Relatório:

Cuidam os autos da análise da Concorrência número 04/97 e do Contrato número 36/01, da mesma decorrente, cujo objeto consiste na execução das obras de construção da galeria de reforço do Córrego Jaboticabal, sob a via Anchieta, por método não-destrutivo, com extensão estimada de 240 (duzentos e quarenta) metros, bem como a elaboração de projeto executivo, no valor de R$ 1.290.213,73 (um milhão, duzentos e noventa mil duzentos e treze reais e setenta e três centavos) (folhas 15/117 e 118/164).

A Divisão Técnica V pronunciou-se no sentido da irregularidade dos atos praticados, por entender caracterizada a infringência ao artigo 7º, parágrafo 2º, inciso III, da Lei Federal número 8.666/93 (ausência de prévio empenho, que assegure o pagamento das obrigações assumidas) (folhas 171/174).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo endossou a conclusão da Auditoria, enfatizando, entretanto, que este Tribunal já se pronunciou acolhendo ajustes 'na mesma situação, na qual os recursos só estavam disponibilizados por ocasião da homologação do certame'. Concluiu no sentido do acolhimento dos atos praticados (folhas 176/179).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral acompanharam o entendimento da Assessoria Jurídica (folhas 180 e 183).

Determinei as intimações do então Secretário de Infra-Estrutura Urbana e do Ordenador do Contrato para oferecimento de DEFESAS e expedição de ofício à Origem para apresentação de eventuais justificativas, uma vez que em razão da inobservância do dispositivo legal acima enunciado, a contratação somente foi efetivada mais de três anos após homologada a adjudicação do objeto ao vencedor (folhas 186/190).

Nas DEFESAS apresentadas pelos servidores municipais responsáveis, citados à folha 186 do processo, de teor similar, alegaram que, para a abertura de licitações, a exigência legal é da existência de previsão de recursos orçamentários e não de sua reserva.

Afirmaram que, efetivamente, tais recursos existiam por ocasião da prolação do despacho autorizatório da abertura da licitação.

E que, a contratação do objeto, somente efetivada após mais de três anos da prolação do resultado do certame, ocorreu em razão da Secretaria das

Finanças não ter processado a Nota de Empenho emitida pela Secretaria de Infra-Estrutura Urbana, devolvendo-a à Pasta, razão pela qual os desacertos havidos na tramitação da contratação ocorreram por exclusiva responsabilidade da citada Secretaria das Finanças, quer por inexistência ou por insuficiência de recursos financeiros necessários à contratação.

Propugnaram o acolhimento da licitação e do contrato, por entenderem existente previsão orçamentária de recursos suficientes para o exercício em que ocorreu a abertura da licitação e responsabilização da Secretaria das Finanças (folhas 186/191/237, 247/249).

A Assessoria Jurídica manifestou-se pela irregularidade dos atos praticados, trazendo à colação magistério doutrinário de Carlos Ari Sundfeld a respeito do artigo 7º, parágrafo 2º, inciso III, da Lei Federal número 8.666/93, segundo o qual, a abertura de licitação somente poderá ser autorizada, quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento da obrigação das obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma, implicando a infringência da norma em nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhe deu causa.

O entendimento da Assessora Jurídica Subchefe foi divergente, apregoando o acolhimento da licitação e do contrato, com expedição das recomendações pertinentes, sob o fundamento de que 'o comando contido nos artigos 58 e seguintes da Lei Federal número 4.320/64 exige que a nota de empenho deve ser formalizada prévia ou concomitantemente à lavratura do contrato. Essa norma não restou ofendida com o comportamento da Origem (folha 253).'

O Órgão Fazendário, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle e a Secretaria Geral endossaram o parecer da Assessora Subchefe, no sentido da regularidade dos atos (folhas 264/265, 269 e 267).

É o relatório.

Voto:

Conforme afirmou a Assessoria Jurídica houve infringência ao disposto no artigo 7º, parágrafo 2º, inciso III, da Lei Federal número 8.666/93, que textualmente preceitua:

> **Artigo 7º -** As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerá ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência: ...
>
> **Parágrafo 2º** -As obras e serviços somente poderão ser licitados quando: ...

Inciso III – Houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras e serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma.

Infere-se da leitura do documento anexado sob folha 167 do presente, que em 06/03/97, a Assessora Técnica da então Secretaria de Vias Públicas comunicava ao Assessor Chefe da Unidade a 'impossibilidade de emissão da Nota de Reserva, em face do comprometimento dos recursos disponibilizados na dotação específica, decorrentes dos contratos em andamento.'

Por tal motivo, em 18/03/97, o Secretário autorizou a abertura do certame 'em caráter excepcional', afirmando que os recursos deveriam estar disponíveis por ocasião da homologação do pleito – folha 168.

Sustentaram os Defendentes que a licitação foi instaurada sem a existência de recursos suficientes, enfatizando, textualmente, que 'a responsabilidade pela inexistência de recursos financeiros foi da Secretaria das Finanças e não da Secretaria de Vias Públicas, pois consta do Processo Administrativo todas as solicitações efetuadas pela Secretaria de Vias Públicas, que foram simplesmente ignoradas, ou seja, a Secretaria das Finanças não disponibilizou os recursos para a contratação, em que pese as várias solicitações efetuadas' – folhas 248/249.

E mais, é bastante a leitura da CLÁUSULA IV – VALOR – VERBA do CONTRATO número 36/01, para se inferir que, nem sequer em 15 de outubro de 2001 (data da assinatura do Contrato), houve o empenhamento global do valor contratual, que é de R$ 1.290.213,73 (um milhão, duzentos e noventa mil duzentos e treze reais e setenta e três centavos), pois da mesma consta que 'a despesa correspondente até o montante de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) deverá onerar a Nota de Empenho 42.364/01' ... e que 'os recursos restantes para a complementação do valor do contrato serão empenhados oportunamente, por conta de dotações próprias.'

Em face de todo o relatado, são irregulares os procedimentos da Origem em formalizar obrigações contratuais do Município, aproximadamente após mais de três anos de autorizada a realização de gastos, sem a cobertura de recursos financeiros, isto em razão da clareza do disposto no parágrafo 2º do artigo 7º da Lei Federal número 8.666/93 – que somente admite que serviços e obras sejam licitados quando haja previsão de recursos orçamentários e do preceituado pelo artigo 60 "caput" da Lei Federal número 4.320/64, que esclarece ser 'vedada a realização de despesa sem prévio empenho.'

Em assim sendo, JULGO IRREGULARES a CONCORRÊNCIA número 04/97 e o CONTRATO da mesma decorrente de número 36/01, por afronta aos dispositivos legais citados.

Deixo de aceitar os efeitos jurídicos pelos mesmos produzidos.

Pela desobediência dos referidos dispositivos legais, APLICO aos servidores municipais que autorizaram a realização de despesas, com inobservância da legislação vigente, mencionados à folha 186 do processo, a MULTA no valor de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais) para cada um deles, com amparo nos artigos 52, inciso II e 53 da Lei Municipal número 9.167/80

Plenário Cons. Paulo Planet Buarque, 23 de fevereiro de 2005.

EDSON SIMÕES
RELATOR

(2.191ª S.O.). **Voto de desempate proferido pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso**:

Cuidou-se, nos autos, de julgamento do Contrato nº 36/01, firmado pela Secretaria de Infra-Estrutura e Obras e Jofege – Pavimentação e Construção Ltda. e da Concorrência nº 4/97.

O Nobre Conselheiro Relator Edson Simões não acolheu o ajuste, tendo em vista vício constante no certame licitatório, porquanto sua abertura ocorrera sem previsão de recursos orçamentários, com infringência de disposições legais (§ 2º, inciso III, do artigo 7º da Lei 8.666/93).

Ademais, sustentou o I. Julgador, houve desatendimento de preceito do artigo 60, "caput", da Lei Federal nº 4.320, que veda a realização de despesas sem prévio empenho, o que teria ocorrido na assinatura do contrato.

Em face das infringências apontadas, não aceitou os efeitos jurídicos produzidos pelo instrumento contratual e aplicou a multa aos ordenadores das despesas, quais sejam, os ex-Secretários, autorizador da abertura da licitação e subscritor do ajuste.

Acompanhou-o o Nobre Conselheiro Revisor, Eurípedes Sales.

Não obstante, o I. Conselheiro Roberto Braguim julgou regulares a concorrência e o contrato, argumentando:

a) por ocasião da homologação do certame os recursos foram empenhados em valor suficiente para atendimento do cronograma de desembolso para o exercício financeiro;
b) os artigos 58 e seguintes da Lei Federal nº 4.320/64 exigem a formalização da Nota de Empenho prévia ou concomitante à lavratura do contrato, o que teria sucedido "in casu";
c) a norma federal não restou ofendida pelo comportamento da Origem.

O Conselheiro Maurício Faria após vista deferida, devolveu o processo na sessão ordinária de 02 de março p.p., votando com o Conselheiro Roberto Braguim.

Empatado o julgamento, avoquei os autos nos termos regimentais. Posiciono-me em consonância com os Ilustres Conselheiros Roberto Braguim e Maurício Faria e, pelas razões contidas no voto do Sr. Conselheiro por primeiro nomeado, acolho o contrato em julgamento e a Concorrência 4/97, relevando a falha apontada (inexistência de reserva de recursos na abertura do certame), tendo em vista que ocorreu seu saneamento, embora a destempo, na fase homologatória do certame.

Conquanto imperativo o comando do mencionado dispositivo da lei de licitações, o seu desatendimento não acarretou comprometimento do certame que levasse à decretação de sua nulidade.

No que tange ao contrato, por ocasião de sua lavratura havia recurso a suportá-lo no exercício financeiro, dando-lhe, por isso, respaldo legal.

Saliente-se que os órgãos técnicos do Tribunal nada apontaram a respeito do termo de contrato, a não ser a circunstância de que adviera de procedimento licitatório que continha a falha detectada.

Destarte, por três votos a dois, acolhidos o Contrato nº 36/01 e a Concorrência nº 4/97. Insubsistente, por conseqüência, a aplicação de penalidade aos ordenadores da despesa.

São Paulo, 16 de março de 2005.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

ACÓRDÃO:

"Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, após determinação de Sua Excelência, na 2.192ª S.O., para que os autos lhe fossem conclusos. Na referida sessão, votou o Conselheiro Maurício Faria. Na sessão 2.191ª S.O, 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, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim e Maurício Faria, 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, em acolher a Concorrência 4/97, bem como o Contrato 36/SIURB/01, uma vez que, quando o resultado da licitação foi homologado, os recursos financeiros existiam, foram reservados e empenhados em valor suficiente para atender ao cronograma de desembolso elaborado para aquele exercício, e também por não ter restado ofendida, pelo comportamento da Origem, a Lei Federal 4.320/64, em seus artigos 58 e seguintes, que exige que a nota de empenho deve ser formalizada prévia ou concomitantemente à lavratura do contrato.

Vencidos os Conselheiros Edson Simões – Relator, com relatório e voto apresentados, e Eurípedes Sales – Revisor.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

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

Antonio Carlos Caruso
Presidente, com voto

Roberto Braguim
Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para

redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.