data-base janeiro/2006, representando que, nos contratos em análise, deixaram de ser economizados, no mínimo, R$ 7.800.000,00 (sete milhões e oitocentos mil reais),

considerando a data-base janeiro/2002, já incluído o BDI, representando em cada obra:

1) 7% (sete por cento) no Contrato número 84/02, correspondendo a R$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais);

2) 13% (treze por cento) no Contrato número 85/02, correspondendo a R$ 4.600.000,00 (quatro milhões e seiscentos mil reais);

3) 9% (nove por cento) no Contrato número 87/02, correspondendo a R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

Ressalte-se, uma vez mais, que os projetos executivos foram finalizados somente em setembro/02, enquanto dois reservatórios foram concluídos em outubro/2002 e o terceiro, em novembro do mesmo ano e, se houvesse o projeto prévio, consoante determina o artigo 7º e respectivo parágrafo 9º da Lei de Licitações, não existiriam as distorções de valores verificadas entre as ordens de início de obra e os despachos autorizatórios e possibilitaria o gerenciamento dos custos.

Tais diferenças são gritantes, pois no Contrato 84/02 o valor inicial foi de R$ 10 milhões (dez milhões de reais), enquanto o contratual é de R$ 16.318.146,38 (dezesseis milhões, trezentos e dezoito mil, cento e quarenta e seis reais e trinta e oito centavos); no Contrato 85/02, o valor inicial foi de R$ 16 milhões (dezesseis milhões) e o contratual de R$ 34.994.577,76 (trinta e quatro milhões, novecentos e noventa e quatro mil quinhentos e setenta e sete reais e setenta e seis centavos); e no Contrato 87/02, o inicial foi de R$ 14 milhões (quatorze milhões de reais) e o contratual de R$ 22.156.733,27 (vinte e dois milhões, cento e cinqüenta e seis mil setecentos e trinta e três reais e vinte e sete centavos), demonstrando que a Origem fez as contratações sem ter a menor idéia de quanto seria seu custo final, acentuando a falta de planejamento já constatada e por, conseguinte, impediu a racionalização dos gastos, gerando evidentes prejuízos ao Erário.

Destarte, diante dos itens analisados, resta indubitável que a realização de licitação para as obras contratadas de grande porte e com valores de monta, implicaria economia de milhões de reais para a Administração e, a existência de um prejuízo de tal magnitude para o Erário decorrente da contratação direta, demonstra a inobservância dos princípios da vantajosidade, da economicidade, da probidade administrativa e da moralidade, afora o da eficiência incluso no artigo 37 da Constituição Federal, o qual foi violado, juntamente com o inciso XXI desse dispositivo constitucional e com os artigos 2º e 3º da Lei Federal 8.666/93.

IV) Tempo decorrido entre a situação emergencial, o início e a conclusão das obras - O artigo 1º do Decreto Municipal nº 41.707/2002, estipulou 90 (noventa) dias para que os setores competentes realizassem todas as obras, serviços e compras, prazo inferior ao disposto no artigo 24, inciso IV da Lei 8.666/93,

que dispõe o máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência das emergências para que as obras e serviços possam ser concluídos.

Entretanto, o tempo médio para a conclusão da obra contratada foi de 240 (duzentos e quarenta) dias, mesmo com o turno ininterrupto de 24 horas diárias de trabalho, em total afronta ao disposto no ato do Poder Executivo e na legislação federal, evidenciando que não se amolda à hipótese de obra emergencial. Outro fator a descaracterizar a justificativa de situação emergencial foi o tempo decorrido para o início das obras, posto que as autorizações ocorreram 65 (sessenta e cinco) dias após a situação emergencial e, se efetivamente se tratasse de caso de emergência, as providências teriam que ser imediatas.

E, definindo o conceito de emergência, Marçal Justen Filho, é categórico:

> *'No caso específico de contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses.*
>
> *Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico.'*

Portanto, no caso presente, tendo o início das obras ocorrido mais de dois meses após a verificação das enchentes, não há como sustentar que tiveram cunho imediato, tampouco corresponderam aos valores em risco, tal qual estabelecidos no Decreto Municipal nº 41.707/2002, que não pode servir de suporte para as contratações que se revelaram de emergência fictícia.

Diante do até então analisado nos itens I a IV, sob a óptica da contratação emergencial, os ajustes não se prestaram a reparar qualquer dano ou suprimir nenhum risco existente, tratando-se de obras preventivas de grande porte, de médio a longo prazo e de expressiva monta que, mesmo sendo executadas em turno de 24 horas diárias de trabalho, não atenderam ao prazo de 90 (noventa) dias fixados no Decreto Municipal nº 41.707/2002, nem o de 180 (cento e oitenta) dias previstos no inciso IV do artigo 24 da Lei 8.666/93.

E, não se enquadrando nas hipóteses legais de dispensa de concorrência, resta indubitável que a Origem, ciente há décadas do problema das enchentes, deveria submeter-se à regra geral prevista no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal e artigo 2º da citada Lei 8.666/93, quanto à obrigatoriedade de certame e, ao assim não proceder, violou os princípios capitais que regem a licitação, sobretudo o da isonomia, da impessoalidade e da vantajosidade, disposto no artigo 3º da mesma lei federal.

V) Outras infrações verificadas nos contratos em análise - Afora os contratos em pauta não atenderem aos pressupostos da contratação

emergencial, que justificassem a dispensa de licitação, o que por si só já configura irregularidade insanável, outras infringências encontram-se presentes, a saber:

1 - A despeito das obras terem seu início autorizado em abril e maio/2002, os respectivos despachos autorizatórios, com os correspondentes valores dos contratos, foram exarados em 27/09/2002, com efeito retroativo, o que não lhes tiram a condição de extemporâneos;

2 - A caução foi prestada por meio de apólice de garantia de crédito, em 30/09/02, com a observação da Origem lançada nas apólices, de que 'não houve caução inicial por se tratar de Contratação Direta, independentemente de licitação, face à situação de emergência', após as contratadas receberem a primeira parcela do pagamento, equivalente a 45% do total, caução essa apresentada poucos dias antes da formalização dos contratos e também da finalização das obras.

Assim, a caução na forma apresentada afrontou o disposto no artigo 56 da Lei 8.666/93, posto que os objetivos da garantia são:

(I) a plena execução do ajuste;

(II) eventuais indenizações que couberem, por sinistros e danos provados pela contratada; e

(III) o pagamento de multa contratual.

Com efeito, na composição do BDI a contratada incluiu a despesa com a garantia e esse ônus acabou sendo pago pela Origem, sem que houvesse contrapartida durante a execução contratual e, não havendo fundamento legal para a postergação da caução, sob a justificativa de tratar-se de contratação direta, restou irregular esse procedimento, por ofensa ao artigo 56 da Lei de Licitações.

3 - Outrossim, a lavratura do contrato mais de 200 (duzentos) dias após a ocorrência da emergência, ato praticamente concomitante ao término das obras, desatendeu ao princípio da segurança jurídica e deixou a descoberto os interesses da Administração, em afronta ao dever de formalizar os contratos a tempo e modo, consoante o disposto no artigo 60 da Lei Federal 8.666/93.

Assim, diante de todo o exposto, considerando que:

1 - Os objetos dos contratos – construção de reservatórios para contenção de cheias –, têm caráter preventivo e não serviram para suprimir risco iminente ou reparar danos causados pelas enchentes registradas em fevereiro de 2002, sem qualquer cunho emergencial, não se amoldam às hipóteses previstas no artigo 1º do Decreto Municipal número 41.707/2002 e no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal número 8.666/93, que autorizam a contratação direta por emergência;

2 - Trata-se de obras de engenharia de grande porte, de médio a longo prazo e de valores de expressiva monta que, mesmo tendo sido executadas em turno de 24 horas diárias de trabalho, extrapolaram o prazo de 90 dias fixados no Decreto Municipal nº 41.707/2002, e o de 180 dias estabelecidos no inciso IV do artigo 24 da Lei 8.666/93, que restaram infringidos, circunstâncias essas que também descaracterizaram a contratação emergencial;

3 - As contratações diretas privilegiaram três empresas quando era obrigatória a licitação, em afronta aos princípios da legalidade, impessoalidade, isonomia, probidade administrativa, insertos no artigo 37 e respectivo inciso XXI da Constituição Federal, e artigos 2º e 3º da Lei 8.666/93;

4 - A execução das obras deu-se sem projeto prévio, que foi finalizado contemporaneamente à conclusão dos reservatórios, infringindo o disposto no artigo 7º e o parágrafo 9º, da Lei 8.666/93 e o princípio da economicidade;

5 - Houve flagrante afronta ao princípio da vantajosidade previsto no artigo 3º da Lei 8.666/93, porque:

(I) a tabela da SIURB com distorções para o item de remoção de terra, implicou custo adicional de R$ 7.800.000,00 (sete milhões e oitocentos mil reais), nos três ajustes;

(II) a dispensa de licitação e o critério de pagamento previsto no contrato, impondo às contratadas que arquem com a execução das obras, com recursos próprios, implicaram transferência do respectivo custo financeiro para a Origem, por isso o BDI poderia ser inferior aos 41% (quarenta e um por cento) fixados; e

(III) estabeleceu-se o turno ininterrupto de 24 horas diárias de trabalho, implicando aumento de verbas trabalhistas e de tributos correlatos;

6 - Ausência de projeto executivo prévio, desatendeu ao princípio da economicidade, pois impossibilitou o gerenciamento e racionalização dos custos, violando o disposto no artigo 7º e respectivo parágrafo 9º, da Lei 8.666/93;

7 - Além de os reservatórios não terem caráter de obra emergencial, havia tempo hábil para licitação, porque se destinavam a evitar casos de enchentes no início de 2003;

8 - Falta de caução durante a execução dos contratos, apresentada apenas poucos dias antes da conclusão das obras, em desrespeito ao disposto no artigo 56 da Lei 8.666/93;

9 - Os despachos autorizatórios foram exarados extemporaneamente, próximo ao término das obras;

10 - Os contratos foram lavrados a destempo, com mais de 200 dias do início das obras, infringindo os artigos 54 e 62 da Lei 8.666/93. JULGO IRREGULARES os Contratos 84/02, 85/02 e 87/02, sem aceitar os efeitos financeiros deles decorrentes.

Quanto aos atos impróprios cometidos, acima descritos, APLICO ao responsável em cada processo, devidamente intimado e identificado nos autos às folhas 233, 230 e 219, respectivamente, dos Contratos 84/02, 85/02 e 87/02, a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), por cada infringência, nos termos do inciso II, do artigo 52, da Lei número 9.167/80.

E, assim sendo, DETERMINO:

1 - Oficiar à Origem para tomar ciência do quanto deliberado, apensando-se cópia do inteiro teor deste julgado, bem como para adotar as seguintes providências:

1.1 - verificar as responsabilidades e apurar eventuais prejuízos causados ao Erário em decorrência da contratação irregular, além dos R$ 7.800.000,00 (sete milhões e oitocentos mil reais) apontados pela Auditoria; [Contrato número 84/02: R$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais); Contrato número 85/02: R$ 4.600.000,00 (quatro milhões e seiscentos mil reais); e Contrato número 87/02: R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais);

1.2 - apuradas as responsabilidades e o total dos prejuízos, adotar procedimentos, na esfera administrativa e, se necessário for, na via judicial, visando à cobrança do montante apurado;

1.3 - informar, em 60 (sessenta) dias, este Tribunal de Contas sobre as providências adotadas e os respectivos resultados. 2 - Intimar o Responsável por cada um dos ajustes, identificado às folhas 233, 230 e 219, respectivamente, dos Contratos 84/02, 85/02 e 87/02 para:

(a) tomar ciência da presente deliberação, apensando-se cópia do acórdão; e

(b) no prazo regimental, recolher o valor total das multas, nos termos do artigo 192 do Regimento Interno do Tribunal de Contas;

3 - Expedir recomendação à Origem para que, em contratações futuras, proceda nos exatos limites da lei, procedendo-se à abertura do necessário procedimento licitatório, reservando-se a contratação emergencial tão-somente para as situações que reclamam providências imediatas para suprimir risco real ou reparar danos.

4 - Dar ciência da presente decisão, acompanhado de respectiva cópia do inteiro teor:

(I) ao Digníssimo Chefe do Poder Executivo;

(II) à Presidência da Câmara Municipal de São Paulo; e

(III) ao Ministério Público do Estado de São Paulo **(2.354ª S.O.)**.

VOTO EM SEPARADO e englobado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

As conclusões dos órgãos técnicos desta Corte, bem como o voto do I. Conselheiro Relator, foram no sentido da irregularidade dos ajustes ora em julgamento, por entenderem não restar caracterizada a situação emergencial invocada como fundamento da dispensa de licitação, bem como por outras irregularidades apontadas no minucioso voto proferido.

Com o devido respeito que merecem as manifestações consignadas nos autos, considerando a complexidade e especificidade das obras em questão, que suscitaram divergências evidenciadas nas manifestações da Origem e dos técnicos desta Corte, vejo-me compelido a apresentar voto em separado, nos seguintes termos.

I - Da situação emergencial.

Para análise detalhada dos casos concretos em exame, mostra-se imprescindível uma prévia abordagem sobre o histórico das ações voltadas ao combate às enchentes no Município de São Paulo, bem como sobre o fato de que uma ação planejada visando ao enfrentamento das inundações não depende apenas de uma atuação isolada da Administração Municipal, vez que, dada a natureza das questões técnicas que envolvem a drenagem, a atuação da Administração Estadual é determinante nas intervenções a serem adotadas em cada região onde o problema é constatado.

Assim, em breve pesquisa realizada (site do DAEE), pudemos constatar que, no âmbito do Estado, desde a década de 60 o Departamento Estadual de Águas e Energia vem atuando na área de combate a enchentes na Região Metropolitana de São Paulo, tendo realizado estudos, projetos e obras a partir do pioneiro 'Plano Diretor de Obras para o Desenvolvimento Global dos Recursos Hídricos das Bacias do Alto Tietê e Cubatão' – Convênio HIBRACE, de 1968. Nos idos de 1995, estudos de planejamento foram atualizados no âmbito do 'Plano Integrado de Aproveitamento e Controle dos Recursos Hídricos das Bacias do Alto Tietê, Piracicaba e Baixada Santista' – Consórcio HIDROPLAN, onde a questão das enchentes foi amplamente discutida, o que resultou no 'Programa de Combate às Inundações na Bacia do Alto Tamanduateí', em função do qual foram executados os 6 primeiros reservatórios de retenção para amortecimento de picos de cheias na região do ABCD, inaugurados em 1999.

Nos dias de hoje, permanece em fase de elaboração o 'Plano Diretor de Macrodrenagem da Bacia Hidrográfica do Alto Tietê', com diagnósticos e propostas para a bacia do rio Tamanduateí, incluindo-se as sub-bacias dos ribeirões dos Meninos e Couros e do córrego Oratório, bacias do rio Aricanduva e do córrego Pirajuçara, e que no momento se concentra na bacia do rio Juqueri, para em seguida se estender à do rio Baquirivu-Guaçu, nos municípios de Arujá e Guarulhos.

Não obstante todas essas diretrizes estratégicas e ações já realizadas, é fato notório que o problema das enchentes em São Paulo remonta há décadas e ainda não conseguiu ser solucionado, independentemente de medidas anteriormente adotadas em muitas gestões municipais e que se baseavam ainda na drenagem por canalização.

Todavia, não podemos perder de vista que as obras ora em análise foram realizadas já dentro de estratégia de retenção por meio de 'piscinões', em conseqüência de situação real de fortes chuvas ocorridas regionalmente no início de 2002, ou seja, no início da gestão de um novo governo, razão pela qual, ao que nos parece, o entendimento genérico sobre eventual 'falta de planejamento' deve ser mitigado.

Diante do exposto, negar a ocorrência de situação emergencial pelo fato de existir um conjunto mais amplo de medidas estratégicas necessárias que devem ser adotadas em cenário metropolitano de forma concorrente entre as esferas Estadual e Municipal, e que são compatíveis com obras pontuais e de curto prazo, parece-nos contrariar o interesse público primário indiscutivelmente presente no objeto contratado para levar a efeito ações imediatas imprescindíveis para impedir a repetição do evento calamitoso com igual impacto logo no ano seguinte.

Como segundo aspecto a destacar, a situação emergencial foi atestada e formalizada por meio do Decreto nº 41.707/02, e, s.m.j., não há como desconectá-la do conceito legal existente para fins de conformação da situação fática ao disposto no inc. IV do art. 24 da Lei 8.666/93.

Ao que parece, as justificativas apresentadas pela Origem mostram-se plausíveis, vez que adotou as medidas possíveis à realização das obras com antecedência necessária para evitar, no próximo período anual de chuvas, nova situação calamitosa com igual impacto, não restando caracterizada na instrução processual, eventual inércia ou má condução do procedimento.

Senão vejamos.

Os órgãos técnicos desta Corte contestam a justificativa apresentada pela Origem, sobre o prazo considerado para licitar os projetos, instruir o processo de licitação das obras, licitar estas obras, contratar e efetivar a conseqüente execução das mesmas; asseverando que tal argumentação da Administração não seria real ou estaria superestimada.

Neste ponto, de igual forma, a análise não nos parece trazer a necessária consistência, vez que, faticamente, não se mostra possível a instrução de um processo de contratação de obra (fase interna da licitação) sem o adequado projeto básico e seus acessórios.

Nesse sentido, se a Origem optasse por licitar para contratar os serviços de elaboração do projeto, não o conseguiria em prazo menor que 45 dias, sem contar outros trinta dias para a efetiva confecção do mesmo, sendo que já seriam 75 dias para só então instruir o edital de licitação das obras em questão, pelo que se demandaria pelo menos mais 90 dias para efetivação da contratação, ou seja, 5 meses e meio para dar início às obras, com o agravante de coincidir com a proximidade do início de novo período de chuvas, o que impossibilitaria a execução rápida das mesmas.

Isso sem considerar possíveis disputas judiciais sobre a licitação, o que é bastante comum de ocorrer.

Um novo período de chuvas, por sua vez, representa não só a repetição das enchentes, e de seus prejuízos humanos e materiais, como também uma possível alteração do cenário existente, com agravamento da situação que demandaria readequações de projeto, e que gerariam, por decorrência, inevitáveis aditivos contratuais.

Em situações dessa natureza, deve prevalecer a noção de oportunidade, mesmo que premida pelo exíguo prazo.

Sobre o difícil tema que envolve a caracterização da situação emergencial para fins de dispensa de regular procedimento licitatório, citamos a irreparável doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, que assim se manifesta em artigo publicado no Boletim de Direito Administrativo (BDA Janeiro/2002):

> 'Encareça-se que o fato de o interesse público haver sido inadequadamente curado em dada oportunidade não postula que, em ocasião sucessiva, seja postergada a solução mais obsequiosa àquele interesse.(...)
>
> Perante "*casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada a urgência no atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares"* (art. 24, IV, da Lei 8.666/93), evidentemente a Administração deverá dispensar a licitação e realizar o contrato necessário para obviar incontinenti a sobredita situação danosa, ainda que ela tenha irrompido como fruto de grave negligência em preveni-la a bom tempo.

> Ou seja, o fato de Administração haver descurado em contratar tempestivamente, mediante licitação (como devido), as obras ou serviços que (se procedidas na época azada), teriam inibido a eclosão de evento exigente de providências agílimas, não seria razão prestante para deixar de acudir, mediante contratação direta, o interesse público cujo provimento é de seu dever e que de outro modo soçobraria.
>
> Claro está, de outro lado, que falhas tais como as referidas, se não forem fruto de circunstâncias releváveis, oriundas de fatores meramente ocasionais dirimentes de comprometimento do servidor, ou ligado a uma intrínseca deficiência do aparelho administrativo como um todo, acarretarão responsabilidade do agente ou agentes responsáveis, quando reveladoras de culpa ou dolo.'

Frente ao exposto, o que define para nós a situação de emergência não é o valor da obra ou o tempo de sua execução – sendo estes alguns dos argumentos lançados em desfavor da aceitação da regularidade dos ajustes em apreço – mas sim, a efetiva urgência de sua implementação a fim de evitar novas situações de risco.

II - A construção de Piscinões. Antes de se afirmar o objeto dos ajustes ora em julgamento como obras preventivas, seria necessário entendê-las a partir dos conceitos de 'estruturais' e 'não estruturais'.

Vejamos.

As obras estruturais referem-se às medidas hidráulicas, quais sejam, obras de alargamento e aprofundamento da calha do Tietê, o permanente desassoreamento de todos os rios, córregos e drenagens construídas, a eliminação de pontos de estrangulamento representados por pontes, galerias e sistemas de drenagem antigos que já não suportam mais as vazões a que são submetidos, e a construção de 'piscinões' e/ou obras correlatas de retenção de águas de chuva, para retardar a chegada de grandes volumes do líquido do rio principal.

Por outro lado, no âmbito das 'medidas não estruturais', encontramos as atuações fora das calhas hidrográficas, junto às áreas-fontes, voltadas a reduzir ao máximo o assoreamento das drenagens, naturais e construídas, por sedimentos, lixo urbano e entulho da construção civil, que caracterizam estas sim, ações plenamente preventivas.

Assim, tecnicamente, discordamos da análise dos órgãos técnicos desta Corte, no sentido do caráter preventivo de tais obras.

Para nós, esse tipo de intervenção, por estrutural que é, tem o fim reparador de adequar as vazões dos rios e córregos a parâmetros compatíveis à infra-estrutura existente, ante ao risco iminente de novos eventos de conseqüências calamitosas.

III - dos preços dos caminhões utilizados para transporte de terra.

Por sua vez, quanto à alegação de terem sido os preços adotados inadequados pelo tipo de caminhão utilizado, destaco que a discussão quanto à definição do tipo de equipamento adotado nas composições de preços de transporte de terra não pode ser tratada de forma genérica e unicamente sob o aspecto financeiro específico.

Há que se atentar para a natureza da obra, sua concepção e, em especial, para o viário no seu entorno, cuja capacidade de tráfego pode ser pequena.

Cabe, ainda, considerar o fato de que, em casos determinados, a própria praça de obra pode não comportar determinado porte maior de veículo, além das possíveis restrições legais de tráfego de caminhões de carga em áreas residenciais, por conta da segurança da população local e da preservação da infra-estrutura, incluindo o pavimento e as redes subterrâneas nele existentes, o que "in casu" não foi objeto de qualquer abordagem.

É também preciso considerar que uma obra realizada em perímetro urbano apresenta características especiais devido às interferências, tais como, redes de água e esgoto, de energia elétrica e iluminação pública, de linhas telefônicas, galerias de águas pluviais, etc.

Pensar em economizar recursos em obras públicas apenas impondo condições como a que ora se discute (troca do caminhão de 4m³ pelo de 10m³) parece-nos um argumento frágil, vez que, conforme definições fornecidas pela Escola Politécnica da Universidade São Paulo – Departamento de Engenharia de Construção Civil – PCC – 2435: Tecnologia da Construção de Edifícios I , as obras de: '... terraplenagem são definidas pelo conjunto de operações de escavação, carga, transporte, descarga, compactação e acabamento a fim de se passar de um terreno em seu estado natural para uma nova conformação topográfica desejada. ...

O dimensionamento da frota de caminhões necessária estará vinculado: ao número de máquinas trabalhando; à produção da máquina; ao tempo de ciclo para o caminhão (função da localização do bota fora). O número de caminhões ideal será aquele de modo a não parar a máquina e nem formar uma fila de espera demorada para os caminhões. ...'(...).

Assim, diante desses preceitos técnicos, o custo de transporte reflete função direta da capacidade de produção da equipe/patrulha planejada para a praça de obra e, como exposto no trabalho acima citado, seu custo ótimo depende da composição da patrulha, sua capacidade de produção conjugada com a dos demais equipamentos, e da própria área de intervenção.

Não se pode, e seria um despropósito, adotar aleatoriamente um porte de veículo super ou subdimensionado para o restante da patrulha e para a obra, pois tal procedimento geraria custos indiretos adicionais que poderiam comprometer o custo global do serviço.

Portanto, salvo melhor juízo, não se pode afirmar como inadequado o preço de transporte sem avaliar de forma global a obra de terraplenagem almejada e sua equação de equilíbrio, sob pena de imputar-lhe custos extraordinários, seja de horas improdutivas, que certamente serão pleiteadas pela contratada, seja pela necessidade de recomposição da infra-estrutura existente que eventualmente venha a ser danificada pelos equipamentos de porte pesado utilizados na obra.

Assim, a Especializada tratou a questão apenas sob um prisma – o dimensionamento dos caminhões de transporte de terra – deixando de avaliar todos os demais aspectos, razão pela qual resta prejudicada sua conclusão, inviabilizando formular juízo de valor em relação aos preços praticados nos contratos neste tópico.

IV - Da extemporaneidade da lavratura do contrato. Por derradeiro, quanto à lavratura extemporânea dos ajustes, o Decreto Municipal nº 41.772/02 previa expressamente que:

> *'... Art. 44 - 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 nº 8.666, de 21 de junho de 1993, quando – diante de comprovada urgência – eventual demora para prévia celebração do contrato puder acarretar danos irreparáveis, situações em que sua formalização dar-se-á oportunamente, convalidando contratação da obra, fornecimento ou serviço, cuja execução já se tenha iniciado. ...'*

Frente ao exposto, por reconhecer que o caso reclamava solução imediata com o objetivo de evitar no curto prazo novos danos à população das áreas envolvidas, evidenciando presente o interesse público maior na efetiva

realização das obras previamente a um novo ciclo anual de chuvas, voto pela regularidade dos contratos em exame, dada a excepcionalidade do caso.