TC 3.539/2016

ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. TERMO ADITIVO. SMSUB. Serviços de operação e manutenção da Estação de Transbordo de Resíduos Sólidos Inertes. 1. A análise das contratações emergenciais não deve restringir-se apenas à causa da emergência, mas, sobretudo, aos efeitos advindos da não realização dos serviços. Art. 24, IV, da Lei 8.666/93. REGULARES. Votação unânime.

TC citado 3.375/2009

13ª Sessão Ordinária Não Presencial – 1ª Câmara

D E C I S Ã O

Vistos e relatados estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

DECIDEM os Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar regulares o Contrato 38/SES/2009 e o Termo de Aditamento 01.

DECIDEM, afinal, à unanimidade, determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participou do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES.

São Paulo, 20 de maio de 2020.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Tratam estes autos da análise do Contrato Emergencial nº 38/SES/09 e o Termo de Aditamento nº 01, firmados entre a Secretaria Municipal

de Serviços (SES) e a Empresa Lumina Resíduos Industriais S.A., cujo objeto é a prestação de serviços de operação e manutenção da Estação de Transbordo de Resíduos Sólidos Inertes de Itatinga.

O presente procedimento de fiscalização decorreu de determinação constante do V. Acórdão exarado na 2.860ª Sessão Ordinária, nos autos do TC nº 72.003.375.09-42.

Após exame inicial, a Auditoria emitiu Relatório de Análise de Contratação e Aditamento às fls. 88/95v, concluindo o quanto segue:

Relatório de Análise de Contratação, fls. 91.

Item 14.3 Mantêm-se apontamento conforme Relatório de Inspeção do TC nº 72.003.375/09-42;

Item 14.14 Infringência ao art. 26 da LM 13.278/02 (publicação extemporânea);

Item 14.15 A apólice da garantia foi emitida após o início da vigência contratual, infringindo o art. 56 da LF nº 8.666/93."

Relatório de Análise do Aditamento nº 001, fls. 69.

Item 13: Não foi encontrado documento que comprove a prorrogação e a atualização do valor da garantia, conforme exigência do parágrafo 2º do art. 56 da LF 8.666/93 e da cláusula quarta do Termo de Aditamento;

Item 14b. O despacho de autorização foi exarado em data posterior à da assinatura do Termo de Aditamento;

Item 14d. Não foi encontrado Certificado de Regularidade do FGTS vigente na data de assinatura do Termo de Aditamento (13.11.09), infringindo o inciso II do art. 40 do Decreto Municipal 44.279/03;

Item 14h. Infringência ao art. 26 da LM 13.278/02 (publicação extemporânea)." (grifo nosso)

Devidamente intimado para apresentação de manifestação, o então Secretário Municipal de Serviços, Sr. Alexandre de Moraes, deixou transcorrer *in albis* o prazo que lhe fora assinalado.

Os autos foram então encaminhados à AJCE que opinou pela irregularidade do Contrato Emergencial nº 38/SES/09 e do Termo de Aditamento nº 01, tendo em vista as infringências constatadas pelo Órgão Técnico, sugerindo ainda a expedição de ofício à Origem e intimação da contratada de forma a assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Seguiu-se a intimação da Secretaria Municipal de Serviços e Obras (SMSO), da Secretaria Municipal das Prefeituras Regionais (SMPR), da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana (AMLURB) e da empresa Lumina Resíduos Industriais S.A (publicação no D.O.M. de 17/02/2018 – p. 82).

Vieram aos autos, então, a manifestação da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana, fls. 315/328, a qual foi analisada pela equipe de Auditoria no parecer de fls. 330/332v, oportunidade em que superou o apontamento descrito no item 14.15, mantendo inalteradas, entretanto, as demais constatações.

Em nova manifestação a AJCE, fls. 333/335 e 336/336v, manteve seu parecer anterior, pela irregularidade dos ajustes aqui analisados.

Os autos foram então encaminhados à PFM, que se pronunciou pelo acolhimento dos atos em exame, relevando-se eventuais impropriedades apontadas pelas equipes técnicas e, em caráter subsidiário, requereu o reconhecimento dos efeitos jurídicos dos atos praticados (fls. 338/344).

Ao final, a Secretaria Geral opinou, fls. 347/351v, pela irregularidade do Contrato Emergencial nº 38/SES/09, assim como do respectivo Termo de Aditamento nº 01.

Este é o Relatório.

VOTO

Tratam estes autos da análise do Contrato Emergencial nº 38/SES/09 e do Termo de Aditamento nº 01, firmados entre a Secretaria Municipal de Serviços (SES) e a Empresa Lumina Resíduos Industriais S.A., cujo objeto é a prestação de serviços de operação e manutenção da Estação de Transbordo de Resíduos Sólidos Inertes de Itatinga.

Preliminarmente, cumpre registrar que o presente procedimento de análise decorreu de determinação proferida por este Pleno no julgamento do TC nº 3.375/2009, o qual tratou de inspeção com a finalidade de verificar, por amostragem, a regularidade e legalidade das contratações emergenciais então vigentes no âmbito da Secretaria Municipal de Serviços.

O ajuste que se avalia nestes autos foi inicialmente celebrado tendo como período de vigência 17.08.2009 a 14.11.2009, sendo posteriormente prorrogado por mais 90 dias, por meio do TA nº 01, perfazendo o valor total da contratação o montante de R$ 3.875.400,00 (três milhões oitocentos e setenta e cinco mil e quatrocentos reais).

Após análise inicial e das defesas apresentadas, a Auditoria apontou a existência de irregularidades/impropriedades nos ajustes analisados, as quais passo a examinar:

Em relação ao Contrato nº 38/SES/09, a principal questão debatida nos autos diz respeito ao item 14.3. do Relatório da Auditoria, no qual se concluiu que a presente contratação direta decorreu da falta de planejamento e da inércia da Administração, não atendendo assim a previsão contida no art. 24, inciso IV da Lei Federal nº 8.666/1993. Destacou ainda que os serviços objeto do presente contrato não constam do rol do art. 23 da LM nº 13.478/02 e, portanto, sequer são classificados como essenciais.

As hipóteses previstas para que o administrador dispense a realização de licitação estão taxativamente previstas no artigo 24 da Lei nº 8.666/1993. Em tais casos, será discricionária a decisão de fazer ou não a licitação, conforme critérios de conveniência e oportunidade da Administração.

Dentre as hipóteses assinaladas, o inciso IV estabelece que é possível a dispensa quando ficar caracterizada a urgência para o atendimento a situações que possam ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Nesse caso, a contratação deve servir tão somente para o atendimento de situação emergencial ou calamitosa e para etapas ou parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade.

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes a emergência apta a autorizar a dispensa *"requer a caracterização de uma situação cujo tempo de atendimento implique a necessidade de dispensar o procedimento licitatório"*. Ressalta ainda o ilustre doutrinador que "*compõe a situação de emergência, na finalidade desse dispositivo, certa dose de imprevisibilidade da situação e a existência de risco em potencial a pessoas ou a coisas, que requerem urgência de atendimento".* [1]

Urgência é aquilo que não pode esperar sem que um prejuízo seja experimentado em razão da demora, revelando uma situação premente que, no caso da atuação da Administração Pública, determina que sua atuação ultrapasse *"a definição normativa regular de desempenho ordinário das funções do Poder Público pela premência de que se reveste e pela imperiosidade de atendimento da hipótese abordada, a demandar, assim, uma conduta especial àquela que se nutre da normalidade aprazada institucionalmente"*.[2]

---

[1] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação, 6. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2007, pg. 365/366.

[2] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Conceito de urgência no Direito Público Brasileiro. Revista Trimestral de Direito Público, nº 1/1993, São Paulo: Malheiros, p. 234

Conforme sedimentado, considera-se como pressuposto para aplicação da dispensa preconizada no art. 24, IV da lei licitatória que a situação adversa dada como emergencial ou de calamidade pública não tenha se originada da falta de planejamento ou da desídia administrativa, a revelar má gestão dos recursos disponíveis, hipótese conhecida como emergência "fabricada".

A doutrina, entretanto, tem mitigado a distinção entre a emergência real e aquela decorrente da incúria ou da inércia da Administração tendo em vista não ser razoável, conforme aponta Marçal Justen Filho *"a possibilidade de sacrifício de interesses perseguidos pelo Estado em consequência da desídia do administrador. Havendo risco de lesão a interesses, a contratação deve ser realizada, punindo-se o agente que não aditou as cautelas necessárias."* [3]

Esse posicionamento vem sendo, inclusive, acolhido pelo TCU, conforme julgado abaixo:

5. Inicio pela afirmativa de que a emergência não poderia ser alegada porque motivada por omissão da própria (...).

Essa tese não pode prosperar. Na verdade, há que se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, tratando-as como questões distintas.

6. A contratação emergencial se dá em função da essencialidade do serviço ou bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação. Na análise de contratações emergenciais não se deve buscar a causa da emergência, mas os efeitos advindos de sua não realização. A partir dessa verificação de efeitos, sopesa-se a imperatividade da contratação emergencial e avalia-se a pertinência da aplicação, pelo administrador, da excepcionalidade permitida pelo art. 24, IV, da Lei de Licitações.

7. Exemplificando esse ponto com uma situação extrema, imagine-se que a falta de planejamento de algum gestor conduza à ausência de medicamentos em determinado hospital. Poderá o hospital deixar de adquirir os medicamentos, em caráter emergencial, porque decorreu de omissão da própria entidade? Evidente que não. (...) Obviamente (...) não pode o administrador incorrer em duplo erro: além de não planejar as suas atividades, permitir que a sua desídia cause maiores prejuízos à Administração e/ou a terceiros. (TCU, Acórdão nº 1.138/2011 – Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar.)

No caso destes autos, ainda que se possa imputar certa inércia da Administração na realização do regular procedimento licitatório para a contratação dos serviços objetos do ajuste em exame, na linha da jurisprudência

[3] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 407.

supra, entendo que a análise de contratações emergenciais não deve restringir-se apenas à causa da emergência, mas sobretudo deve verificar os efeitos advindos da não realização dos serviços, sopesando-se, a partir dessa verificação, a imperatividade e a pertinência da aplicação, pelo administrador, da excepcionalidade permitida pelo art. 24, IV, da Lei de Licitações

Cabe destacar que mesmo que os serviços de operação e manutenção de unidade de transbordo de resíduos sólidos inertes não estejam listados no rol do art. 23 da Lei Municipal nº 13.478/02, os argumentos apresentados pela Origem permitem concluir que há suficiente justificativa para a contratação emergencial, tendo em vista os prejuízos à população e ao meio ambiente que poderiam decorrer da paralização da execução dos serviços.

Nesse sentido, conforme informações colimadas aos autos, encaminhadas pela então Divisão Técnica de Aterros Sanitários da LIMPURB, a contratação emergencial se deu pela necessidade de dar destinação adequada ao elevado volume de resíduos sólidos inertes gerados no município, cuja paralização poderia, inclusive, ocasionar risco à saúde pública, com a criação de ambiente favorável à reprodução de vetores e comprometimento do sistema de drenagem de águas pluviais (fl. 191).

Destacou-se também que a contratação em tela se deu no contexto do fechamento da estação de Transborde de Inertes de Vila Leopoldina, restando apenas a unidade de Transborde Itatinga para o recebimento de todos os resíduos de Construção e Demolição da cidade de São Paulo, que ficou responsável não apenas por organizar o transbordo em si, mas também desempenhar os serviços de triagem dos detritos recebidos (fl. 208).

Pelo exposto, acolho os argumentos apresentados em sede de defesa para afastar o apontamento 14.3, entendendo justificada a contratação emergencial em exame.

Quando aos demais apontamentos em relação ao Contrato nº 38/SES/09, verifico que a Auditoria entendeu superado o item 14.5, restando apenas a falha elencada no item 14.4, relativa à extemporaneidade na publicação do ajuste, a qual, conforme iterativa jurisprudência desta Corte de Contas, não é suficiente para macular a regularidade do ajuste, podendo assim ser relevada.

No que toca aos apontamentos registrados pela Auditoria em relação ao TA nº 01, que teve por objeto a prorrogação do ajuste por mais 90 dias, entendo que os itens 14b e 14h comportam relevação, tendo em vista sua natureza eminentemente formal.

Em relação ao item 13, referente à prorrogação da garantia contratual e ao item 14d, relativo à validade do Certificado de Regularidade do FGTS, tendo em conta a natureza secundária do Termo Aditivo e considerando

que a contratada preencheu todos os requisitos de habilitação para celebração do ajuste principal, entendo que as falhas remanescentes não têm o condão de macular a regularidade do Termo Aditivo em exame, podendo também ser relevadas.

Cabe destacar, ao final, que não há nos autos indícios de que os serviços contratados não tenham sido executados, ou que tenha havido dolo ou má-fé dos agentes públicos responsáveis, estando configurada a urgência dos serviços por serem necessários e imprescindíveis.

Diante do exposto, **JULGO REGULARES** o Contrato nº 38/SES/09 e o Termo de Aditamento nº 01.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.