JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.004.779.00-89

LICITAÇÃO – DISPENSA – CONTRATAÇÃO DIRETA – EMERGÊNCIA – ATOS NEGLIGENTES DE OMISSÃO OU INOBSERVÂNCIA DOS DEVERES QUE COMPETIAM AO ORDENADOR DA DESPESA – JULGADO IRREGULAR O CONTRATO COM APLICAÇÃO DE MULTA – RECURSOS – PFM, SIS E O RESPONSÁVEL PELA DESPESA – CONHECIDOS E PROVIDOS OS RECURSOS – REFORMADO O V. ACÓRDÃO RECORRIDO – VENCIDO NO MÉRITO OS CONS. EDSON SIMÕES E ROBERTO BRAGUIM

RELATÓRIO

Cuida o presente processo de julgamento da contratação direta, em caráter de emergência, com suporte no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal número 8.666/93 e alterações, formalizada entre a Secretaria de Implementação das Subprefeituras e a empresa Greca Distribuidora de Asfaltos Ltda., no valor de R$ 924.250,00 (novecentos e vinte e quatro mil, duzentos e cinqüenta reais), formalizada por intermédio do Contrato número 17/00, para o fornecimento de 2.500 toneladas de cimento asfáltico de petróleo.

A Assessoria Técnica Jurídica entendeu que a Origem não apresentou as justificativas das reais circunstâncias que motivaram a contratação emergencial e havia deixado de apresentar a competente certidão negativa de tributos mobiliários e imobiliários, razão pela qual recomendou o não-acolhimento do ajuste (folhas 87/90).

A Secretaria de Fiscalização e Controle acompanhou as conclusões alcançadas pela Assessoria Técnica Jurídica, manifestando-se pela irregularidade da contratação, porém deixou registrado, por sugestão da Procuradoria da Fazenda Municipal, que, apesar de não ter condições de mensurar eventuais prejuízos aos cofres públicos, o valor por tonelada contratado apresentava-se 12,17% (doze vírgula dezessete por cento) inferior à média dos preços pesquisados (folhas 115/116 e 119).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, concluindo pela ausência de má-fé e prejuízo ao erário e pelo fato de o contrato ter sido cumprido a contento, manifestou-se pelo acolhimento do ajuste (folha 123).

A Secretaria-Diretoria Geral, na esteira da Procuradoria da Fazenda Municipal, entendeu que o ajuste reunia condições de acolhimento, em face da situação emergencial caracterizada, e no tocante à ausência de certidões, o fato deveria ser relevado, visto que a sede da contratada situa-se fora do Município de São Paulo (folhas 125/126).

É o relatório.

VOTO

A aferição da modalidade de dispensa de licitação cabível e a análise de sua possibilidade é tema extremamente controvertido, no entanto, a meu ver, a Administração deve identificar, dentro do previsível, a natureza do objeto e a sua absoluta necessidade, buscando, dessa maneira, o critério que mais lhe parecer adequado e econômico.

O inciso IV do artigo 24 da Lei Federal número 8.666/93 dispõe que: "É dispensável a licitação, nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a **SEGURANÇA DAS PESSOAS**."

Porém, nos casos de contratação por emergência, incumbe à Administração uma interpretação cautelosa, avaliando a presença de dois principais requisitos, ou seja, a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano e a demonstração de que a contratação era 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, visto que a causa para a sua configuração foi proporcionada pela própria Origem, quando deixou de prever o consumo diário ou mensal de misturas asfálticas para alimentar a Superintendência das Usinas de Asfalto – **SPUA**, que atende diariamente as 140 (cento e quarenta) equipes de **TAPA-BURACOS e RECAPEAMENTOS**.

Ora, dentro de um quadro de mediana percepção, dá para concluir que tais consumos poderiam ser aquilatados pelos próprios técnicos da Origem e que os serviços de **TAPA-BURACOS e RECAPEAMENTOS** não se enquadram nas disposições do inciso IV do artigo 24 da Lei Federal número 8.666/93 e alterações.

Portanto, não existiram as reais circunstâncias que motivaram a contratação emergencial, como entendeu a Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria-Diretoria Geral, mas sim, ausência de previsão da Origem na condução de seus negócios.

Não se pode qualificar uma situação emergencial apenas pela obrigatoriedade de ser reconhecida (conseqüência), mas, principalmente, pela sua causa previsível.

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", J.C. Mariense Escobar, Livraria do Advogado).

Analisando o texto legal supracitado, em confronto com a situação de fato apresentada pela Origem, leva-me a entender pelo não-enquadramento do contrato analisado no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal número 8.666/93.

Com relação ao fato "preço contratado" que, no entender da Secretaria de Fiscalização e Controle, estava em média 12,17% (doze vírgula dezessete por cento) abaixo da média de mercado e, pelo fato de não ter ocorrido prejuízo ao erário, com todo o respeito por tais entendimentos, não são justificativas suficientes para elidir as disposições objetivas da legislação, principalmente porque se tratou de uma contratação direta, onde estavam ausentes a pluralidade de potenciais contratados.

Isto posto, julgo **IRREGULAR** o Contrato número **17/00**.

APLICO a multa de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais) ao ordenador da despesa, pelos atos negligentes de omissão ou inobservância dos deveres que lhe competiam, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei número 9.167/80, combinado com o artigo 133 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 03 de julho de 2002.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC 4.779.00-89, do qual é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregular o Contrato 17/Spua/00, aplicando a multa de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais) ao ordenador da despesa, pelos atos negligentes de omissão ou inobservância dos deveres que lhe competiam, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 133 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES - Revisor "ad hoc" e MARIA DO CARMO P. DERMENJIAN.

Ausente a Conselheira MARIANA P. A. Q. BARBOSA, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto FRANCISCO COLLET E SILVA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de julho de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

VOTO EM SEPARADO

Os recursos em julgamento foram interpostos em face do V. Acórdão proferido na Sessão Plenária de 03/07/2002 que, por unanimidade, julgou irregular o Contrato 17/SPUA/00, aplicando a multa de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais) ao ordenador da despesa, tendo todos preenchidos os requisitos legais de admissibilidade.

Preliminarmente, acolho como procedente a alegação de que não foram observados, quando da instrução processual, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, nos termos preconizados pelo inciso LV do art. 5º da Constituição da República e pelos artigos 118 e 121 a 123 do Regimento Interno dessa Corte de Contas. Isso porque, durante a fase instrutória, a Origem e os demais interessados não foram intimados para apresentação de defesa após a manifestação dos órgãos técnicos.

Dessa forma, uma vez não observado o referido princípio constitucional e tendo esse fato cerceado a defesa dos recorrentes naquela fase processual, não haveria como se evitar a declaração de nulidade do acórdão, salvo se, pelo acolhimento quanto ao mérito dos Recursos, restarem superados os efeitos dessa impropriedade processual.

Feitas essas considerações iniciais, passo à análise do mérito dos mesmos. O contrato em análise originou-se da contratação direta, em caráter emergencial, com fulcro no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93, cujo objeto contemplou o fornecimento de cimento asfáltico de petróleo e teve como precedente despacho autorizatório, proferido em 03 de julho de 2000. Este despacho autorizou, ainda, a contratação da empresa Fábrica de Emulsões Asfálticas de Minas Gerais Ltda. – FEAMIG, que teve por objeto o fornecimento de emulsão asfáltica. Ambos componentes são imprescindíveis à execução dos serviços de manutenção da malha viária.

Este último contrato, sob nº 18/SPUA/00, foi julgado regular por esta Egrégia Corte, em razão do reconhecimento da situação emergencial, cujo Acórdão foi publicado em 10/05/2002 (TC 4.780.00-68).

O ajuste "sub examine", por sua vez, foi, todavia, julgado irregular, sob o fundamento de se estar diante de situação previsível, em que a configuração da emergência se deu exclusivamente em razão da inércia da Administração.

Contudo, compulsando as razões de recurso apresentadas, entendo, na esteira do parecer da Secretaria Geral, que restou caracterizada a situação emergencial que, destaque-se, é idêntica àquela demonstrada na contratação de emulsão asfáltica, devidamente acolhida por esta Corte, em Acórdão já reportado anteriormente.

Não há que se falar em desídia da Administração, posto que as informações constantes dos autos demonstram que o pertinente processo licitatório foi instaurado 8 (oito) meses antes do término do contrato então vigente e que fatores externos impediram a sua conclusão em tempo hábil.

De outra parte, não há como negar que o objeto é necessário para a execução dos serviços de manutenção da malha viária, serviços estes que não podem sofrer solução de continuidade, sob pena de risco à população quanto à circulação de veículos e conseqüente responsabilização da Administração Pública.

Registre-se, ainda, nos termos das informações prestadas pela Auditoria desta Corte, constantes dos autos, que o valor contratado foi inferior em 12,17% à média do mercado (fl. 108).

Isto posto, conheço dos recursos e, entendendo presentes os requisitos necessários à contratação emergencial, voto pelo provimento dos mesmos, reformando-se o V. Acórdão impugnado, para acolher a contratação "sub examine" e cancelar a multa aplicada ao ordenador da despesa, o que, em prevalecendo, afasta a preliminar suscitada de nulidade.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 14 de março de 2007.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Conheço dos recursos interpostos, tanto pela Procuradoria da Fazenda Municipal quanto pelo Ordenador da Despesa, às folhas 143 a 150, por presentes os requisitos legais de admissibilidade. Quanto ao requerimento de folhas 203 e 204, fica indeferido por falta de amparo legal.

No mérito, entretanto, **NEGO PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS**, eis que, consoante a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, cujas razões e fundamentos passam a integrar o presente voto, não há como acatar a pretensão de acolher o contrato emergencial examinado, diante da reconhecida impossibilidade de os serviços contratados não configurarem hipótese de situação de urgência, demandando previsão e planejamento da Origem, acrescido do fato de os Recorrentes pretenderem reexame de argumentos sobejamente apreciados na fase instrutória e no julgamento do caso em apreço, sem trazer fatos novos. Por isso, as razões recursais são desprovidas de embasamento a ensejar a modificação da decisão prolatada.

Isto posto, ficam mantidos os termos e efeitos do Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 14 de março de 2007.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

VOTO DE DESEMPATE

Cuida-se de recursos voluntários interpostos contra o V. Acórdão de fl. 732, que, à unanimidade, julgou irregular o Contrato 17/SPUA/00 e aplicou multa ao Ordenador das Despesas.

Os Srs. Conselheiros, por unanimidade, conheceram dos apelos, divergindo no que tange ao exame do mérito, votando pelo provimento os I. Conselheiros Eurípedes Sales e Maurício Faria e, pelo não-provimento, os I. Conselheiros Edson Simões e Roberto Braguim.

Entendeu a primeira corrente ter restado justificada nos autos emergência fundamentadora da contratação, sendo que sua ausência é que traria prejuízo ao bem público.

Com o acolhimento do ajuste, declarou o cancelamento da multa aplicada ao Ordenador das Despesas.

A segunda corrente negou provimento aos recursos, dada a não-caracterização da emergência e pelo fato de não terem os recorrentes apresentado fatos novos.

No que tange à petição de fls. do Sr. Jerson Antônio Brito Filho, foi a mesma julgada prejudicada, em face do exame do mérito dos apelos mencionados.

É o relatório.

VOTO

Filio-me à corrente formada pelos Nobres Conselheiros Eurípedes Sales e Maurício Faria e, pelas razões contidas em seus votos, dou provimentos aos recursos, acolhendo o Contrato 17/SPUA/00 e cancelando a multa aplicada.

São Paulo, 09 de maio de 2007.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, após determinação de Sua Excelência, na 2.321ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos a fim de proferir voto de desempate. Na referida sessão, votou o Conselheiro Roberto Braguim, tendo os Conselheiros Eurípedes Sales – Relator, Maurício Faria – Revisor e Edson Simões votado na 2.316ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales – Relator, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, Maurício Faria – Revisor e Edson Simões, apresentados em separado, bem como Roberto Braguim, em conhecer dos recursos interpostos pela Procuradoria

da Fazenda Municipal e pelo Senhor Jilmar Augustinho Tatto, por presentes os requisitos de admissibilidade.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Relator e MAURÍCIO FARIA – Revisor, votando o Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal, quanto ao mérito, em dar provimento aos referidos recursos, para o fim de reformar o V. Acórdão recorrido, acolhendo o Contrato 17/SPUA/00 e cancelando a multa aplicada, por entenderem presentes as exigências necessárias à contratação emergencial.

Vencidos, quanto ao mérito, os Conselheiros Edson Simões, nos termos do voto apresentado em separado, e ROBERTO BRAGUIM, que negaram provimento aos recursos, mantendo os termos e efeitos do Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, afinal, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Relator, EDSON SIMÕES e ROBERTO BRAGUIM, em julgar prejudicada a petição do Senhor Jerson Antônio Brito Filho, em face do exame do mérito dos recursos mencionados. Vencido, neste particular, o Conselheiro Maurício Faria – Revisor que, consoante voto apresentado em separado, acolheu como procedente a referida petição.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, EDSON SIMÕES E ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 09 de maio de 2007.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente, com voto

EURÍPEDES SALES
Relator