JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-002.829.01-65

2º JULGADO:
RECURSO. PFM. Decisão que julgou irregular o contrato emergencial, com determinação de apuração das falhas e multa. CONHECIDO. Votação unânime. NEGADO PROVIVENTO. Votação por maioria.

1º JULGADO:
ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. SES. Serviços de operação, manutenção e transporte resultante de processamento de lixo. Usina de Vila Leopoldina. Não caracterizada. Art. 3º, Lei 8.666/93. IRREGULAR, com determinação. Multa. Art. 52, II, Lei 9.167/80. Votação por maioria.

TC's citados: 72.000.407.99-87, 72.003.785.00-46, 72.002.810.98-60, 72.009.526.98-14, 72.002.019.00-64, 72.006.405.00-80, 72.004.707.99-62, 72.007.317.99-44.

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, 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 conhecer do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, por presentes os requisitos de admissibilidade.

ACORDAM, ademais, no mérito, por maioria, na mesma conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Roberto Braguim – Relator, bem assim pelos votos dos Conselheiros Edson Simões – Revisor e Eurípedes Sales, em negar provimento ao apelo, preservando, na íntegra, o Acórdão recorrido.

Vencido, quanto ao mérito, o Conselheiro Maurício Faria, que, consoante voto apresentado em separado, deu provimento ao referido recurso, para o fim de julgar regular o Contrato 27/LIMPURB/2001 e, por decorrência, tornar sem efeito a determinação contida no julgado, bem como a multa imposta ao ordenador da despesa.

Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Simões – Revisor, Eurípedes Sales e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 04 de abril de 2007.

Antonio Carlos Caruso – Presidente.

Roberto Braguim – Relator.

RELATÓRIO

Examina-se, neste segmento processual, recurso ordinário da Procuradoria da Fazenda Municipal ao V. Acórdão de fls. 505/506, que, na conformidade do voto do Nobre Conselheiro Relator Edson Simões, decidiu, majoritariamente:

a) julgar irregular o Contrato nº 27/Limpurb/01, por divorciado dos ditames do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93;

b) determinar a apuração das falhas ocorridas, com responsabilização dos agentes que deram causa à contratação emergencial;

c) aplicar, ao ordenador da despesa, a multa de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais), pela inobservância de deveres.

No rigor da síntese, a Instituição Fazendária reporta-se às justificativas do Órgão contratante, de dificuldades no processamento e conclusão da Concorrência nº 03/SSO/99, por força da concessão de liminar em Mandado de Segurança, ordenando a suspensão de seu andamento até decisão final, em razão do que a contratação pretendida só foi autorizada em 10/05/2001, com possibilidade de rescisão antecipada.

Invoca, ainda, os pareceres da Auditoria e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, reconhecendo a situação emergencial, e, sobremaneira, os fundamentos do voto vencido do Conselheiro Maurício Faria, com ilustrações doutrinárias.

Com suporte nesses fundamentos, entende inexistir base jurídica para a manutenção do V. Acórdão fuzilado, postulando sua reforma integral, para declarar a regularidade do ajuste e cancelar as determinações impostas (fls. 506/514).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral opinaram pelo conhecimento e improvimento do recurso, na forma dos pareceres exarados às fls. 553/557 e 561/563, abstendo-se a Secretaria de

Fiscalização e Controle de qualquer pronunciamento, em virtude da natureza jurídica do “thema decidendo” (fl.559).

É o relatório.

VOTO

Em que pese as razoáveis alegações do apelo de fls. 507/514, a Instituição Fazendária não logrou abalar os sólidos e precisos argumentos do voto vencedor, que embasaram o V. Acórdão atacado, proferido pelo Nobre Conselheiro Relator Edson Simões, às fls. 498/500.

Realmente, como acentuou Sua Excelência, com bastante propriedade na prolação de seu erudito voto: ‘Os casos de emergência merecem interpretação cautelosa visto que a ausência de licitação não constitui a regra, mas a exceção’ (fl. 499).

Essa é a interpretação que flui do artigo 2º da Lei Federal nº 8.666/93 (Art. 2º – As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.), segundo a qual os contratos da Administração Pública com terceiros devem ser necessariamente precedidos de licitação, ressalvadas apenas as exceções expressas contempladas em lei.

Esse princípio tem sede constitucional no artigo 37, inciso XXI (Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.), da Carta Política de 1988, o que impõe o rigor de sua observância a todo e qualquer administrador público, inclusive aos entes descentralizados ou da Administração Indireta do Estado.

Por conseguinte, a regra, na contratação de obras, serviços, compras e alienações, é a licitação, constituindo a dispensa exceção, além dos casos de inviabilidade da competição, pela natureza do objeto ou exclusividade do prestador ou fornecedor.

A emergência está efetivamente catalogada entre as hipóteses de dispensa listadas no artigo 24 da Lei Federal citada, no seu inciso IV, que descreve essa situação e a 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'.

Entretanto, como pondera Marçal Justen Filho, a aplicação dessa norma de exceção deve atender a estes pressupostos básicos:

'a) Demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano: a urgência deve ser concreta e efetiva. Não se trata de urgência simplesmente teórica. Deve ser evidenciada a situação concreta existente, indicando-se os dados que evidenciam a urgência.

b) Demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco: a contratação imediata apenas será admissível se evidenciado que será instrumento adequado e eficiente de eliminar o risco. Se o risco de dano não for suprimido através da contratação, inexiste cabimento da dispensa de licitação. Trata-se, portanto, de expor a relação de causalidade entre a ausência de contratação e a ocorrência de dano – ou, mais precisamente, a relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano' (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 2000, pág. 239/240).

Contudo, na espécie, esses requisitos não foram satisfatoriamente comprovados na instrução procedimental, pois, no relato da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, desde o início de 1998, a operação da Usina de Vila Leopoldina vem sendo provida por contratos emergenciais, com total desprezo aos limites temporais estatuídos na norma em comento.

A esse propósito, a Secretaria Geral lembra, na intervenção de fls. 561/563, que, nesse espaço de tempo, foram iniciadas apenas duas concorrências: a primeira, nº 007/SSO/97, foi revogada ao talante da Administração, para contornar entraves judiciais; e a segunda, no 003/SSO/99, foi concluída, uma vez superados os questionamentos judiciais, com atribuição de seu objeto à Vega Engenharia Ambiental S/A, formalizando-se, então, o contrato definitivo em 14/11/2001 (fls. 445 e seguintes).

E, como agudamente assinalou a douta parecerista da Assessoria Jurídica de Controle Externo, a contratação direta, por emergência, foi decorrência da falta de planejamento e da não-adoção de providências necessárias para viabilizar o procedimento licitatório pertinente (fls. 553/556), sem falar, ainda, em erros e desacertos na formulação do edital de licitação, provocando a revogação da concorrência instaurada em 1997.

Enfim, na justa advertência de Mariense Escobar (Licitação, Teoria e Prática – Livraria do Advogado), citado pelo douto voto que escorou a R. Decisão deste Egrégio Tribunal: 'a situação emergencial ensejadora da

emergência é aquela que resulta do imprevisível e não da inércia administrativa' (fl. 500).

Posto isso, NEGO PROVIMENTO ao recurso de fls. 506/514, oposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, preservando, na sua inteireza, o V. Acórdão recorrido, pronunciado às fls. 505/506.

Voto em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

No mérito, entendo que as razões invocadas pela recorrente reforçam o entendimento de que os elementos contidos nos presentes autos demonstram a ocorrência de situação emergencial autorizadora da contratação direta prevista pelo inciso IV do artigo 24 da Lei Federal n° 8.666/93, a respaldar o ajuste e denotar a boa-fé do agente público, o qual, independentemente de fatos e atos ocorridos e praticados durante a gestão de governo anterior, não descurou, naquele momento, do dever de agir requerido pelo princípio da continuidade do serviço público.

O excessivo uso da invocação da emergência pode ser indício, mas, por si só, não é fator suficiente para ensejar a irregularidade de uma contratação emergencial. A análise do caso concreto é que deve orientar a formação do juízo do julgador, eis que eventuais abusos só podem ser constatados em face da situação concretamente colocada.

No caso, como já observei, constata-se a presença de elementos fáticos que justificam a invocação do permissivo legal, sobretudo considerando-se a existência de demandas judiciais, cujo deslinde e prazos fogem ao campo de atuação do gestor público, bem como o ajuste foi lavrado pelo prazo necessário para a finalização do certame em curso.

Nesse sentido, voto pelo provimento do recurso, a fim de, reformando-se o V. Acórdão recorrido, julgar regular o Contrato n° 27/LIMPURB/2001 e, por decorrência, tornar sem efeito a determinação contida no julgado, bem como a multa imposta ao ordenador da despesa.

1º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Maurício Faria, após vista que lhe fora concedida,

na 2.189ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros Edson Simões – Relator e Eurípedes Sales – Revisor.

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 assim pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor e Roberto Braguim, consoante os votos proferidos nos processos TC análogos, de números 407.99-87, 4.707.99-62 e 7.317.99-44, em julgar irregular o Contrato 27/01, por estar divorciado dos ditames do artigo 3º da Lei Federal 8.666/93.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar à Origem que proceda à apuração das falhas ocorridas, com a responsabilização dos agentes que deram causa à contratação emergencial.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em aplicar, ao ordenador da despesa, a multa de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, pela inobservância dos deveres que lhe competia.

Vencido o Conselheiro Maurício Faria, que, nos termos do voto apresentado em separado, julgou regular o contrato analisado.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de fevereiro de 2005.

Antonio Carlos Caruso – Presidente.

Edson Simões – Relator.

RELATÓRIO

Cuidam os autos da análise do Contrato número 27/01, celebrado entre a então Secretaria de Serviços e Obras e Vega Engenharia Ambiental S/A, objetivando a execução dos serviços de operação e manutenção das instalações industriais e prediais na usina de compostagem de Vila Leopoldina, bem como o transporte do rejeito e refugo resultante do processamento de lixo e outros resíduos, da unidade para outro local indicado pela Prefeitura, no valor de R$ 4.088.832,00 (quatro milhões, oitenta e oito mil oitocentos e trinta e dois reais).

A Assessoria de Engenharia informou que o presente Contrato é o oitavo de uma série de contratos com o mesmo objeto. Alertou que, desde o início do ano de 1998, a manutenção e operação da Usina de Vila Leopoldina vem sendo provida por meios de contratos emergenciais, alegando-se impasses no âmbito jurídico, pela suspensão da Concorrência número 3/99.

Entendeu, aquela assessoria, que o objeto do presente processo seria merecedor de procedimento cuidadosamente conduzido, em todas as suas etapas, tendo em vista a necessidade vital e previsibilidade do serviço, bem como o valor de desembolso mensal que representa aos cofres públicos. Quanto aos preços ofertados, ressaltou que estão dentro da faixa média dos últimos sete contratos, estando coerentes com a atualização dos orçamentos elaborados para o edital referente à Concorrência número 3/99 (folhas 295/296). A Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que as emergências são fabricadas, eis que os serviços requeridos são perfeitamente previsíveis, considerando irregular a contratação, pois não se enquadra na essência do inciso IV do artigo 24 da Lei 8.666/93, pois o dispositivo prevê situações excepcionais (folhas 298/300).

A Assessora Subchefe discordou da preopinante, reconhecendo a situação emergencial, frente à imprescindibilidade dos serviços de processamento de lixo. Apontou que os contratos de emergência com objetos idênticos foram primeiramente acolhidos e, posteriormente, o Tribunal decidiu no sentido contrário (folhas 313/314).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela regularidade formal do ajuste, com base nas manifestações da Assessoria de Engenharia e Jurídica (folhas 315/317).

Intimado o Ordenador da Despesa a apresentar defesa, o mesmo juntou farta documentação e justificativas da contratação emergencial que, submetida à apreciação da Assessoria Jurídica, reviu seu posicionamento anterior, opinando pelo acolhimento do ajuste, tendo em vista as dificuldades encontradas pela Origem para concluir o procedimento licitatório, frente às medidas judiciais ajuizadas, que provocaram a suspensão do procedimento (folhas 429/431).

A Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral opinaram pelo acolhimento do ajuste (folhas 437 e 439).

Por sugestão do Conselheiro Revisor, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle elaborou e juntou a planilha das contratações posteriores ao contrato referente à Usina de Compostagem de Vila Leopoldina, estando em vigor o Contrato número 40/01 (folhas 491/492).

É o relatório.

VOTO

No caso em tela, a emergência não pode ser aceita, tendo em vista que os serviços de operação e manutenção, transporte de rejeito e refugo resultante do processamento de lixo são perfeitamente previsíveis, não se enquadrando no disposto no inciso IV do artigo 24 da Lei número 8.666/93, que prevê situações excepcionais.

Nas justificativas apresentadas pela Origem, sustentando que a celebração dos contratos emergenciais decorreu da suspensão da Concorrência número 3/99, devido a problemas jurídicos na elaboração do edital, não restou caracterizada a alegada urgência.

Os casos de emergência merecem interpretação cautelosa, visto que a ausência de licitação não constitui a regra, mas a exceção. Incumbe à Administração avaliar a presença de dois requisitos, ou seja, a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco.

Não se pode alegar a emergência para uma situação perfeitamente previsível, como é o caso dos autos, que trata dos serviços relacionados com o lixo na Capital.

Consoante entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, compõe a situação de emergência certa dose de imprevisibilidade da situação e a existência de risco em potencial a pessoas ou coisas que requerem urgência de atendimento.

A doutrina pátria tem colocado em confronto a caracterização da emergência e a conduta pretérita do Administrador para avaliar se a situação não decorre de atuação negligente.

Nesse sentido adverte Mariense Escobar que ‘a situação emergencial ensejadora da dispensa é aquela que resulta do imprevisível e não da inércia administrativa.’ (“Licitação, Teoria e Prática”, Mariense Escobar, Livraria do Advogado).

Isto posto, em conformidade com os votos proferidos por este Tribunal em processos análogos (TCs números 4.07/99, 4.707/99 e 7.317/99) JULGO IRREGULAR o Contrato número 27/01, eis que divorciado dos ditames do artigo 3º da Lei número 8.666/93, determinando à Origem que proceda à apuração das falhas ocorridas, com a responsabilização dos agentes que deram causa à contratação emergencial.

Ainda, APLICO a MULTA de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais) ao ordenador da despesa, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei 9.167/80, pela inobservância dos deveres que lhe competia.

Voto em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

A presença dos requisitos necessários à caracterização da situação emergencial, que serviu de base para a presente contratação direta, fora reconhecida pela Assessoria Jurídica de Controle Externo desta Corte, obtendo ainda manifestações unânimes favoráveis de AUD, Subsecretaria de Fiscalização, da Assessoria Técnica de Engenharia, Procuradoria da Fazenda Municipal e, inclusive, da Secretaria Geral.

De fato, o contrato emergencial ora em julgamento, lavrado em 10.05.2001, teve por fim garantir a manutenção de serviços de natureza essencial, que não poderiam deixar de ser executados, até o término do processamento da Concorrência Pública nº 03/99, que foi objeto de entraves na esfera judicial.

De forma complementar, a Secretaria de Fiscalização e Controle, por sugestão do Nobre Conselheiro Revisor, inclusive esclarece que, de fato, o presente ajuste serviu unicamente para resguardar o período necessário para finalizar a concorrência supra mencionada, o que possibilitou a lavratura, em 14.11.2001, do contrato decorrente do procedimento licitatório, sem que tivesse havido a paralisação dos serviços.

A justificativa apresentada pela Origem no que tange à demora no deslinde do procedimento licitatório mostra-se plausível, considerando-se que o tempo necessário para solucionar as demandas judiciais formuladas pelos licitantes interessados é matéria que foge ao campo de atuação do gestor público, que adotou tempestivamente as medidas necessárias à realização do procedimento da licitação, não restando caracterizada, em nenhum momento da instrução processual, a inércia do servidor público.

Sobre a questão, mostra-se oportuno trazer à colação a doutrina de Maria Sylvia Z. Di Pietro (Temas Polêmicos de Licitação e Contratos. Pg. 89), que de forma direta expõe:

‘(...) Se a demora do procedimento puder ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, a dispensa tem que ser feita, porque o interesse público em jogo – a segurança – leva necessariamente a essa conclusão.’

Frente ao exposto, na esteira das manifestações unânimes dos órgãos técnicos, da PFM e da Secretaria Geral, que reconheceram expressamente o interesse público maior a ser tutelado pela Administração, e que o caso reclamava solução imediata com o objetivo de evitar a paralisação do serviço, voto pela regularidade do Contrato 27/01.