EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-002.917.08-05

ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. SES. Serviços de operação, manutenção e vigilância. Estação de Transbordo. Garantia contratual extemporânea relevada. REGULAR. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 24, IV e 56, Lei 8.666/93.

TC citado: 72-002.513.09-49, 72-006.466.04-06 e 72-000.292.02-34

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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, adendo ao relatório e voto do Relator, considerando a ausência de indícios de dolo, má-fé ou prejuízo, em julgar regular o Contrato 71/SES/08.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Serviços – SES que atente para o recolhimento tempestivo da garantia contratual devida no âmbito das contratações a seu cargo.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 1º de outubro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se da análise do Contrato n.º 71/SES/08, firmado entre a Secretaria Municipal de Serviços e Construtora Marquise S/A., objetivando, pelo prazo de 90 (noventa) dias, a prestação de serviços de operação e manutenção da Estação de Transbordo de Resíduos Sólidos Inertes de Itatinga e operação, manutenção e vigilância da Estação de Transbordo de Resíduos Sólidos Inertes de Vila Leopoldina, no valor de R$ 3.887.286,75 (três milhões, oitocentos e oitenta e sete mil, duzentos e oitenta e seis reais e setenta e cinco centavos).

A contratação fundamentou-se no artigo 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, que cuida da dispensa de licitação nos casos de emergência, justificada pela Secretaria no fato de a Concorrência n.º 01/SES/2008, deflagrada para alcançar objeto abrangente do aqui tratado, ter sido declarada prejudicada, na forma da decisão reproduzida à fl. 5 e do despacho de fl. 6, publicado no Diário Oficial da Cidade em 19/09/2008.

Por esse motivo e diante da impossibilidade de interromper-se o serviço de recebimento de resíduos da construção civil, sob pena de danos irreparáveis à saúde pública e ao meio ambiente, e da expiração do Contrato então em vigor, a ocorrer em 14/10/2008, surgiu a necessidade inafastável e fundamentada da contratação, embasada no reconhecimento da emergência, tendo sido consultadas, para tanto, 3 (três) empresas, apontadas à fl. 27. Acreceu, ainda, a Pasta que se trata de solução momentânea, sendo certo que referidos resíduos não podem ser destinados a aterros sanitários.

Na devida instrução, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou que a justificativa apresentada encontra-se motivada, mas concluiu pela irregularidade do Contrato, pelas seguintes razões:

“1) Há, no Termo de Contrato, cláusula que dá ensejo à interpretação de que seria possível sua cessão pela simples anuência da Administração, o que daria ensejo a um tipo de contratação direta não prevista pela Lei n.º 8.666/93, mais precisamente, em seus artigos 24 e 25;

2) Admissão de subcontratação sem ter havido previsão contratual expressa especificando os limites admitidos, a que fere o artigo 72 da Lei Federal n.º 8.666/93;

3) A apresentação extemporânea da caução infringiu o rito normal da contratação, o qual deve observar a precedência da garantia à assinatura do contrato;

4) Houve a não observância da Resolução TCMSP n.º 05/02 e Instrução 01/02”.

Diante dessa conclusão, determinei a expedição de ofício à Secretaria Municipal de Serviços para ciência e apresentação de justificativas e explicações acerca do apontado.

Valendo-se dessa oportunidade, a Secretaria esclareceu, em resumo, que o espírito e objetivo da Cláusula 20.1 do Contrato é justamente o de proibir à Contratada, tomar qualquer medida relativa à cessão, subcontratação ou transferência sem autorização da Contratante. Acresceu que a redação do subitem 21.1 da Cláusula Vigésima não enseja qualquer interpretação que torne ilegal ou irregular o conteúdo do dispositivo contratual, sendo que, no caso, não houve subcontratação, de forma que, ainda que se entenda como irregular a cláusula, dela não decorreu qualquer prejuízo ao Erário. Quanto à intempestividade da caução, esclareceu que os serviços de operação e manutenção da Estação de Transbordo de Resíduos Sólidos Inertes são de caráter flagrantemente essencial, que não podem sofrer quebra de continuidade. Nesse diapasão, foi celebrada contratação por emergência, por 90 (noventa) dias e, embora a caução tenha sido efetuada no dia 27.10.2008, não houve prejuízo ao Erário, ainda mais que o prazo contratual começou a fluir no dia 15 do mesmo mês. Por fim, apontou o caráter formal da não observância da Resolução e das Instruções desta Casa.

Diante do acrescido, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou mantidos os apontamentos descritos nos itens 3 e 4 anteriormente expressos e prejudicados os deduzidos como itens 1 e 2, ressalvando, quanto a estes, a necessidade de revisão, pela Pasta, das disposições para o futuro.

Em seu pronunciamento, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela irregularidade da Avença sob análise, em decorrência da extemporaneidade da caução contratual, entendimento esse esposado pela Assessora Subchefe de Controle Externo, que concluiu, porém, que a contratação poderá ter seus efeitos financeiros acolhidos, diante da excepcionalidade da contratação e da inexistência de notícia de prejuízo ao Erário, isso em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Frente a essas conclusões, o responsável pela contratação foi intimado para apresentação de defesa, a teor do estabelecido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Em suas razões, o Secretário, à época, ofereceu argumentos, alegando, em síntese, que as impropriedades constatadas nos autos não trouxeram qualquer prejuízo aos cofres públicos, às partes ou a terceiros, não havendo dúvida de que os serviços contratados são indispensáveis, não sofreram solução de continuidade e foram rigorosamente prestados pela contratada, estando o interesse público plenamente atendido com a contratação. No que pertine à garantia da contratação, reafirmou que foi ela prestada pela contratada por caução, em 27 de outubro de 2008, poucos dias depois do termo inicial do contrato, - ocorrido no dia 15 daquele mês -, e não impossibilitou a imediata execução dos serviços essenciais, resultando que nenhum impedimento foi verificado no período em aberto,

adequando-se à espécie precedente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que reproduz[1].

Requereu, por fim, o acolhimento do Ajuste analisado, enfatizando o caráter formal da comunicação a destempo a esta Casa.

Examinando as razões de defesa apresentadas, a Auditoria ratificou seu entendimento pretérito, no que foi seguida pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, aventando esta última a possibilidade de acolhimento dos efeitos financeiros do Ajuste.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, de sua parte, requereu a acolhida do Contrato ou a relevação das impropriedades encontradas, posto que meramente formais, sem que tenham causado qualquer prejuízo.

Por fim, a Secretaria Geral, após concluir pela configuração da situação emergencial, considerou superadas as falhas apontadas, opinando pelo acolhimento excepcional do Contrato em exame.

É o relatório. **(2.643ª S.O.)**. **Adendo ao relatório**: Como decorre do relatório primitivo, cuida-se da análise do Contrato 71/SES/08, firmado entre a Secretaria Municipal de Serviços e a Construtora Marquise S/A, objetivando a prestação de serviços de operação e manutenção da Estação de Transbordo de Resíduos Sólidos Inertes de Itatinga e de operação, manutenção e vigilância da Estação de Transbordo de Resíduos Sólidos Inertes de Vila Leopoldina. A contratação foi efetivada com fulcro no artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, hipótese de dispensa de licitação em casos de emergência, pelo fato de a Concorrência

---

[1] (...) A questão que gerou controvérsia, nos presentes autos, diz respeito a não exigência de garantia contratual, visto que constava do edital, porém não foi introduzida no instrumento de contrato.
Como prevê o caput, do artigo 56 da Lei 8.666/93, sua exigência fica a critério da autoridade competente, em cada caso, mas uma vez constante do edital, as empresas proponentes já elaboram sua proposta levando em conta o custo que tal garantia representará, de forma que estaria sendo, ainda que indiretamente, custeada pela própria Administração. Assim deveria ser exigida.
Penso que tal questão, no entanto, não é suficiente para comprometer a regularidade da matéria aqui tratada, visto que não nos autos qualquer notícia sobre a inexecução do contrato ou de prejuízo direto à Administração, podendo, assim ser relevada. (TCE, TC n.º 045694/026/07, cons. Rel. Renato Martins Costa, Sessão de 17/02/2009).
(...) A Auditoria, em seu relatório, noticiou que a garantia contratual foi recolhida em 30/10/2008, após a assinatura o contrato, em 8/09/2008, em desacordo com o estabelecido no item 17.2 do edital, pois deveria ser comprovada antes da assinatura do ajuste...
Após regular notificação, a origem ofertou justificativas e documentos.
Esclareceu que por um lapso a garantia contratual foi recolhida logo após a assinatura do contrato, todavia cumpriu integralmente sua finalidade, estando afastada, portanto, a hipótese de qualquer tipo de desvio ou ato de improbidade...
É o relatório.
A meu ver, a origem justificou a contento as questões suscitadas na instrução processual, podendo ser relevado o óbice relativo ao recolhimento intempestivo da caução de garantia contratual, mediante recomendação, uma vez que providenciada antes do pagamento da primeira medição. (TCE/SP, TC n.ºTC-002289/004/08, Cons. Rel. Robson Marinho, Sessão em 29/9/2009, g.n)

01/SES/2008, deflagrada para alcançar objeto abrangente do aqui tratado, ter sido declarada prejudicada, conforme Despacho publicado no Diário Oficial da Cidade em 19/09/2008. Na Sessão Ordinária nº 2.643 realizada em 24/10/2012, na fase de discussão, o nobre Conselheiro Maurício Faria propôs a conversão do julgamento em diligência, visando à obtenção de informações complementares para a confrontação do alcance das razões que levaram à inabilitação no citado Certame da Construtora Marquise S/A, depois Contratada em caráter emergencial e, ainda, sobre a razoabilidade do preço final comparativamente aos preços até então praticados.

Com o referendo dessa proposta, os autos foram remetidos aos Órgãos Técnicos desta Casa para realização da competente análise, cujos resultados, consubstanciados no relatório de fls. 217/218-v, indicam que a Construtora Marquise S/A foi inabilitada na Concorrência 01/SES/2008 por desatender às cláusulas 10.4.3.2[2] e 10.4.10[3] do Edital, pelas seguintes razões: a Construtora Marquise não sendo proprietária do local para recebimento e processamento dos resíduos, na condição de "futuro locador" do imóvel indicado e signatária do Termo de Compromisso, não comprovou ter poderes para representar o proprietário; para o aterro apresentado, localizado na Estrada do Jaceguava, 49, a licença ambiental não atendia à exigência do horário de funcionamento, de segunda a sábado, exceto em dias feriados, no período de 6h às 22h.

Em suma, entenderam os técnicos que as exigências que levaram a inabilitação da empresa no âmbito da Concorrência não guardam relação com a execução do contrato de emergência em análise, pois neste a localização das estações de transbordo, bem como a dos aterros, já estava definida pela Prefeitura, sendo as mesmas instalações utilizadas no contrato anterior.

No que toca à razoabilidade do preço final ajustado, comparativamente aos preços até então praticados, os resultados obtidos indicaram que as condições e os preços constantes do Contrato 71/SES/08 são os mesmos do Ajuste anterior - Contrato 13/SES/08 - restando esclarecido que os preços unitários de R$ 18,71/t (dezoito reais e setenta e um centavos) para operação do Transbordo de Itatinga, e de R$ 15,65/t (quinze reais e sessenta e cinco centavos) da Vila Leopoldina não ultrapassam os definidos no primeiro Ajuste firmado com este objeto, ou seja, no Contrato 26/SES/06.

Acrescentou, ainda, a área técnica que no TC 2.513/09-49, instaurado para examinar o Contrato 01/SES/2009, realizou-se a análise da composição da tarifa de R$ 18,71/t (dezoito reais e setenta e um centavos) para operação do Transbordo de Itatinga e concluiu-se por sua razoabilidade, sendo certo que não houve esse trabalho para o Transbordo de Vila Leopoldina, pois, à época, suas atividades já se encontravam encerradas.

---

[2] 10.4.3.2. Não sendo o local de propriedade da licitante, esta deverá apresentar o contrato de locação, arrendamento ou outro instrumento que dê a ela o direito de uso do local pelo período de duração do prazo contratual, bem como anuência do proprietário quanto ao uso a ser dado ao local e sua ciência das condições do Edital de Licitações para esta contratação.

[3] 10.4.10. Para os aterros, a licitante deverá apresentar licença ambiental expedida pelos órgãos competentes, que permitam o recebimento, triagem e disposição final do material, objeto da contratação.

Em face desses esclarecimentos, e considerando atendida a proposta do Conselheiro Maurício Faria, a Assessoria Jurídica de Controle Externo alterou seu posicionamento pretérito, agora para relevar a irregularidade decorrente do atraso na apresentação da garantia contratual, com fundamento em precedentes análogos desta Corte e aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Por sua vez, a Procuradoria da Fazenda Municipal, diante dos elementos acrescidos e com fundamento nas razões de defesa colacionadas pela Secretaria e nas manifestações favoráveis dos Órgãos Técnicos desta Casa, ratificou seu requerimento pelo acolhimento do Contrato 71/SES/2008, ou, subsidiariamente, pelo reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados, ante a inexistência de dano à Administração.

Por fim, a Secretaria Geral, com fulcro na afirmação dos técnicos de que os motivos que levaram à inabilitação da empresa Marquise na citada licitação não guardam relação com a presente contratação e que as condições e os preços contratados são os mesmos do Ajuste anterior, reiterou sua conclusão antecedente pelo excepcional acolhimento do Contrato em exame. Diante das informações agregadas, notadamente do teor do relatório de Auditoria, crendo restar atingido o desiderato almejado pelo Conselheiro Maurício Faria, fiz o processo chegar ao conhecimento de sua Excelência para ciência, o que resultou no despacho de fl. 238, que ultima a instrução.

É o relatório.

VOTO

A dispensa de Procedimento Licitatório, amparada no artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, ficou ampla e adequadamente justificada, na medida em que a Concorrência 01/SES/2008, licitação deflagrada em tempo e compasso adequados, e ultimada antes do término da vigência do Contrato anterior, restou prejudicada em face da inabilitação das três empresas participantes.

De outro lado, trata-se de contratação de serviços inquestionavelmente indispensáveis e que diante da expiração do prazo do Contrato então vigente, à Secretaria não restou outro caminho senão o da contratação excepcional, - com a possibilidade de rescisão antecipada prevista na Cláusula Sétima -, sob pena de gravame significativo à saúde das pessoas e ao meio ambiente, fazendo-o de forma amplamente justificada, conforme demonstram os pareceres de fls. 32/36 e 51/52 dos autos. Acresce, ainda, que nesse particular a área técnica desta Casa, na manifestação encartada às fls. 217/218vº, elaborada a partir da conversão do julgamento em diligência, concluiu que os motivos da inabilitação da empresa Marquise na Concorrência 01/SES/2008 não guardam relação com o Contrato que ora se analisa.

De outra sorte, o preço ajustado correspondeu ao menor dentre os três ofertados a partir de consulta formulada pela Secretaria e tabulados à

fl. 27, com a conclusão posterior da Auditoria de que os resultados da análise comparativa com os valores até então contratados indicaram razoabilidade, sendo os mesmos do Ajuste anterior. Superadas essas questões de cunho preliminar, e considerando que, dos 4 óbices inicialmente apontados pelas áreas técnicas desta Casa, restaram pendentes apenas 2, a eles dirijo o foco neste momento.

O primeiro deles – inobservância da Resolução 05/02 e Instrução 01/02, desta Casa, consubstanciam falha formal, e como tal recomendam relevação.

O outro, no entanto, consistente na prestação a destempo da caução exigida, reclama reflexão mais profunda. Nesse aspecto, de se ter em mente que a exigência da prestação de caução visa assegurar que o Contratado efetivamente cumpra as obrigações contratuais assumidas, tornando possível à Administração a rápida reposição de eventuais prejuízos que possa vir a sofrer em caso de inadimplemento, e, sobretudo, está atrelada à escolha da autoridade competente, que, assim decidindo, deverá prevê-la no Edital, conforme dispõe o artigo 56 da Lei 8.666/93.

Na hipótese sob exame, porém, firmada no permissivo do inciso IV do artigo 24 daquele diploma legal, não houve à evidência edital preliminar, decorrendo a obrigação de caucionar do próprio Contrato, celebrado para vigorar a partir de 15/10/2008, consoante dispõe sua Cláusula Sétima. A contar dessa data, foram deflagradas as providências decorrentes, exigidas e reclamadas pela urgência do objeto, cujo início de prestação não poderia ser postergado, culminando-se com a efetivação da caução bancária ocorrida no dia 27 do mesmo mês. De resto, pelo que se dessume da instrução processual, esse breve lapso temporal não ocasionou qualquer gravame a Contratante, que em suas intervenções atestou a rigorosa execução dos serviços ajustados, desenvolvida, sem impedimento, solução de continuidade ou prejuízo.

De ser considerado, ainda, que o Tribunal de Contas da União vem adotando entendimento admitindo certa flexibilidade quanto ao momento preciso da apresentação das garantias, em consideração sobretudo às práticas bancárias, que não as efetivam senão à frente de contrato assinado. Confira-se nesse sentido Acórdão nº 361/2007 – Plenário. Diante desse cenário, parece-me que o espírito da lei não restou desatendido, o que me orienta no sentido do acolhimento do Contrato, em compasso, aliás, com votos por mim proferidos nos TCs 6.466.04-06 e 292.02-34.

Ante o exposto, considerando as conclusões das áreas técnicas, desenvolvidas em dois momentos diversos, e na ausência de indícios de dolo, má-fé ou prejuízo, julgo regular o Contrato 71/SES/08, com determinação para que a Secretaria atente para o recolhimento tempestivo da garantia contratual devida no âmbito das contratações a seu cargo.